Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 31 – n. 178
Outubro a Dezembro de 2010



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 31 - n. 178 - Outubro-Dezembro de 2010

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 31, n. 178

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

Marilza Moreno Comar

Composição do Tribunal de Justiça
do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

Presidente - Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Vice-Presidente - Des. João Batista da Costa Marques

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

Des. Manoel Mendes Carli

Francisco Gerardo de Souza (Juiz designado)

Sumário

Doutrina

Recurso extraordinário e recurso especial como modalidade de ação rescisória.

Jorge Eustácio da Silva Frias 007

História e direito: a executoriedade da norma jurídica.

João Carlos Brandes Garcia e Luiza Vieira Sá de Figueiredo 013

Jurisprudência Cível 030

Jurisprudência Criminal 393

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 506

Jurisprudência Criminal 509

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 512

Jurisprudência Criminal 517

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL COMO MODALIDADE DE AÇÃO RESCISÓRIA

Jorge Eustácio da Silva Frias
Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal
Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie
Ex-professor da Faculdade de Direito da UFMS
Membro da "Associação de Juízes para a Democracia"
Desembargador aposentado do TJMS

Não faz muito que o Min. Cézar Peluso anunciou que pretende propor a modificação da Constituição Federal para os recursos extraordinários (*Recurso Extraordinário* propriamente dito e *Recurso Especial*) deixarem de ser tratados como recursos, passando eles a atuar com função de ação rescisória. Assim, essas medidas, destinadas a contrariar decisões afrontosas da Constituição Federal (art. 102, III, CF) ou do direito federal (art. 105, III, CF), só seriam cabíveis após o trânsito em julgado das decisões por elas impugnadas e, acolhidas tais medidas, teriam efeito rescisório do decidido em última instância. Com isto, o sistema judiciário passaria a ter apenas duas instâncias (não quatro, como na prática agora ocorre): uma, perante o juiz de 1º grau, e uma segunda, perante os Tribunais de Justiça (estaduais) ou, conforme o caso, perante os Tribunais Regionais Federais. Em razão dessa alteração, o que esses Tribunais tivessem decidido, com o trânsito em julgado, passaria a poder ser cumprido imediatamente, com o que haveria maior celeridade na prestação jurisdicional, deixaria de ocorrer tanta impunidade, e aqueles meios impugnativos (não mais recursos) não haveriam de funcionar como forma para retardar a solução final da causa[1].

Como se verifica, a entrevista que o Ministro do Supremo Tribunal Federal concedeu representa o reconhecimento público[2] de que aqueles recursos extraordinários têm sido mal empregados (servem para retardar o trânsito em julgado, provocando, em inúmeros casos, a prescrição que impede a punição cabível, assim como, pelo mau uso, tomam o tempo que a Justiça teria para se dedicar a casos que têm relevância e que por isso acabam sendo julgados muito tempo depois).

Ainda que não tendo sido tornada pública a forma como essa alteração se dará, a meu ver, a questão não se resolverá com alterações da Constituição ou da lei, mas com mudança de mentalidade.

É certo que a Constituição Federal prescreve que "*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*" (art. 5º, inc. LVII). Na doutrina em que vem se estudando o dispositivo, dispõe que a Constituição, pelo mencionado preceito, confere ao acusado um *status* de inocente, que, entretanto, é neutro, isto é, não é ativo. E tanto não é ativo, que se tem admitido a prisão cautelar, ou seja, a prisão decretada antes de qualquer condenação, o que não seria possível se antes da condenação definitiva a presunção de inocência fosse absoluta. Assim, alguns autores preferem chamar ao princípio encartado no dispositivo referido de *princípio da presunção da não culpabilidade* e é nesse sentido, *ex.gr.*, o acórdão do Supremo Tribunal Federal que manteve prisão preventiva decretada no Tribunal de origem[3].

1 Entrevista "O Estado de S. Paulo" de 27 dez. 2010, que está publicada no portal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no seguinte endereço: <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia.aspx?Id=9320>.

2 Em privado, as pessoas esclarecidas sabem desse uso indevido de muitos expedientes forenses, e a população em geral observa estupefata a impunidade generalizada.

3 EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA DECRETADA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A decretação da prisão preventiva

Ora, se assim é e se o § 2º do art. 542 do Código de Processo Civil (disposição que se reproduz no art. 637 do Código de Processo Penal e que é reiterada no § 2º do art. 27 da Lei Federal n. 8.038/90[4]) prevê que os recursos extraordinários serão recebidos apenas no *efeito devolutivo*, a rigor, malgrado aquele preceito constitucional, não haveria a condenação, proferida ou confirmada em 2º grau, deixar de produzir logo seus efeitos, mesmo havendo interposição daqueles recursos extremos.

Entretanto, na prática, quando não são os Tribunais locais (de Justiça ou Regionais Federais) que concedem efeitos suspensivos a tais recursos extremos, os Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) têm dado tal efeito para evitar que a decisão recorrida produza desde logo seus efeitos. Os fundamentos têm sido os mais diversos, mas, em matéria criminal, tem-se proclamado que, apesar de os recursos excepcionais não terem efeito suspensivo, não passando a haver fundamento para a prisão preventiva do condenado, tem ele direito de aguardar em liberdade a solução final da causa.

Vejam-se alguns exemplos:

> EMENTA: *HABEAS CORPUS* - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA N. 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE O PROCESSO - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, N. 2) - DECISÃO QUE ORDENA A PRISÃO DO CONDENADO PELO FATO DE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS DEDUZIDOS PELO SENTENCIADO (RExtra e REsp) NÃO POSSUÍREM EFEITO SUSPENSIVO - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP - NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 691/STF - "*HABEAS CORPUS*" CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA N. 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, hic et nunc, da Súmula n. 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina.

para assegurar a aplicação da lei penal está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar. II - Não há constrangimento ilegal se a sentença, mesmo que de forma sucinta, mantém a segregação da paciente ao entendimento de que remanescem presentes os pressupostos do art. 312 do CPP. III - Não viola o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando existentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar. IV - Habeas corpus denegado. *HC* n. 96795 / SC, SANTA CATARINA, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 2.6.2009

4 A Lei Federal n. 8.038, de 28 maio 1990, *institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*, dispondo o § 2º do art. 27:
§ 2º. Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Precedentes. RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE e REsp) - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA - CIRCUNSTÂNCIA QUE, SÓ POR SI, NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. - A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade. Precedentes. - A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em sentença condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de inocência), tem como pressuposto legitimador a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção - sempre excepcional - dessa medida constritiva de caráter pessoal. Precedentes. - Se o réu respondeu ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada - embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) - somente se justificará, se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP. Situação inocorrente no caso em exame.

HC n. 102368/CE, CEARÁ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.6.2010. (http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=S%DAMULA+691%2FSTF+Celso+Mello+Cear%E1&base=baseAcordaos)

EMENTA: *Habeas Corpus*. 2. Réu em liberdade durante toda a instrução criminal e até julgamento da apelação criminal. 3. Expedição de mandado de prisão com fundamento no improvimento da apelação da defesa. 4. A jurisprudência do STF orienta-se no sentido segundo o qual a interposição do recurso especial ou recurso extraordinário, apesar de não ter efeito suspensivo, a constrição provisória da liberdade deve estar fundamentada nos termos do art. 312 do CPP. 5. Considerados o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, a manutenção da condenação em sede de apelação, por si só, não é fundamento suficiente para a custódia cautelar do paciente antes do trânsito em julgado. Precedentes. 6. Ordem deferida para que seja assegurado ao paciente o direito de recorrer do acórdão condenatório em liberdade até o trânsito definitivo da condenação criminal.

HC n. 101676/SP, SÃO PAULO, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14.6.2010. (<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=R%E9u+em+liberdade+durante+toda+a+instru%E7%E3o+criminal+Gilmar+mendes+s%E3o+paulo&base=baseAcordaos>)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECOLHIMENTO À PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA NÃO EXPLICITADOS NO DECRETO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I - Existe constrangimento ilegal, a ser reparado pela via do habeas corpus, quando a decisão condenatória determina a expedição de mandado de prisão, independente de seu trânsito em julgado, sem, contudo, explicitar os pressupostos justificadores da segregação cautelar. II - Ordem concedida.

HC n.97318/SC, SANTA CATARINA, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 6.4.2010.

(<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RECOLHIMENTO+%C0+PRIS%C3O+ANTES+DO+TR%C2NSITO+EM+JULGADO+Lewandowski+santa+catarina&base=baseAcordaos>)

Ora, se, no sistema atual, a decisão dos órgãos de segunda instância não é cumprida desde logo (é postergada) por força de medidas excepcionais – pois, como dito, o Recurso Extraordinário (RExtra) e o Recurso Especial (REsp), não tendo efeito suspensivo e não sendo absoluto o princípio da presunção da não culpabilidade, não obstaria vedado o cumprimento do que os Tribunais locais hajam decidido – a alteração do sistema não haverá de mudar a prática (se não houver modificação de mentalidade). Mudando a compreensão que se tem tido sobre o conteúdo do referido princípio constitucional, que, como dito, não é ativo, mas neutro, a condenação em segunda instância deveria ser imediatamente cumprida (mesmo porque seria de pressupor que, salvo casos excepcionais, os órgãos colegiados, em geral compostos de pessoas de maior experiência, julgam com acerto).

Aliás, como a prática tem demonstrado, a alteração legislativa nem sempre tem provocado a modificação inicialmente esperada. Assim tem sido em diversas situações: o legislador elimina recurso, e os interessados se socorrem de medidas excepcionais (p.ex., o mandado de segurança) para contornar a proibição. Quando o agravo por instrumento não previa a possibilidade de se lhe dar efeito suspensivo, em inúmeros casos, a decisão que, cumprindo a lei, não lhe concedia tal efeito era impugnada por aquela medida constitucional (MS) para obtenção desse efeito (ilegal), inicialmente concedido com parcimônia e aos poucos deferido sem nenhum pudor. Claro que é preciso haver remédio contra decisões ofensivas de direito individual e que é necessário providência pronta contra o prejuízo iminente por ela causado. Inúmeros são os casos em que se justifica medida extraordinária, que os Tribunais têm atendido[5]. O problema está na banalização do que é excepcional, na transformação em regra do que seria exceção.

Esse panorama de facilitação na concessão de medidas que suspendem o cumprimento de ordem judicial que deveria ser logo cumprida decorre, de um lado, de uma extraordinária preocupação em salvaguardar alegados direitos individuais e, de outro, do acúmulo de trabalho judicial, que não permite ao julgador examinar em profundidade a suposta violação do direito individual e, por precaução, acaba concedendo proteção para situações que não a mereceriam. É claro que todos devem ter preocupação extraordinária com os direitos individuais, especialmente, os fundamentais contemplados na Constituição. Mas claro é também que, apesar dessa extrema preocupação, é possível não se dar proteção quando ela deveria ser dada (suponha-se a falta de prova de um direito existente, que por isso não obtém proteção; imagine-se a existência de uma prova, depois constatada como falsa, que atribua crime a um acusado, que por isso vem a ser condenado). Assim, apesar dessa preocupação com os direitos fundamentais, a falibilidade humana sempre dará azo à perpetração de injustiças. Por isso, o sistema jurídico deve ser concebido para, dentro dessas limitações humanas, evitar ao máximo, mas dentro do razoável, os erros judiciários. Certamente, não poderá ele se contentar com decisão irrecorrível, mas também não haverá de exigir três ou quatro instâncias. A questão a enfrentar é esta: duas instâncias são suficientes para, normalmente, uma causa ser examinada em profundidade, a fim de não se cometerem erros? Se são, então a solução aí surgida deve ser cumprida imediatamente, porque a presunção de inocência não é absoluta, ressalvado o recurso a medidas excepcionais, quando se demonstrar erro desse julgamento e que da pronta execução dele advirá prejuízo sério.

---

5 Por exemplo:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERE PEDIDO DE LIMINAR (ART. 527, PARÁGRAFO ÚNICO). IRRECORRIBILIDADE. SÚMULA N. 267/STF. NÃO INCIDÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR. INDISPONIBILIDADE E SEQÜESTRO DE BENS. DEFERIMENTO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE ANTES DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. POSSIBILIDADE. ARTS. 7º E 16 DA LEI N. 8429/92.

1. A decisão do relator que defere ou infere o pedido de efeito suspensivo, no âmbito de agravo de instrumento, mercê da impossibilidade de sua revisão mediante a interposição de agravo previsto em regimento interno, porquanto sujeita apenas a pedido de reconsideração (parágrafo único do art. 527, do CPC), desafia a impetração de mandado de segurança, afastando, outrossim, a incidência da Súmula n. 267/STF. Precedentes do S.T.J: REsp n. 1032924/DF, Quinta turma, DJ de 29.9.2008; MS n. 25619/BA, Quarta Turma, DJ de 1.9.2008; MC n. 14561/BA, Terceira Turma, DJ de 8.10.2008; RMS 25143/RJ, TERCEIRA TURMA, DJ 19.12.2007; e RMS 22847/MT, TERCEIRA TURMA, DJ 26.3.2007.

2. [...] (MS n. 25949 / BA, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 4.3.2010, DJU de 23.3.2010)

De outro lado, é certo que o concebimento de sistema com diversas instâncias, mas com atuação superficial, certamente não será apropriada para se evitarem decisões injustas. Duas instâncias, mediante processo bem estruturado, desde que os que atuam na prestação da justiça tenham efetivas condições para tanto, parecem suficientes para se chegar a resultado seguro e adequado. Já, se a preocupação para com a atuação jurisdicional não for o enfrentamento profundo do litígio, mas passa a ser a rapidez na entrega da prestação jurisdicional, com criação de metas para término de processos, a existência de muitas instâncias também não será garantia de bom resultado.

Parece preciso realizar diagnósticos sérios antes de qualquer medida, porque mudanças, por mais bem intencionadas que possam ser, não têm sido, como se tem visto no país, a forma de correção de desvios.

No caso de os recursos extraordinários deixarem de ser processados como recursos para atuarem como espécie de ação rescisória, por certo implantar-se alteração estrutural no sistema; o trânsito em julgado ocorrerá, no máximo, com a solução dada em 2ª instância, e a decisão proferida poderá ser logo cumprida. Contudo, é de se ter presente que a mudança não impedirá de se obter medida para evitar esse pronto cumprimento do que tiver sido decidido. O próprio sistema vigente dá suporte para isso.

De fato, o art. 489 do Código de Processo Civil dispõe que a ação rescisória não suspende o cumprimento da sentença que se pretende rescindir, mas, acolhendo prática que se instalara entre nós, a Lei n. 11.280/2006, que alterou a redação originária do preceito, acrescentou que, "em casos imprescindíveis", o cumprimento da sentença rescindenda pode ser obstado[6]. Ora, se é possível sentença transitada em julgado que é objeto de ação rescisória deixar de ser cumprida por decisão (quiçá liminar) dada em tal processo rescisório, a modificação da atual sistemática dos recursos extremos (que, deixando de ter esta natureza, passariam a ser nova modalidade de rescisória), por si só, não mudará o atual cenário de impunidade. Com efeito, já que, "em casos imprescindíveis", pode o relator da ação rescisória obstar a execução da decisão condenatória, passando aqueles instrumentos a se constituir em novo meio impugnativo rescisório do julgado, poderão eles, em muitos casos (os mesmos que atualmente justificam a concessão de efeito suspensivo a RE e Resp que de regra não o tem), suspender o efeito condenatório. Muda-se, assim, a natureza do instituto, ou seja, os atuais RE e Resp deixam de ser recursos e passam a ser nova espécie de ação rescisória, mas a alteração, em si, não obsta a que essa ação passe a impedir o cumprimento da condenação. E mesmo que a lei venha, expressamente, a proibir (como fazia o art. 489 do Código de Processo Civil em sua versão originária) a concessão de efeito suspensivo do julgado sujeito a essa nova modalidade de rescisória, não estará livre do uso de mandado de segurança ou de ação acautelatória para, diante da demonstração da "imprescindibilidade", o condenado obter a suspensão inicialmente não querida pelo sistema.

Mais uma vez, diante da mentalidade reinante de que, na dúvida em ter ou não havido afronta à lei federal ou à Constituição Federal, será imprescindível suspender a decisão condenatória, o cenário que se anuncia não parece ser diferente do atual.

Claro que não estará nas cogitações do sr. Ministro, que entende que o cenário presente deve ser alterado, mudar para ficar como está; mas, diante da mentalidade generalizada conhecida, é possível vislumbrar que a mudança repetirá o aforisma tantas vezes lembrado: *plus ça change, plus c'est la même chose* (quanto mais isto muda, tanto mais as coisas ficam como estão).

6 O art. 489 do CPC, em sua redação originária, estabelecia: "*A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda*". Com a redação dada pela Lei n. 11.280/2006, o artigo prescreve:

Art. 489. "*O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.*"

O que se acaba de dizer não é fruto de mentalidade pessimista nem pretende ser reacionária a mudanças, que são necessárias. O que se acaba de dizer é fruto de constatação recorrente: sem haver mudança de mentalidade, as mudanças constitucionais ou legislativas não representarão alteração efetiva, que, de todo o modo, deve ser sempre bem estudada, precedida de levantamento de dados e de prognósticos.

E, quando se fala em mudança de mentalidade, cabe pensar que ela é necessária não só por parte dos litigantes, mas também por parte dos julgadores. Os litigantes, auxiliados por advogados, que devem ser racionais (isto é, são profissionais que agem racionalmente, não de forma apaixonada – embora devam atuar com empenho e abnegação), deveriam saber medir quando a decisão desfavorável é razoável, não recomendando insistir em teses para sua reforma. E, para mudar essa atual mentalidade que entende que se deve recorrer de tudo e em qualquer circunstância, seria de esperar uma outra mudança de mentalidade: a de que o recurso é direito absoluto, quando há muito nenhum direito é absoluto. O recurso deveria ser usado também com racionalidade: se a decisão é razoável[7], a parte, não vislumbrando elemento para reverter o resultado, deveria ser aconselhada pelo profissional consciente a aceitá-la. Fora disso, haveria de se reconhecer o abuso do direito de recorrer, com penalidade para quem abusasse desse direito[8]. Mas, para começar essa mudança, deveriam os julgadores também pensar em coibir abusos, em muitos casos absolutamente evidentes, que, entretanto, não são reprimidos porque isto exige fundamentação, mas nem sempre se tem tempo para desenvolvê-la.

E, da parte dos julgadores, seria de se esperar que incentivassem, também dentro de uma certa razoabilidade (diante de múltiplas interpretações razoáveis que o direito pode ter), que as decisões proferidas fossem cumpridas. Mas não é isso que se vê na prática. O culto a um personalismo generalizado tem levado a que o julgador, ao rever decisão alheia, por mais razoável que seja, acabe por lhe ver algum defeito e por modificá-la em algum ponto, por mínimo que seja. Em matéria de arbitramento de danos morais, por exemplo, em alguns casos, notam-se alterações mínimas, que não fazem mais que revelar o poder de quem decide por último. Com isto, incentiva-se o uso desenfreado de recursos, porque a parte sabe que, por menor que seja, alguma alteração haverá no julgamento.

Assim, antes de qualquer alteração legislativa, o que é preciso é que os operadores do direito mudem de mentalidade na atuação em juízo. Essa mudança, entrementes, supõe revisão de valores, que exige debates, ponderação, desprendimento. Enquanto isso não é levado a sério, é de se esperar por reformas legislativas de pessoas bem intencionadas, que mais tarde constatarão que as mudanças esperadas não vieram, que a impunidade persiste.

7 Definir o conteúdo de razoabilidade para a decisão também não é tarefa fácil, mas, diante de toda a literatura sobre o tema, não seria impossível traçar logo um conteúdo suficiente.

8 Uma proposta inicial para demover esse ímpeto de sempre recorrer foi esboçada em estudo que propõe interpretação sobre o momento a partir de quando é devida a multa do art. 475-J do CPC ("*A multa pelo descumprimento da condenação em quantia certa e o novo conceito de sentença*", artigo de minha autoria publicado em Execução Civil: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior, RT, 2007, p. 148-72; e na RT n. 858, abril/2007, ano 96, p. 48-81); mas as soluções mais ousadas não têm sido sequer consideradas.

HISTÓRIA E DIREITO: A EXECUTORIEDADE DA NORMA JURÍDICA

João Carlos Brandes Garcia
Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

Luiza Vieira Sá de Figueiredo
Juíza substituta do Tribunal de Justiça do Pará e ex-servidora do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Brasil no início do Século XX. 3. SPI e LTN: uma distinção necessária. 4. O Regulamento do Serviço (SPI). 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No artigo publicado na Edição 176 desta revista – *História e Direito: Um Ensaio Interdisciplinar sobre o Surgimento da Norma Jurídica* –, vimos como a necessidade de regulação da conduta humana surge naturalmente do que convencionamos chamar de "atrito social" e observamos, pela análise de um fato concreto pertencente à história de nosso país, a evolução dessa normatização em sentido lato ao longo do tempo, até culminar na norma em sentido estrito – a norma jurídica.

Este é o segundo artigo da série "História e Direito", no qual pretendemos dar continuidade às reflexões anteriores, tratando agora da executoriedade da lei vigente, igualmente considerando fatos concretos da história do Brasil. [1]

Propomo-nos, a duas mentes, a observar do mundo o direito em movimento. Certos de que o agente do Direito, bem como o sociólogo, o psicólogo, o antropólogo, cada um com o seu objeto de estudo, emitem conceitos e opiniões. Fizemos a clara opção por palpitar na observação dos anseios e desejos não apenas dos governos, mas também dos sucessos e insucessos das intenções traduzidas em uma das formas de expressão do Direito que é a *lei jurídica*. Dessa vez, nossas inteligências deitam-se por sobre a sua executoriedade, de como este passo inicial dado pelo legislador é capaz, na vida concreta, de se patentear.

Fatos inimagináveis, fatores externos e internos levam, naturalmente, o pensamento inicial do legislador a ganhar dimensão e transformação. Transformação esta natural, porquanto a evolução das leis traduz o processo de evolução da sociedade. "*Se não se sacode a peneira, não se refina a farinha*".[2]

Conforme adverte Paulo Bonavides (2007), o fenômeno social e político não se comporta da mesma maneira na Europa, na Austrália e nas Américas, mas está sujeito a variações, "*de um para outro país, até mesmo na prática do mesmo regime; ou de um a outro século, de uma a outra geração. As instituições, conservando por vezes o mesmo*

1 Este é o segundo artigo de uma série de quatro, nos quais buscamos observar fatos históricos sob um enfoque jurídico. Lançamos um olhar sobre acontecimentos da história de nosso país há 100 anos, em especial sobre questões como sociedade, economia e desenvolvimento. A iniciativa se insere no novo paradigma de formação continuada e humana do magistrado.

2 CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Campinas: Editora Minelli, 2004. p. 125.

nome, já passaram todavia pelas mais caprichosas alterações."[3] Dessa forma, tem-se que o material de que se serve o cientista social caracteriza-se pela extrema mutabilidade de sua natureza, razão pela qual deve ser analisado no seu contexto próprio.

Primeiramente, portanto, situaremos o leitor no contexto histórico brasileiro do início do Século XX, período em que fora criado o *Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais*. Na sequência, é feita uma distinção necessária entre o Serviço de Proteção ao Índio e o Serviço de Localização de Trabalhadores Nacionais, projetos distintos, embora inseridos em um mesmo contexto macro. Por fim, trataremos do *regulamento* do Serviço de Proteção ao Índio.

2. O BRASIL NO INÍCIO DO SÉCULO XX

Como a proposta do presente ensaio é dar continuidade às reflexões iniciadas no artigo anterior sobre o surgimento da norma jurídica que brotou do atrito social e da necessidade premente de se regular as relações de um grupo social, abordaremos a executoriedade da lei vigente, as condições necessárias e dificuldades inerentes a sua implementação. Antes, contudo, cumpre situar o leitor no contexto histórico-social do período em que repousarão essas considerações.

O período que sucedeu a Proclamação da República (1889) foi marcado por instabilidade política, motins, revoltas, expansão inconsiderada de gastos e más finanças, que formavam um contexto de desconfiança generalizada.

Na política, o momento requeria renovação de pensamentos e métodos. O baiano Rui Barbosa intentara candidatura, mas renunciara diante das forças em disputa entre mineiros e paulistas. Campos Sales igualmente vê infrutífera sua pretensão à Presidência da República e toma o mesmo caminho de Rui. Pinheiro Machado sugere os nomes de Afonso Penna e Nilo Peçanha, que foram acolhidos por representarem melhores indícios de renovação. Afonso Penna "*reforçaria as condições do regime num clima de trabalho fecundo*" e "*chamou para o seu ministério gente nova, em harmonia com a juventude inteligente de Carlos Peixoto, logo elevado à categoria de chefe parlamentar da política oficial, Tavares de Lira na pasta da Justiça, Miguel Calmon, com 27 anos apenas, na da Viação, ao lado de David Campista (Fazenda), Rio Branco (Exterior), Hermes da Fonseca (Guerra), davam ao governo incipiente uma tonalidade de ação construtiva e pressurosa*."[4]

Na economia, o período foi marcado por tentativas de regulação por parte do governo, pelos decretos, alvarás e atos de soberania. A emissão exagerada de papel moeda, e com a criação de instituições bancárias estaduais e regionais que emitiam títulos, gerou grande especulação monetária. O governo autorizou a expansão de bancos, como os criados pelo Decreto n. 165, de 17.1.1890, que instituiu três bancos emissores regionais (um na região norte; um na região sul e outro na região central do país) com permissão para emitir títulos ao portador e apólices.

O decreto concedia gratuitamente aos bancos terras devolutas na zona de sua circunscrição para a localização de colonos e fundação de estabelecimentos industriais, bem como lhes dava preferência, em igualdade de condições, para celebrar contratos com o governo tendo como objeto colonização e imigração, com a contrapartida de que os bancos emprestassem recursos destinados à lavoura e indústria a juro não superior a 6% e com prazo máximo de 30 anos. O crédito fora liberado e "*dirigiu-se em boa parte para os estabelecimentos agrícolas, necessitados dele; mas, nas cidades, a especulação comercial entrou a desmandar-se, em forma de empresas fictícias, que para o efeito de mandar os títulos à bolsa, se organizavam, explorando as medidas financeiras do Governo.*"[5]

3 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38-9.

4 CALMON, Pedro. **História Social do Brasil**. São Paulo: Brasiliana – Cia Editora Nacional, 1937. p. 212-3. t. III.

5 Idem. p. 174. t. II.

Além desse decreto, merecem destaque também o Decreto n. 165-A, de 17.1.1890, que dispunha sobre operações de crédito móvel para beneficiar a lavoura e indústrias auxiliares; o Decreto n. 190, de 29.1.1890, que autorizara o funcionamento do Banco dos Estados Unidos do Brasil, aprovando os respectivos estatutos; o Decreto n. 194, de 31.1.1890, que criara mais um banco de emissão de apólices; o Decreto n. 253, de 8.3.1890, que autorizara a emissão sobre metal e apólices ao Banco do Brasil, ao Banco Nacional do Brasil e ao Banco dos Estados Unidos do Brasil. Em dezembro de 1890, houve a fusão dos dois primeiros bancos, regulada pelo Decreto n. 1.154, com alterações estabelecidas pelo Decreto n. 183-C, de 23.9.1893.

No plano econômico, duas correntes distintas se delinearam desde o início da República: uma industrializante, especulativa, inflacionária e cavadora de negócios e outra conservadora e protecionista. O *encilhamento*, caracterizado pelas emissões de moeda e ações que geraram vultuosas especulações econômicas, abrigara o protecionismo aos banqueiros, sob o pretexto de defesa das indústrias a eles endividadas.[6]

De acordo com o historiador Raimundo Faoro (2000), Rui Barbosa, Ministro da Pasta das Finanças do Governo Provisório, "*pôs em prática seu plano de governo, com a emissão autorizada preferencialmente sobre apó1ices da dívida pública.*" A expansão do meio circulante seria fator produtivo da economia: "*o progresso se faria com dinheiro emitido, acelerando o comércio e fomentando a indústria, em homenagem à peculiaridade do país novo e promissor.*"[7] Para Faoro (2000), o período caracterizou-se pelo protecionismo industrial; pela intervenção do governo na economia e pela baixa cambial.

Mas, para Afonso Augusto Moreira Penna, que assumiu a Presidência da República em 15 de novembro de 1906 e reprovava o Estado *gendarme*, a missão do governo "*abrangia também cuidar do bem-estar e melhorar a condição de vida do povo, exercendo sua ação benéfica em razão da atividade social, desde que a iniciativa individual, sob suas diversas formas, se mostrasse impotente ou insuficiente.*" Em seu governo, que se estendera até 14 de junho de 1909, data de sua morte antes mesmo do término de seu mandato, ele estimulou e amparou as atividades econômicas por meio da proteção alfandegária, da introdução de imigrantes estrangeiros e do desenvolvimento dos meios internos de comunicação.[8]

No tocante ao desenvolvimento dos meios internos de comunicação, destaca-se o investimento em linhas férreas e telegráficas. Em relação a esta, Afonso Penna deu continuidade ao projeto iniciado ainda do governo monárquico, impulsionado por questões estratégicas decorrentes da Guerra do Paraguai (1864-1870), estendendo as linhas telegráficas à região da fronteira com a Bolívia e o Paraguai e à Amazônica, pelas comissões telegráficas do Estado de Mato Grosso e de Mato Grosso ao Amazonas, respectivamente.

Oportuno destacar que há uma recente linha de pesquisa desenvolvida pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) que analisa a contribuição das comissões telegráficas para a história da ciência no país, porquanto a elas se incorporaram cientistas de instituições renomadas como o Museu Nacional e o Jardim Botânico. Com efeito, observa-se que as publicações da Comissão de Linhas Telegráficas de Mato Grosso ao Amazonas abarcam os mais diversos assuntos, desde a construção da linha propriamente dita, passando por serviço astronômico, explorações, História

6 CARDOSO, Fernando Henrique. Dos governos militares a Campos Sales. In: FAUSTO, Boris (Org.). **História geral da civilização brasileira**: estrutura de poder e economia (1889-1930). 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 35. t. III.

7 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** a formação do patronato político brasileiro. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. p. 121. v. 2.

8 Idem. p. 143.

Natural (zoologia, botânica, mineralogia e geologia) até linguística. Nesse aspecto, Rodrigues destaca que as publicações sobre linguística da comissão[9] registraram mais de 50 línguas de povos indígenas e, independente da extensão e da qualidade desses registros, trata-se de notável contribuição ante a importância científica desse acervo de dados linguísticos, uma vez que alguns deles constituem "*os únicos testemunhos de línguas que se extinguiram no processo de ocupação extrativista e agropecuária que, apesar das preocupações humanitárias de Rondon, passaram a afetar fortemente os povos indígenas e a exterminar muitos deles*." Acrescenta o autor que a falta de conhecimentos especializados para analisar as línguas não era uma característica da Comissão, mas o era do próprio Brasil e de toda a América do Sul naquelas primeiras décadas do século XX, pois somente em 1960 teve início a formação de profissionais motivados para o estudo da realidade linguística no país, com a criação do primeiro programa de pós-graduação em linguística da Universidade de Brasília em 1963.[10]

Como visto no contexto histórico do artigo anterior, o telégrafo elétrico fora incorporado à realidade brasileira em meados do século XIX, inicialmente como forma de comunicação entre altas autoridades da Corte e posteriormente estendido à população em geral e isso significava a integração do Brasil a um sistema de moderna tecnologia de informação.

Vimos, também, que as Comissões Telegráficas haviam sido inicialmente constituídas com o objetivo de implementar o serviço de comunicação no centro-oeste e norte do Brasil, mas foram agregando outros projetos governamentais, com destaque para o povoamento, no bojo dos quais se viu o Estado, compelido pelas circunstâncias, a criar e implementar um a mais: o indigenista, com a criação do Serviço de Proteção ao Índio.

Diante da necessidade de regulação social das relações entre índios e não índios no curso dos trabalhos das Comissões Telegráficas, a norma, em sentido amplo, passou por estágios (o lema e as ordens do dia no acampamento) até se tornar norma jurídica, em sentido estrito, com a promulgação do Decreto n. 8.072, de 20.6.1910.

O Serviço de Proteção ao Índio foi paulatinamente gestado e executado por Cândido Mariano da Silva Rondon no âmbito de sua atuação como agente público a serviço do Estado no comando das Comissões Construtoras de Linhas Telegráficas. O referido decreto representava os anseios de um determinado momento histórico, por isso estaria sujeito a alterações posteriores que visassem à adequação das expectativas e desejos do grupo social ao tempo real.

A lei federal estava vigente, mas surgia o desafio de implementá-la, efetiva e indistintamente, em todo o território nacional. E a dificuldade já começava com a reunião em um único serviço estatal de dois projetos distintos: o Serviço de Proteção ao Índio e a Localização de Trabalhadores Nacionais.

3. SPI E LTN: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

O Decreto n. 8.072, de 20.6.1910, criou o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e de Localização de Trabalhadores Nacionais (LTN). Trata-se, na verdade, de dois projetos distintos, que foram reunidos em um mesmo órgão da administração: o primeiro voltado aos índios e o segundo aos trabalhadores nacionais, assim

9 São três: Esboço gramatical e vocabulário da língua dos índios Bororo. Rio de Janeiro: Conselho Nacional de Proteção aos Índios, 1948; Esboço gramatical e vocabulário da língua dos índios Ariti ou Pareci. Rio de Janeiro: Conselho Nacional de Proteção aos Índios, 1948; e Glossário geral das tribos silvícolas de Mato Grosso e outras da Amazônia e do Norte do Brasil. Rio de Janeiro: Conselho Nacional de Proteção aos Índios, 1948.

10 RODRIGUES, Aryon Dall´Igna. Sobre a contribuição linguística da comissão Rondon. **SBPC**. Disponível em: <http://www.sbpcnet.org.br>. Acesso em: 30 out. 2010.

referidos para distinguir dos imigrantes, trabalhadores estrangeiros cuja entrada no território nacional era incentivada pelo governo brasileiro, especialmente depois da abolição da escravatura, como tentativa de suprir a mão de obra escrava pela do trabalhador livre.

Nos primeiros vinte anos de vida republicana, o governo havia fechado os olhos para os conflitos decorrentes das relações com os índios que habitavam o interior do país. Esses conflitos, no entanto, haviam chegado a um nível tal que a continuidade de políticas de governo em desenvolvimento (implementação de linhas férreas, abertura de estradas, navegação a vapor, que faziam parte de projetos de expansão econômica e povoamento) dependia de uma solução para as várias "frentes de lutas" que haviam sido abertas na interiorização dessas obras e serviços.

O antropólogo Darcy Ribeiro (1996) destaca que, no ano de 1910, largas faixas do território brasileiro estavam interditadas a qualquer atividade econômica, especialmente na rota de expansão de cidades como São Paulo, Vitória, Ilhéus e Blumenau, em razão de lutas sangrentas que exterminavam tribos inteiras.[11]

Os conflitos eram divulgados pela imprensa e geravam discussões em associações científicas e instituições filantrópicas. A população que vivia nas cidades, afastada das fronteiras de expansão em que se davam os embates e que não compartilhavam dos mesmos interesses dos que ali estavam, "*já não podia aceitar o tratamento tradicional do problema indígena, a ferro e fogo.*"[12]

A pressão para que o Governo agisse vinha até de outros países, especialmente Alemanha e Itália, que enviavam imigrantes para assentamentos em colônias brasileiras e demandavam que se garantisse a vida dos colonos. Foi nesse contexto que o etnólogo alemão Herman Von Ihering, diretor do Museu Paulista, em artigo publicado no jornal *Urwaldsbote*, voltado para colonos alemães, divulgou declarações genocidas ao afirmar serem os índios empecilho para a colonização e o progresso do interior do país.[13]

Além, pois, das atividades da Comissão Telegráfica do interior do país, deve-se mencionar que esses outros dois fatores convergiram para a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) no âmbito do Ministério da Agricultura, quais sejam, o anseio da sociedade por providências para a solução dos conflitos sangrentos que a imprensa noticiava com regularidade e a vontade política do Governo Federal de solucionar esses conflitos de modo a concretizar políticas de expansão econômica. Mas, a criação do SPI situa-se em um contexto político nacional muito mais amplo de povoamento do solo nacional e aí se insere a Localização de Trabalhadores Nacionais.

O Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais constituiu-se em uma política nacional de implemento e desenvolvimento da colonização, povoamento do solo e expansão econômica fundada na agricultura e pecuária. Projetos distintos, que tinham por beneficiários grupos diversos (índios e trabalhadores rurais), mas possuíam um eixo comum, qual seja, o povoamento do solo nacional, pela integração dos povos e fomento da produção nacional mediante qualificação do trabalhador no campo.

---

11 RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 147.

12 Idem. p. 148.

13 Segue a transcrição do texto: "*Se se quiser poupar os índios por motivos humanitários é preciso que se tomem, primeiro, as providências necessárias para não mais perturbarem o progresso da colonização. Claro que todas as medidas a empregar devem calcar-se sobre este princípio: em primeiro lugar se deve defender os brancos contra a raça vermelha. Qualquer catequese com outro fim não serve. Por que não tentar imediatamente? Se a tentativa não der resultado algum, satisfizeram-se as tendências humanas; então, sem mais prestar ouvido às imprecações enfáticas e ridículas de extravagantes apóstolos humanitários, proceda-se como o caso exige, isto é, exterminem-se os refratários à marcha ascendente da nossa civilização, visto como não representam elemento de trabalho e de progresso.*" (IHERING, Herman von *apud* RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 150).

Em ofício encaminhado ao Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, em 4.7.1910, Cândido Rondon referiu-se à criação do SPI e vinculou a assistência ao trabalhador nacional, que seria implementada pelo mesmo serviço, como paralela à já implementada para o colono estrangeiro no cultivo do solo da pequena propriedade agrícola. Afirmou que o governo estendera as mesmas vistas protetoras ao trabalhador nacional "*que há de constituir elemento seguro, de par com o colono estrangeiro, no desenvolvimento da pequena propriedade agrícola.*"[14]

Como já mencionado, a vinda de imigrantes para o Brasil fora acentuada como uma alternativa para a mão de obra escrava que ficava cada vez mais cara em razão das políticas nacionais e internacionais em torno da abolição da escravatura. Pontua, a historiadora Emília Viotti da Costa (2007), que se pretendia com isso "*conciliar fórmulas usadas nos núcleos coloniais de povoamento com as necessidades do latifúndio cafeeiro.*"[15]

Durante o período imperial, encontrou o Governo dificuldades em trazer imigrantes para assentarem-se no Brasil. Primeiramente, por ser a elite da época eminentemente latifundiária e escravocrata. Em razão disso, o assentamento de trabalhadores livres e proprietários de pequenos lotes de terra não era interesse da classe dominante, que não desejava que as terras férteis para cultura agrícola fossem destinadas a estrangeiros. Outra dificuldade residia na desconfiança gerada, em especial nos alemães, em razão da suposta imigração subvencionada que ocorrera à época da independência do Brasil, mas que tinha por finalidade, em verdade, a contratação de mercenários para fazer frente à resistência portuguesa ao grito do Ipiranga. Tal fato é trazido por Laurentino Gomes (2010):

> Em 1819, para evitar a evasão de oficiais e marinheiros, a Inglaterra havia criado uma lei – chamada de Foreign Enlistment Act – proibindo que seus cidadãos prestassem serviços a governos estrangeiros na condição de mercenários. Previa punições tanto para os infratores ingleses quanto para os países envolvidos nessas contratações. Sendo a Inglaterra a principal potência militar e econômica do planeta, todo cuidado era pouco. [...] Em anúncios publicados em jornais alemães, o esperto Schaffer prometeu mundos e fundos em nome do imperador brasileiro a quem se dispusesse a migrar para o Brasil. Os benefícios incluíam viagem paga, um bom lote de terra, subsídio diário do governo dos dois primeiros anos, cavalos, bois, ovelhas e outros animais, em proporção ao número de pessoas de cada família, concessão imediata de cidadania brasileira, liberdade de culto religioso e isenção de impostos por 10 anos. Era tudo mentira. Ao chegar ao Brasil, os alemães recrutados por Schaffer descobriram que, antes de tomar posse da tão sonhada terra, iriam para a guerra. Muitos morreram enquanto suas famílias esperavam meses antes de serem encaminhadas para São Leopoldo, no Rio Grande do Sul.[16]

Nesse contexto, insere-se a imigração subvencionada pelo Governo republicano, a qual resolveu o problema da falta de mão de obra cafeicultora, entretanto trouxe outros reflexos para sociedade brasileira, dentre os quais a desvalorização do trabalhador nacional que, em razão da disponibilidade de força de trabalho mais qualificada, não conseguia galgar postos de trabalho com melhores remunerações. Darcy Ribeiro (1996) destaca que as subvenções oferecidas aos estrangeiros eram muito superiores às oferecidas ao trabalhador nacional e explicavam-se pela

14 Recepção e posse do General Rondon: discursos proferidos na sessão extraordinária de 25 de março de 1939. **Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo**, São Paulo, 1939. v. 36. Separata. Disponível no Museu Histórico do Exército.

15 COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República**: momentos decisivos. 8. ed. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p. 197.

16 GOMES, Laurentino. **1822:** como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 169-70.

"*capacidade do colono – assistido pelos corpos consulares e apoiado pela imprensa de seus países – para exigir melhores condições de trabalho*".[17]

Embora tenha havido duas frentes de imigração subvencionada – a para estabelecimento de colônias e a para substituição da mão de obra escrava, essa especialmente no Estado de São Paulo –, o fato é que as regras estabelecidas pelo Decreto n. 8.072/1910 para a localização dos trabalhadores nacionais em pequenas propriedades agrícolas já eram aplicáveis, há anos, pela legislação vigente, aos colonos estrangeiros.

Com a proclamação da República, o Governo Provisório editou o Decreto n. 528, de 28.6.1890, que regulamentou a introdução e localização de imigrantes no Brasil. O decreto previa que os imigrantes deveriam ser aptos para o trabalho e não estar sujeitos à ação criminal no país de origem. Eles recebiam proteção especial do Governo, notadamente por intermédio das Inspetorias de Terras,[18] durante os seis primeiros meses após a chegada.

O Governo instituía prêmios em dinheiro para os particulares ou as empresas que cumprissem as determinações constantes do regulamento de modo a introduzir e localizar imigrantes, valores que variavam conforme o número de famílias assentadas. O artigo 42 do referido decreto estabelecia que, sobre o número total das famílias de imigrantes que fossem localizadas, poderiam ser admitidos 25% de nacionais, contanto que fossem "morigerados, laboriosos e aptos para o serviço agrícola". Observa-se, pois, que essa era uma política voltada para estrangeiros e que os nacionais eram preteridos.

Em 1907, o Serviço de Colonização, afeto ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, ganhou nova denominação e novo regulamento: passou a chamar-se Serviço de Povoamento do solo nacional, instituído pelo Decreto n. 6.455, de 19 de abril, o qual manteve, na essência, as mesmas diretrizes no tocante à introdução e localização de estrangeiros trabalhadores agrícolas e às subvenções e prêmios para empresas e particulares.[19] Manteve, outrossim, regra semelhante à do já mencionado artigo 42 do decreto anterior, que estabelecia restrições à localização de trabalhadores nacionais.

É nesse contexto de preterição em relação aos trabalhadores nacionais que surge, em 1910, a Localização dos Trabalhadores Nacionais como serviço autônomo dentro do Ministério da Agricultura, o qual também detinha atribuições de imigração e colonização (artigo 2º, item 1º, alínea b, do Decreto n. 1.606/1906). Trata-se de uma política voltada para os nacionais, que até então estavam quase que esquecidos em sua própria nação, com prioridades governamentais voltadas para estrangeiros.

O Decreto n. 8.072/1910 estava dividido em três títulos: o primeiro a regular a questão indígena (Capítulo 1: da proteção aos índios; Capítulo 2: das terras ocupadas por índios; Capítulo 3: dos índios aldeiados; Capítulo 4: dos índios nômades e dos que se mantiverem em promiscuidade com civilizados; Capítulo 5: das povoações indígenas); o segundo a tratar dos trabalhadores nacionais (Capítulo 1: da localização de trabalhadores nacionais; Capítulo 2: da instalação dos centros agrícolas; Capítulo 3: dos trabalhadores nacionais) e o terceiro, finalmente, a regular a organização administrativa do serviço (Capítulo 1: distribuição dos trabalhos; Capítulo 2: do pessoal; Capítulo 3: dos deveres dos funcionários; Capítulo 4: disposições gerais).

17 Idem, ibidem. A expressão caipira é utilizada pelo autor.

18 Órgão governamental criado pela Lei de Terras e reorganizado pelo Governo Provisório da República mediante o Decreto n. 603, de 26.7.1890. Havia a Inspetoria Geral de Terras, centralizada na capital da República, bem como Inspetorias Especiais.

19 Destaque para o artigo 47 do referido decreto, que estabelece: "*Em Estados, ou zonas, onde não existirem colônias antigas ou núcleos coloniais de agricultores estrangeiros, o Governo Federal poderá adotar providencias excepcionais, quando indispensáveis, para garantia da formação do primeiro núcleo em condições propicias ao seu desenvolvimento, servindo de centro de atração para o estabelecimento de crescente numero de imigrantes.*"

As povoações indígenas e os centros agrícolas eram criados por decretos distintos, cada qual com o seu fundamento legal no Decreto n. 8.072/1910, respectivamente, o artigo 15 e o artigo 22, que vinham especificados nas exposição de motivos.

Destaque para o Decreto n. 8.941, de 30.8.1911, que criou uma povoação indígena em cada um dos aldeamentos de índios de São Jeronimo (PR), São Lourenço (MT) e Itaporanga (SP); Decreto n. 8.937, de 30.8.1911, que criou Centros Agrícolas nos Estados do Maranhão, Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Alagoas e Minas Gerais; Decreto n. 8.973, de 14.9.1911, que criou um Centro Agrícola em município do Estado de Minas Gerais; Decreto n. 9.712, de 14.8.1912, que criou Centros Agrícolas nos Estados do Piauí, Paraíba, Sergipe, Baía e Rio Grande do Sul.

A criação de povoações indígenas dar-se-ia nos antigos aldeamentos de índios, que passariam a receber, além daquela denominação, auxílio governamental para a instalação de escolas, oficinas com máquinas e utensílios destinados a beneficiar os produtos das culturas a que eles já estavam afeiçoados, bem como eventual aprendizagem de novas culturas domésticas que lhes fossem útil e, sempre, mediante consentimento.[20] Dessa forma, tem-se que os postos de atração do SPI seriam instalados nas regiões por eles habitadas (nos seus aldeamentos), para que ali se instituísse a povoação indígena com a estrutura organizacional e administrativa estatal, nos moldes do Decreto n. 8.072/1910, de maneira que os índios pudessem receber o amparo e os subsídios conferidos pela nova legislação.

A instalação dos centros agrícolas, por sua vez, deveria ser feita em boas terras de cultura, apropriadas à lavoura mecânica, dotadas de perfeitas condições de salubridade, de cursos d'água potável, em locais servidos por fáceis meios de comunicação e próximos de mercados consumidores. O decreto trazia também requisitos que o trabalhador deveria atender para se localizar em um centro agrícola, como não ter sido condenado por crime de nenhuma natureza nem ter sofrido prisão correcional por embriaguez ou contravenções; ser chefe de família ou solteiro com mais de 21 anos de idade e menos de 60; ser trabalhador agrícola; ter capacidade física e aptidão para o trabalho.

Dada a particularidade de cada projeto, o SPI e o LTN foram posteriormente desmembrados, ficando a esse último afeto ao Serviço de Povoamento, no âmbito do próprio Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, e o Serviço de Proteção ao Índio passou pelas atribuições de diversos Ministérios (do Trabalho, da Guerra e da Agricultura) até ser extinto em 1967, com a criação da Funai – Fundação Nacional do Índio.

Feitos tais esclarecimentos históricos, passemos à análise dos desafios para a implementação efetiva de uma lei. O trabalho pronto no plano legislativo implica a execução na vida prática, no plano real, o que demanda aplicação de recursos materiais e humanos, especialmente em se tratando da implementação de um serviço, nos moldes como o SPILTN que representava, em verdade, a implementação de uma estrutura administrativa de âmbito nacional, regionalizada em diversos postos pelo vasto interior do país.

4. O REGULAMENTO DO SERVIÇO (SPI)

De acordo com o clássico modelo de separação dos poderes estabelecido por Montesquieu e consagrado na estrutura da maioria dos Estados modernos, cabe, sucintamente, ao Poder Legislativo elaborar leis gerais e abstratas; ao Executivo implementá-las e ao Judiciário solucionar

20 Essa era a disposição expressa do parágrafo único do artigo 15: Não será permitido, sob pretexto algum, coagir os índios e seus filhos a qualquer ensino ou aprendizagem, devendo limitar-se à ação do inspetor e de seus auxiliares a procurar convencê-los, por meios brandos, dessa necessidade.

os conflitos gerados no caso concreto, mediante provocação. O pensamento de Montesquieu, de separação rígida para a garantia das liberdades individuais, fora posteriormente abrandado pelo constitucionalismo moderno, que estabelecera técnicas de controle, como a de *checks and ballances* (pesos e contrapesos), de modo a estabelecer uma ordem de interferência de um poder em outro, como forma de controle harmônico. Daí, temos que cada poder exerce sua função típica, mas também a função de outros poderes.

O decreto de criação do serviço fora promulgado em 20.6.1910, mas a sua inauguração fora realizada em cerimônia alusiva às comemorações do Dia da Independência, em 7.9.1910. Nesse ínterim, surge o Decreto n. 8.159, de 18.8.1910, o qual abria crédito especial ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio para a execução do serviço. O regulamento do serviço foi alterado em 1911, pelo Decreto n. 9.214, de 15 de dezembro. Alteração inexpressiva, contudo, tendo permanecido as diretrizes do decreto anterior.

No ano em que o SPILTN foi criado, observa-se uma sequência de atos normativos que demonstram preparação estrutural e administrativa para a implementação do mencionado serviço. O Decreto n. 7.839, de 27.1.1910, criou um Serviço de Consulta no Ministério da Agricultura para atender a questões de natureza técnica e jurídica que se suscitassem sobre a execução dos trabalhos a cargo do Ministério. Criaram-se três cargos: um consultor jurídico, um consultor técnico e um auxiliar técnico. Na sequência, o Decreto n. 7.958, de 14.4.1910, criou uma Diretoria-Geral de Contabilidade no Ministério da Agricultura, com a finalidade de escriturar todos os créditos abertos ao Ministério, bem como fiscalizar as subvenções e auxílios concedidos pelo Ministério com destino determinado – o orçamento do SPILTN –, o que, dentre outros, teria destinação previamente determinada nas posteriores leis orçamentárias. Após a criação do Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais, esses órgãos públicos criados pelos mencionados decretos foram anexados à Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, Indústria e Comércio pelo Decreto n. 8.899, de 11.8.1911.

Administrativamente, o serviço estava organizado na sede e nos Estados entre servidores efetivos e extraordinários, da seguinte forma:

SEDE	**INSPETORIAS NOS ESTADOS**
Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio na capital da República (Rio de Janeiro).	1- Amazonas e Território do Acre 2- Pará 3- Maranhão 4- Bahia 5- Espírito Santo 6- São Paulo 7- Paraná 8- Santa Catarina e Rio Grande do Sul 9- Goiás 10- Mato Grosso
1 diretor 2 chefes de seção 2 ajudantes técnicos 1 cartógrafo 1 desenhista 3 oficiais 1 porteiro 2 serventes	**Povoações indígenas**: 1 diretor 1 ajudante 1 escrevente **Centros agrícolas**: 1 diretor 1 chefe de culturas 1 escrevente

Esses eram os servidores efetivos previstos no decreto. Mas, além deles, havia também previsão de "*pessoal extraordinário indispensável para a execução dos serviços de demarcação, construções, levantamentos topográficos, localização e outros que não puderem ser executados pelo pessoal efectivo.*"[21]

Darcy Ribeiro (1996), que trabalhou como etnólogo do SPI por mais de dez anos, aponta algumas das dificuldades para a realização prática da política indigenista criada pelo governo republicano em 1910: o difícil acesso às regiões habitadas por grupos indígenas; a variedade de suas línguas e tradições culturais; a diversidade de ambientes e de condições de vida dessas populações; a desconfiança que séculos de amargas experiências com civilizados haviam deixado em cada grupo indígena; os interesses escusos que o SPI teria de contrariar para garantir ao índio a posse das terras que lhes pertenciam e que haviam sido usurpadas, para impedir sua escravização e para impor respeito às suas famílias.[22]

Essa última circunstância é bem retratada por Mariana Albuquerque Dantas (2010) em dissertação na qual analisa especificamente as disputas e alianças no aldeamento do Ipanema em Águas Belas, Estado de Pernambuco, local que fora instalado um posto do SPI em 1924.

Em visita realizada às Águas Belas e aos índios Carnijó que ali viviam, no ano de 1912, o padre Alfredo Dâmaso relatou "*o estado miserável no qual encontrou os índios, espoliados de seus bens, que então se resumiam na reserva de terras que numa extensão de quatro léguas lhe havia doado o Governo Imperial.*" Os índios Carnijó "*queixavam-se amargamente da injustiça dos prepotentes políticos da terra*".[23]

Foi somente em 1920, no entanto, que o padre Alfredo fora transferido para Águas Belas e passara a intermediar com as autoridades locais e centrais a criação de um posto indígena, nos moldes do Decreto n. 8.072/1910. Foi por ele que os índios Carnijó conseguiram levar suas reivindicações até os escalões mais altos do governo, a principal delas era a posse sobre suas terras.

Várias denúncias sobre violação dos direitos dos índios foram feitas pelo padre Alfredo às autoridades locais, mas nenhuma providência fora tomada. Segundo Dantas (2010), o governador de Estado à época, Sérgio Loreto, estaria completamente envolvido nas disputas políticas na cidade e, como sua intenção seria a permanência no poder mediante eleições, apoiava o interesse dos potentados locais, que eram proprietários de terras.[24] Com a mudança do governo estadual e a diplomação de Estácio Coimbra, que não estava vinculado aos interesses dessas elites, teve início a regularização das terras do extinto aldeamento.

Tal fato não era novidade. Cândido Mariano da Silva Rondon já denunciara tal situação em seus relatórios fornecidos ao Ministério da Guerra em 1906, oriundos do serviço da construção das linhas telegráficas no Estado de Mato Grosso.[25] Observa-se, pois, que a violação dos direitos dos índios, especialmente em relação a suas terras e suas vidas, não era uma situação isolada, mas uma realidade em diferentes estados brasileiros.

---

21 Artigo 60 do Decreto n. 9.214/1911.

22 RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 162.

23 DANTAS, Mariana Albuquerque. **Dinâmica social e estratégias indígenas**: disputas e alianças no aldeamento do Ipanema, em Águas Belas, Pernambuco (1860-1920*)*. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010. Dissertação (Mestrado).

24 Cumpre lembrar que no século XIX o voto ainda não era universal. Além dos expressamente excluídos do direito ao voto, como mulheres, escravos e praças de pret do exército, era necessário possuir determinado patrimônio ou renda para votar, o que privilegiava os proprietários de terras. O Decreto n. 3029, de 9.1.1881 estabelecia que era eleitor todo cidadão brasileiro que tivesse renda líquida anual não inferior a 200$ por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego. Para maiores informações sobre o processo eleitoral, vide Decretos n. 480, de 24.10.1846; n. 842, de 19.9.1855; n. 1.812, de 23.8.1856; n. 1.082, de 18.8.1860; n. 2.675, de 20.10.1875.

25 Narra Rondon em seu relatório: "*Tão logo tive notícia do primeiro ataque que projetavam contra eles, escrevi uma carta ao Coronel José Alves Ribeiro como fazendeiro mais inteligente da zona, pedindo-lhe que evitasse a carnificina que projetavam contra os índios. Respondeu-me evasivamente, afirmando-me, entretanto, que de forma alguma consentiria em que os matassem. Dizia-me ser intenção dos fazendeiros apenas afugentá-los. No entanto, passado algum tempo confirmou-se a noticia que eu tivera. Foram os índios atacados e mortos pelos fazendeiros [...] Certo do barbarismo praticado, por telegrama apresentei denúncia ao Presidente do Estado, protestando contra o canibalismo dos fazendeiros e pedindo providências para evitar a sua reprodução. Apesar da resposta favorável que me deu o Presidente, reproduziu-se a mesma cena seis meses depois e pelos mesmos indivíduos.*" RONDON, Cândido Mariano da Silva. **Relatório dos trabalhos realizados de 1900-1906.** Comissão de Linhas Telegráficas do Estado de Mato-Grosso**.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949. p. 62.

As relações políticas entre interesses dos governantes e a repercussão no serviço de proteção aos índios é analisada por Darcy Ribeiro (1996), para quem o "*apoio do governo central, mais distanciado das fronteiras de expansão, nem sempre foi suficiente para fazer face a oposição e até mesmo à odiosidade dos poderes locais. A precariedade da posição do SPI entre essas esferas de poder, foi desnudada cada vez que o governo federal e os governos estaduais entravam em conflito."* [26] Para Ribeiro (1996), o SPI deveria atuar justamente "*sobre os potentados locais, os chefetes sertanejos que jamais haviam conhecido qualquer norma legal, dos quais dependiam o juiz e todas as autoridades locais e que eram reverenciados pelos políticos como a fonte de seus votos e a garantia de suas eleições.*" [27]

De acordo com Dantas (2010), a instalação do posto indígena em Águas Belas, com o deslocamento de funcionários do SPI para a cidade e a consequente interferência do órgão nas contendas locais por terras, "*contribuiu para uma nova configuração de forças na distribuição dos recursos fundiários no município.*" Isso porque "*se antes os posseiros não pagavam arrendamentos, ou quando pagavam o faziam para as coletorias estaduais, depois da instalação do posto, a utilização das terras passou a ficar sob a jurisdição do SPI. Assim, numa região onde os usos e o direito sobre as terras estavam justapostos e conflitantes, o SPI passou a atuar como intermediário.*" [28]

Entretanto, essa era apenas uma das dificuldades enfrentadas para que o serviço estatal pudesse cumprir sua função. O difícil acesso às regiões habitadas por grupos indígenas acabava gerando outro problema: a dificuldade de se encontrar pessoas que se sujeitassem às condições adversas do serviço naquelas regiões. Tanto que o Decreto n. 9.214/1911 estabelecia uma gratificação adicional sobre os respectivos vencimentos do pessoal em efetivo exercício nos Estados do Pará e Amazonas e no antigo Território do Acre, no percentual de, respectivamente, 40%, 60% e 80%. Oportuno destacar que era justamente nesses estados e também em Mato Grosso (estado uno então) que a fronteira de expansão econômica e ocupação do solo avançava e a atuação do serviço se fazia mais premente.

Nos primeiros anos do SPI, foram os militares positivistas e que haviam trabalhado em campo com o Marechal Rondon que assumiram os postos de trabalhos nas inspetorias, especialmente nessas regiões. Em relatório apresentado ao então Coronel Rondon em 1916, a tratar do serviço de conservação da linha telegráfica no Estado de Mato Grosso, o 1º tenente Júlio Caetano Horta Barbosa faz referência aos postos indígenas ali instalados: *"Aos encarregados dos núcleos indígenas transmiti, em circular, todas as vossas instruções. Recomendei-lhes a mais escrupulosa moralidade e justiça no trato com os índios e estabeleci punições severas para os transgressores."* [29]

Observa-se que, por ser Chefe da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas e também Diretor do Serviço de Proteção ao Índio, o interesse e a fiscalização de Cândido Mariano da Silva Rondon em ambos os serviços se entrelaçavam. Aliás, fora exatamente assim que surgira o SPI, no âmago do sertão e dos trabalhos de campo da comissão, como visto no artigo anterior.

No ano de 1930, ou seja, vinte anos após sua criação, o SPI instalara e mantinha em funcionamento 97 postos indígenas, que estavam distribuídos pelos estados. Segundo Darcy (1996), "*três condições eram indispensáveis à plena aplicação dessa política indigenista: verbas suficientemente avultadas para financiá-la; pessoal altamente qualificado para tarefa tão delicada, seja a de controlar um processo social complexo, como a aculturação e a assimilação; suficiente autoridade e poder para se impor aos régulos locais.*" [30] Essas condições, em verdade, somente

26 RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 167.

27 Idem, ibidem, p. 162-3.

28 Op. cit, p. 138-9.

29 HORTA BARBOSA, Julio Caetano. Relatório do serviço de conservação da linha telegráfica no período de junho de 1913 a setembro de 1914. **Comissão de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas**. Rio de Janeiro, n. 30. 1916, p. 6. Apresentado ao Sr. Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, chefe da comissão.

30 RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 163.

estiveram concomitantemente presentes nos primeiros anos de funcionamento do serviço em que lhe foram direcionadas verbas, porquanto havia vontade política dos governantes ante a pressão exercida pela sociedade e pelos consulados dos países que enviavam imigrantes para o Brasil; em que os funcionários dos postos eram, em maioria, militares que atuaram nas atividades das comissões telegráficas; e em que, por isso, a presença do Exército, ainda que indiretamente, fazia frente às autoridades locais.

Ao longo de toda sua história oscilou o apoio governamental do poder central (embora ele fosse um serviço federal). Isso porque o *"rápido sucesso alcançado na pacificação das tribos hostis mais próximas das grandes cidades aliviou o governo das pressões que sofrera no sentido de criar e manter o SPI."*[31] A geração de militares positivistas que acompanhara Cândido Rondon pelos sertões, por outro lado, deu lugar a servidores contratados mediante concurso público que, apesar de conhecimento técnico, não tinham experiência prática e, com civis à frente do serviço, não mais se tinha a presença do Exército no SPI, que outrora impunha respeito aos potentados, em especial nas regiões em que as autoridades locais estavam aliadas aos interesses dos proprietários rurais.

O SPI fora extinto em 5.12.1967, pela Lei n. 5.371, que autorizara a instituição da Fundação Nacional do Índio (Funai), com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado. Com a instituição da fundação, ficou o SPI automaticamente extinto (artigo 6º da Lei n. 5.371); seu patrimônio incorporado à Fundação; seus servidores reaproveitados e autorização legal expressa para que seus acordos, convênios, contratos e ajustes fossem reexaminados, podendo ser ratificados, modificados ou rescindidos.

Nos idos de 1821, o governo provisório de São Paulo elaborara um documento para que representantes do Brasil levassem a uma reunião em Portugal, na qual se pretendia discutir a situação da colônia, que havia sido elevada a Reino Unido de Portugal, após o retorno de D. João VI para Lisboa. O documento chamado *"Lembranças e Apontamentos do Governo Provisório para os Senhores Deputados da Província de São Paulo"* fora redigido por José Bonifácio de Andrada e Silva e tratava de doze questões que, à época, eram consideradas importantes para os destinos desta nação, cujas bases se começavam a constituir. Algumas das questões tratadas no documento apresentado às Cortes de Lisboa, passados quase duzentos anos, ainda não lograram solução, como a questão agrária e indígena.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não basta criar uma lei para dar uma resposta à sociedade que clama pela solução de um determinado problema, mas a execução dessa lei deve ser pensada e analisada em consonância com as possibilidades orçamentárias e administrativas, sob pena de se despender tempo e dinheiro e não se obter nenhum resultado eficiente.[32]

É preciso, além disso, haver vontade política para implementar e manter um serviço governamental, o que, infelizmente, nem sempre acontece, porquanto, no Brasil, programas de governo ainda são, de certo modo, políticas pessoais e partidárias. O planejamento estratégico no setor público, cuja proposta é justamente planejar a curto, médio e longo prazo, o que, nesse último caso, extrapola mandatos, ainda está engatinhando.

A essa circunstância, alia-se a multiplicação das leis jurídicas que se verifica na atualidade, do que se extraem duas consequências, oportunamente advertidas pelo renomado filósofo do

31 Idem, Ibidem, p. 166.

32 Um exemplo é a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11.7.1984), a qual estabelece que o condenado seja alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório e que tem como requisito básico área mínima de seis metros quadrados. Esse dispositivo, além de tantos outros, não conseguem ser implementados na realidade fática brasileira, apesar da vigência de mais de vinte anos da referida lei.

Direito Francesco Carnelutti (2004): a primeira é que o cidadão, para observá-las, deveria conhecê-las, e já não está em condições de fazê-lo; e a segunda é que, à medida que cresce o número das leis jurídicas, diminui mais a possibilidade de sua formação cuidadosa e equilibrada.[33]

Outrossim, ressalta o jus filósofo que "*a interpretação é uma forma de colaboração, se bem que freqüentemente inconsciente, na formulação das leis, capaz de acrescentar seus valores como de corrigir seus defeitos.*"[34] E nesse ponto, constatamos que o Poder Judiciário tem sido chamado a resolver os mais variados tipos de conflito, inclusive aqueles que poderiam ser evitados pelo simples cumprimento das funções de Estado do Poder Executivo.

Com efeito, a função precípua do Poder Judiciário é resolver conflitos e garantir direitos e a Constituição de 1988 é detalhista e enumera uma gama enorme de direitos, individuais e coletivos, o que acentua a legitimidade da intervenção do Judiciário. Como bem lembrou a cientista política Maria Teresa Sadek: "*a pauta do Judiciário é enorme e todos os itens têm repercussão pública muito grande*."[35]

A sociedade moderna vive em ritmo acelerado, em constante mudança e, também por isso, o Judiciário é chamado a intervir o tempo inteiro. Em verdade, o vácuo deixado pelos demais poderes – Legislativo e Executivo – acaba sendo ocupado pelo Judiciário. Valemo-nos novamente das sábias palavras do filósofo Carnelutti (2004) ao afirmar que, a julgar pelas aparências e considerar a quantidade de leis e de juízos, poderá parecer que o Direito nunca esteve tão vivo, "*mas essa vitalidade ilusória é, antes de tudo, a febre que o consome*."[36]

Multiplicam-se os estatutos e as leis especiais, notadamente, e aí a sua gravidade, no seio familiar. "*Quando as relações entre marido e mulher ou entre pais e filhos se regulam pela força do Direito, não merecem o nome de família cristã, porque o pai e o filho cristãos não necessitam de Direito, porque simplesmente o pai ama o filho e o filho ama o pai*."[37] Enquanto os homens são souberem amar uns aos outros, precisarão do Direito e de juízes para obrigá-los.

6. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CALMON, Pedro. **História social do Brasil**. São Paulo: Brasiliana – Cia Editora Nacional, 1937. Tomo III.

_____. _____. Tomo II.

CARDOSO, Fernando Henrique. **História geral da civilização brasileira**: Dos governos militares a Campos Sales. Estrutura de Poder e Economia (1889-1930). In: Boris Fausto (Org.). 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. Tomo III.

CARNELUTTI, Francesco. **A morte do direito**. Belo Horizonte: Lider, 2004.

_____. **A arte do direito**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. **Como se faz um processo**. 2. ed. Campinas: Editora Minelli, 2004.

33 CARNELUTTI, Francesco. **A morte do direito**. Lider: Belo Horizonte, 2004. p. 11.

34 Idem, ibidem.

35 SADEK, Maria Teresa. Cada juiz é uma ilha e tem muito poder em suas mãos. Entrevista concedida ao *site* Consultor Jurídico em 8.2.2009. Disponível em <http://www.conjur.com.br.>

36 Op. Cit., p. 23.

37 CARNELUTTI, Francesco. **A arte do direito**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 17-8.

COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República**: momentos decisivos. 8. ed. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007.

DANTAS, Mariana Albuquerque. **Dinâmica social e estratégias indígenas***:* disputas e alianças no aldeamento do Ipanema, em Águas Belas, Pernambuco (1860-1920). Dissertação de Mestrado. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: a formação do patronato político brasileiro. 10. ed. São Paulo: Publifolha, 2000. v. 2.

GOMES, Laurentino. **1822**: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

HORTA BARBOSA, Julio Caetano. **Relatório do serviço de conservação da linha telegráfica no período de junho de 1913 a setembro de 1914** – apresentado ao Sr. Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, chefe da comissão. Comissão de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas, Rio de Janeiro, n. 30, 1916.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGALHÃES, Amílcar Botelho de. **Impressões da Comissão Rondon**. 1921.

Recepção e Posse do General Rondon – **discursos proferidos na sessão extraordinária de 25 de março de 1939.** Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, São Paulo, v. 36, 1939. Disponível no Museu Histórico do Exército. Separata.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RODRIGUES, Aryon Dall'Igna. Sobre a contribuição linguística da Comissão Rondon. CBPS. Acesso em 30.10.2010. Disponível em: <http://www.sbpcnet.org.br>

RONDON, Cândido Mariano da Silva. Relatório dos trabalhos realizados de 1900-1906. Comissão de Linhas Telegráficas do Estado de Mato-Grosso, Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949.

SÁ, Luiza Vieira. **Rondon:** O agente público e político. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas: São Paulo, 2009. Tese (Doutorado).

SADEK, Maria Teresa. Cada juiz é uma ilha e tem muito poder em suas mãos. Entrevista concedida. Consultor Jurídico em 8.2.2009. Disponível em www.conjur.com.br.

SENADO FEDERAL. **Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11.7.1984.** Base de dados da Legislação Federal. Disponível em www.senado.org.br.

Publicações Científicas da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Mato Grosso ao Amazonas:[38]

Publicação n. 1: Relatório Geral a presentado à Diretoria-Geral da Repartição dos Telégrafos e à Divisão de Engenharia do Departamento da Guerra (Estudos e Reconhecimentos), pelo coronel de engenharia Cândido Mariano da Silva Rondon, chefe da Comissão.

38 Material utilizado retirado da tese de doutorado: "Rondon: o agente público e político". SÁ, Luiza Vieira. USP: São Paulo, 2009. Listagem organizada em 21 de outubro de 1920, por Amilcar Botelho de Magalhães, que esteve na Direção do Escritório Central da Comissão de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas no período de 1914 a 1922. Posteriormente, quando criado o Conselho Nacional de Proteção ao Índio (CNPI), em 1939, órgão centralizador e organizador da política indigenista, foram republicadas algumas obras pela Imprensa Nacional, bem como fora dada sequência à organização numérica com novas publicações. São mais de 90 publicações da referida Comissão que estão no acervo do Museu Nacional (RJ), Museu do Índio (RJ) e Museu Histórico do Exército (Forte Copacabana - RJ).

Publicação n. 2: História Natural – Etnografia, pelo coronel Cândido Mariano da Silva Rondon.

Publicação n. 3: (Serviço Astronômico) – 1909 – Relatório apresentado pelo 1º tenente-ajudante João Salustiano Lyra.

Publicação n. 4: (Serviço Astronômico) – 1909 – Relatório apresentado pelo então 1º tenente ajudante Renato Barbosa Rodrigues Pereira.

Publicação n. 5: (Explorações) Exploração do Rio Jacy-Paraná, pelo capitão-ajudante Manoel Teófilo da Costa Pinheiro.

Publicação n. 6: (Serviços propriamente da construção da linha) Levantamento e locação do trecho compreendido entre os rios Zolahauiná-Burity e Juruena, pelo 1º tenente-ajudante Emmanuel Silvestre do Amarante.

Publicação n. 7: Variante da Ponte de Pedra ao Salto Utiarity e Aldeia Queimada, pelo 1º tenente João Salustiano Lyra.

Publicações n. 8, 9, 10, 11 e 12: (História Natural) Botânica – *Specimens* estudados por Frederico Carlos Hoehne, (partes I, II, III, IV e Atlas).

Publicação n. 13: (História Natural) Zoologia – Crustáceos, pelo Dr. Carlos Moreira.

Publicação n. 14: (História Natural) Zoologia – Tabanídeos, pelo Dr. Adolpho Lutz.

Publicação n. 15: (História Natural) Zoologia – *Pimelodidae* etc., por Alípio de Miranda Ribeiro.

Publicação n. 16: (História Natural) Zoologia – *Loricadae* etc., por Alípio de Miranda Ribeiro.

Publicação n. 17: (História Natural) Zoologia – Mamíferos por Alípio de Miranda Ribeiro.

Publicação n. 18: (História Natural) Mineralogia e Geologia pelo professor Dr. Alberto Betim Paes Leme.

Publicação n. 19: (Serviço Sanitário) Expedição de 1909 pelo 1º tenente Dr. Joaquim Augusto Tanajura.

Publicação n. 20: (Serviço Sanitário) Seção de Cáceres a Mato Grosso, pelo Capitão-Médico Dr. Armando Calasans; Seção da Linha Tronco, pelo 1º tenente-médico Dr. Joaquim Pinto Rabello.

Publicação n. 21: (Relatórios Diversos) Relatório apresentado pelo chefe da 1ª Seção, major de engenheiros Felix Fleury de Souza Amorim.

Publicação n. 22: (História Natural) Moluscos – pelo Dr. Hermann Von Ihering.

Publicação n. 23: (História Natural) Geologia – observações geológicas, geográficas e etnográficas sobre a viagem de exploração de Cuiabá a Serra do Norte, passando por São Luis de Cáceres, por Carlos Carnier.

Publicação n. 24: Quatro mapas do anexo n.º 5, de mineralogia e geologia, pelo professor Dr. Alberto Betim Paes Leme.

Publicação n. 25: Um mapa do levantamento expedito do rio Jaru, afluente do rio Gy-Paraná ou Machado, anexo ao 1º volume do relatório do Chefe da Comissão (Estudos e Reconhecimentos).

Publicação n. 26: Terceiro volume do relatório do Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, chefe da Comissão.

Publicação n. 27: Relatório dos trabalhos realizados durante o ano de 1908, por Alípio de Miranda Ribeiro, na qualidade de Zoólogo da Comissão.

Publicação n. 28: Relatório dos trabalhos de Botânica e viagens executadas durante os anos de 1908 e 1909, por Frederico Carlos Hoehne, como Botânico da Comissão.

Publicação n. 29: Exploração do rio Ikê (1912-1913) – Relatório apresentado pelo 1º tenente Júlio Caetano Horta Barbosa.

Publicação n. 30: Relatório do serviço de conservação da linha telegráfica no período de junho de 1913 a setembro de 1914, pelo 1º tenente Júlio Caetano Horta Barbosa.

Publicação n. 31: Explorações dos campos de comemoração de Floriano ao rio Guaporé (1912) e da zona compreendida entre os rios Comemoração de Floriano e Pimenta Bueno (1913), pelo engenheiro de minas Dr. Francisco Moritz.

Publicação n. 32: (Serviço Sanitário) – Relatório apresentado pelo capitão-médico graduado Dr. João Florentino Meira de Farias.

Publicação n. 33: (História Natural) Botânica – parte VII *Pteridophytas* – pelo professor Dr. A. J. Sampaio.

Publicação n. 34: Exploração do rio Paranatinga e seu levantamento topográfico, bem como dos rios S. Manoel e Telles Pires; relatório apresentado pelo 1º tenente Antonio Pyrineus de Sousa.

Publicação n. 35: (História Natural) Zoologia – *Hymenopteros* por Adolpho Ducke.

Publicação n. 36: (História Natural) Zoologia – *Ixodidas*, pelo Dr. Henrique de Beaurepaire Aragão, assistente do Instituto Oswaldo Cruz.

Publicação n. 37: (Relatórios Diversos) Quadros de pessoal e do rendimento do serviço na construção da linha tronco; observações meteorológicas registradas em várias estações telegráficas; orçamentos diversos etc.

Publicação n. 38: (História Natural) Botânica – *Asclepiadaceas – monographia*, por Frederico Carlos Hoehne.

Publicação n. 39: Relatório Geral – 2º volume do relatório do Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, chefe da Comissão.

Publicação n. 40: (História Natural) Botânica – parte V – *Mayacaceas*, *Xyridaceas* etc., por Frederico Carlos Hoene (janeiro de 1915).

Publicação n. 41: (História Natural) Botânica – adição para *Alismatáceas* e *Butonaceas* da parte IV etc., Setembro de 1915, por Frederico Carlos Hoehne (parte VI).

Publicação n. 42: Conferências realizadas pelo Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, em 5, 7 e 9 de outubro de 1915. Edição em português.

Publicação n. 43: Versão para o inglês da publicação n.º 42, por R. G. Reidy e E. Murray.

Publicação n. 44: Trabalhos astronômicos efetuados em 1910, pelo então 1º tenente Renato Barbosa Rodrigues Pereira.

Publicação n. 45: (História Natural) Botânica – parte VIII, leguminosas –, por Frederico Carlos Hoehne.

Publicação n. 46: (História Natural) Zoologia – *cihlidae* –, por Alípio de Miranda Ribeiro.

Publicação n. 47: (História Natural) Botânica – parte IX – bromeliáceas e *Orchidaceas*, por Frederico Carlos Hoehne (julho de 1917).

Publicação n. 48: Exploração e levantamento dos rios Anary e Machadinho pelo capitão-ajudante Nicolau Bueno Horta Barbosa.

Publicação n. 49: O Museu Nacional e a Comissão Rondon, pelo professor do mesmo Museu Alípio de Miranda Ribeiro.

Publicação n. 50: (História Natural) Geologia, pelo engenheiro de minas, Dr. Euzébio Paulo de Oliveira.

Publicação n. 51: (História Natural) Botânica, por Frederico Carlos Hoehne.

Publicação n. 52: (Serviço Astronômico) Relatório apresentado pelo 1º tenente João Salustiano Lyra.

Publicação n. 53: (História Natural) Zoologia, por Alípio de Miranda Ribeiro.

Publicação n. 54: Ajudância e Serviço Meteorológico, pelo capitão Amílcar Armando Botelho de Magalhães.

Publicação n. 55: Serviço Sanitário, pelo Capitão-médico Dr. José Antonio Cajazeira.

Publicação n. 56: (História Natural) Botânica – parte X – Lauráceas de Mato Grosso e duas novas espécies do Amazonas –, pelo professor Dr. A. J. Sampaio.

Publicação n. 57: Exploração e levantamento do rio Jamary, pelo 2º tenente Octavio Felix Ferreira e Silva.

Publicação n. 58: (História Natural) Zoologia – *Characidae* –, pelo professor Alípio de Miranda Ribeiro.

Publicação n. 59: (História Natural) Geologia – Estudos feitos sobre rochas dos rios Sangue, Arinos, Paranatinga, Sucundury e da zona compreendida entre os vales do Gy-paraná e Guaporé; Monografia sobre o gesso –, pelo engenheiro de minas Dr. Euzébio Paulo de Oliveira.

Publicação n. 60: Primeira série de mapas da linha tronco, explorações de rios etc., pela Seção de Desenho.

Publicação n. 61: Águas termais de Mato Grosso – 1ª parte do Relatório apresentado pelo Dr. Orozimbo Correa Neto.

Publicação n. 62: Águas termais de Mato Grosso – 2ª parte. Exame *in loco* das fontes termais de Palmeiras, Bahia do Frade e Poúro, pelo Dr. Orozimbo Correa Neto.

Publicação n. 63: Zoologia – *Psittacidae,* pelo professor Alípio de Miranda Ribeiro.

Publicação n. 64: Relatório do Escritório Central da Comissão, correspondente aos anos de 1914, 1915 e 1916, pelo capitão Amílcar Armando Botelho de Magalhães, chefe do escritório.

Publicação n. 65: Serviço Astronômico e de determinação de coordenadas geográficas, de 1915 a 1919, pelo ajudante capitão Manoel Teófilo da Costa Pinheiro.

Publicação n. 66: Exploração e levantamento do rio Cautário, pelo Capitão Manoel Teófilo da Costa Pinheiro.[39]

39 MAGALHÃES, Amílcar Botelho de. **Impressões da Comissão Rondon**, 1921. p. 296-303.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2010.007560-6 - Capital
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DECRETO ESTADUAL N. 12.932/10 – DECRETO QUE RESTRINGE A REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DOS SERVIDORES DO EXECUTIVO ESTADUAL A APENAS UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA – ORDEM CONCEDIDA.

A fixação de apenas uma instituição financeira para a realização dos empréstimos consignados em folha viola direito líquido e certo da impetrante, tendo em vista a ofensa aos princípios da livre concorrência e livre iniciativa, pois os servidores ficarão adstritos a realizar a referida modalidade de empréstimo com apenas uma instituição, sem possibilidade de escolha, e as demais ficarão proibidas de contratar os empréstimos com consignação em folha.

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 com o parecer, rejeitar a preliminar conexão e conceder a segurança. Ausente, justificadamente, o 4º vogal.

Campo Grande, 20 de outubro de 2010.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

ABBC – Associação Brasileira de Bancos – impetra mandado de segurança coletivo com relação a ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na edição do Decreto n. 12.932, de 13.2.2010, que alterou o rol de entidades que podem ser admitidas como consignatárias na folha de pagamento dos servidores públicos civis e militares da administração direta, autarquias, fundações e empresas públicas do Poder Executivo, estabelecendo que apenas poderá ser admitida a "*instituição financeira que presta serviços relativos ao processamento de créditos provenientes da folha de pagamento gerada pelo Estado*", excluindo as demais.

Alega que a consignação em folha é direito subjetivo do servidor público, que poderá realizá-la com qualquer instituição financeira, cabendo a escolha ao funcionário.

Afirma que o interesse público só será atendido com o credenciamento de todas as instituições financeiras, pois somente assim se preservará a liberdade de contratar dos servidores e também a livre concorrência e a livre iniciativa entre as instituições.

Argui, ainda, de forma incidental, a inconstitucionalidade formal do Decreto n. 12.932/10, pois o Governador do Estado excedeu sua competência regulamentar e inovou a ordem jurídica, e que o Decreto ainda padece de inconstitucionalidade material, uma vez que violou os princípios da legalidade, isonomia, impessoalidade, livre concorrência, livre iniciativa, moralidade e segurança jurídica.

Assevera que a edição do Decreto caracteriza desvio de poder.

Pede, ao final, a concessão da ordem para que seja garantido o direito líquido e certo das instituições financeiras de oferecerem crédito consignado aos servidores públicos, em igualdade de condições com a instituição financeira detentora da folha de pagamento.

Ao receber o *writ*, o Desembargador Luiz Carlos Santini reconheceu a conexão deste *mandamus* com o de n. 2010.007253-8, determinando a redistribuição dos autos a este relator (f. 136-7).

A liminar foi concedida às f. 139-40.

Ao prestar informações, a autoridade afirmou que inexiste conexão entre esta ação e o Mandado de Segurança n. 2010.007253-8 e, no mérito, alegou que a pretensão da impetrante é improcedente, porque a Lei Estadual n. 1.102/90 autoriza que a Administração restrinja as consignações em folha e que a referida medida não acarretará privilégio para a instituição financeira prestadora de serviços ao Estado, porquanto as demais financeiras poderão ainda realizar os empréstimos, apenas sem que haja o desconto em folha, o que caracterizaria ônus exacerbado para a máquina estatal.

A Procuradora de Justiça opina pela rejeição da preliminar de inexistência de conexão e, no mérito, pela concessão da segurança.

VOTO

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

ABBC – Associação Brasileira de Bancos – impetra mandado de segurança coletivo com relação a ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na edição do Decreto n. 12.932, de 13.2.2010, que alterou o rol de entidades que podem ser admitidas como consignatárias na folha de pagamento dos servidores públicos civis e militares da administração direta, autarquias, fundações e empresas públicas do Poder Executivo, estabelecendo que apenas poderá ser admitida a "*instituição financeira que presta serviços relativos ao processamento de créditos provenientes da folha de pagamento gerada pelo Estado*", excluindo as demais.

Alega que a consignação em folha é direito subjetivo do servidor público, que poderá realizá-la com qualquer instituição financeira, cabendo a escolha ao funcionário.

Afirma que o interesse público só será atendido com o credenciamento de todas as instituições financeiras, pois somente assim se preservará a liberdade de contratar dos servidores e também a livre concorrência e a livre iniciativa entre as instituições.

Argui, ainda, de forma incidental, a inconstitucionalidade formal do Decreto n. 12.932/10, pois o Governador do Estado excedeu sua competência regulamentar e inovou a ordem jurídica, e que o Decreto ainda padece de inconstitucionalidade material, uma vez que violou os princípios da legalidade, isonomia, impessoalidade, livre concorrência, livre iniciativa, moralidade e segurança jurídica.

Assevera que a edição do Decreto caracteriza desvio de poder.

Pede, ao final, a concessão da ordem para que seja garantido o direito líquido e certo das instituições financeiras de oferecerem crédito consignado aos servidores públicos, em igualdade de condições com a instituição financeira detentora da folha de pagamento.

Ao prestar informações, a autoridade afirmou que inexiste conexão entre esta ação e o Mandado de Segurança n. 2010.007253-8 e, no mérito, alegou que a pretensão da impetrante é improcedente, porque a Lei Estadual n. 1.102/90 autoriza que a Administração restrinja as consignações em folha e que a referida medida não acarretará privilégio para a instituição financeira prestadora de serviços ao Estado, porquanto as demais financeiras poderão ainda realizar os empréstimos, apenas sem que haja o desconto em folha, o que caracterizaria ônus exacerbado para a máquina estatal.

Inicialmente, deve ser ressaltado que existe conexão entre este *writ* e o de n. 2010.007253-8, mostrando-se acertada a remessa destes autos a minha relatoria.

O art. 103 do Código de Processo Civil dispõe: *"Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir"*.

Analisando ambos os processos, constata-se que não só são comuns os objetos, como também a causa de pedir, diferenciando-se apenas os impetrantes, sendo que no Mandado de Segurança n. 2010.007253-8 o *writ* foi impetrado pelo Banco BMG S.A., e este *writ* pela Associação Brasileira de Bancos.

Portanto, mostra-se caracterizada a conexão.

Antes de adentrar no mérito propriamente dito, deve-se esclarecer que, embora seja questionada no *mandamus* a constitucionalidade do Decreto n. 12.932/2010, o referido questionamento ocorre de maneira incidental, ao passo que a discussão principal recai sobre os efeitos concretos da determinação, pela autoridade coatora, de apenas uma instituição financeira realizar os empréstimos com consignação em folha para todos os servidores do executivo estadual.

Logo, o mandado de segurança não se configura ataque contra lei em tese.

Em questão semelhante, inclusive analisando recurso ordinário em mandado de segurança proveniente deste Estado, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a impetração de mandado de segurança contra Decreto Estadual quando o questionamento recaiu sobre os efeitos concretos emanados do Decreto, conforme se observa, *in verbis*:

> TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO ESTADUAL. CABIMENTO. EFEITOS CONCRETOS. EMPRESA FORNECEDORA DE SOFTWARE. EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO CONJUNTA DE RESPONSABILIDADE POR EVASÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REQUISITOS PREVISTOS EXAUSTIVAMENTE NA LEI. RECURSO PROVIDO EM PARTE.
>
> 1. O *mandamus* foi impetrado em face do Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado da Fazenda do mencionado ente estatal, em razão da exigência perpetrada pelo Decreto Estadual n. 10.525/2001, que instituiu a obrigatoriedade de ser firmada declaração na qual a empresa que desenvolve software para processamento de dados com finalidade fiscal assume a responsabilidade solidária, juntamente com o contribuinte, pela evasão fiscal decorrente da utilização do aplicativo de informática desenvolvido.
>
> 2. É cabível a ação mandamental, pois não se questiona, em tese, a validade do diploma normativo, mas tão somente os efeitos concretos da exigência instituída pelo mencionado decreto estadual sobre a atividade econômica desempenhada pela impetrante.
>
> 3. *Omissis*[...] (STJ, MS n. 30138/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 23.2.2010, DJ de 8.3.2010).

Quanto ao mérito, razão assiste à impetrante.

A Constituição Federal erigiu, como fundamento da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), declarando também ser a livre iniciativa fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*), e ressaltou como um dos princípios a serem observados a livre concorrência.

Ao editar o Decreto n. 12.932, que restringiu a possibilidade de realização de empréstimos na modalidade consignação em folha de pagamento a apenas uma instituição financeira, o Chefe do Executivo Estadual violou os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

A vedação da realização desta modalidade de empréstimo às demais instituições financeiras privilegiará uma única instituição em detrimento das demais, uma vez que os empréstimos consignados têm-se mostrado uma das modalidades mais praticadas pelas financeiras em geral, em razão da maior segurança que proporciona e também pelas menores taxas de juros aplicados aos consumidores.

Sendo assim, a fixação de apenas uma instituição financeira para a realização dos empréstimos consignados em folha mostra-se ilegal e inconstitucional, por violar os princípios da livre concorrência e livre iniciativa, pois os servidores ficarão adstritos a realizar a referida modalidade de empréstimo com apenas uma instituição, sem possibilidade de escolha, e as demais ficarão proibidas de contratar os empréstimos com consignação em folha.

Quanto ao assunto, transcreve-se um trecho da obra "Curso de Direito Constitucional" do E. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que o autor destaca as palavras do professor Miguel Reale sobre a livre iniciativa e livre concorrência (ed. Saraiva, 2007, p. 1292):

Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o 'princípio econômico' segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos contribuintes por dado tipo de política econômica, pelo tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças competitivas privadas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros. (Citação de Miguel Reale na obra O Plano Collor II e a intervenção do estado na ordem econômica, *in* **Temas de direito positivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 250-1).

Por fim, quanto à afirmação da autoridade impetrada de que a lei lhe autoriza a restrição do empréstimo em consignação, mostra-se necessária a transcrição do art. 79 da Lei Estadual n. 1.102/90:

> Art. 79. salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.
>
> Parágrafo único. Mediante autorização do funcionário, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da Administração e com reposição dos custos, na forma do regulamento.

Da redação do parágrafo único, verifica-se que a lei expressamente determina que a consignação poderá ser realizada a terceiros (plural), a critério da Administração, na forma do regulamento, todavia esses critérios devem sempre respeitar os princípios que informam a Administração Pública, assim como devem respeitar a Constituição Federal, o que no caso não foi feito.

Posto isso, rejeitada a preliminar, com o parecer, concede-se a segurança para assegurar o direito líquido e certo da impetrante, assim como de seus representados, de oferecerem créditos consignados em folha aos servidores públicos, em igualdade de condições com a instituição financeira detentora da folha de pagamento, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do Decreto n. 12.932/10.

A Srª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (1ª Vogal)

Tenho que a ordem deve ser concedida.

A discussão se assenta na legalidade do Decreto Estadual n. 12.932, de 13.2.2010, que limitou as instituições que podem ser consignatárias na folha de pagamento dos servidores públicos civis e militares da administração direta, autarquias, fundações e empresas do Poder Executivo, admitindo apenas a "*instituição financeira que presta serviços relativos ao processamento de créditos provenientes da folha de pagamento gerada pelo Estado*".

O ato praticado pela autoridade impetrada visivelmente viola a livre concorrência e a livre iniciativa das instituições financeiras, assim como o próprio direito de contratar dos servidores.

> A Constituição Federal expressamente prevê:
>
> 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:
>
> [...]
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;"
>
> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> V - livre concorrência;
>
> V - defesa do consumidor.

Como bem afirmou Miguel Reale Júnior, em consulta realizada pela associação impetrante para o caso em espeque, *"A livre concorrência e a liberdade para competir no mercado, consistindo a concorrência na existência de diversos agentes que, num mesmo tempo e espaço, buscam um mesmo ou similar objetivo."*

O ato impugnado também vai de encontro com a Lei n. 8.884/94, que prevê:

> **Art. 20.** Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
>
> I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
>
> II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
>
> [...]
>
> IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

> **Art. 21.** As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;
>
> [...]
>
> V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
>
> [...]
>
> X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição.

Com efeito, ao estabelecer um monopólio de determinada instituição financeira sobre um segmento de mercado, a autoridade impetrada inviabilizou o exercício tanto da livre iniciativa quanto da livre concorrência das demais instituições que exercem a mesma atividade, o que constitui infração da ordem econômica.

Não fosse por isso, a própria liberdade de contratar do servidor público do Poder Executivo estadual foi tolhido com a restrição levada a efeito pelo Decreto n. 12.932/10, senão vejamos o que dispõe o CDC:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

Não se pode olvidar que a consignação em folha advém de uma relação de consumo entre a instituição financeira e o servidor, que, nessa relação, ocupa *status* de consumidor. Dessa forma, ao estabelecer exclusividade a uma instituição financeira como consignatária, o impetrado está suprimindo a liberdade de escolha desse consumidor.

Ressalta-se, ainda, que o ato praticado pela autoridade coatora extrapola os limites da discricionariedade administrativa, não só porque viola os princípios constitucionais e dispositivos legais mencionados, mas também porque não há falar em âmbito discricionário quando se pretende atingir uma relação comercial que diz respeito exclusivamente a terceiros.

No caso, a consignação em folha tem como interessados maiores o servidor-consumidor e a instituição bancária que lhe é facultada, pelo que está a autoridade impetrada se utilizando do poder de empregador para jungir o servidor à instituição bancária que melhor lhe convém, o que não pode ser aceito num Estado Democrático de Direito. Trata-se de desvio de poder.

> Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que aparece como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.
>
> [...]
>
> No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça.

> Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu deve de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, com o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dele discrepou.[1]

Diante do exposto, ante a flagrante violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência da impetrante, além da liberdade de contratar dos servidores, com o parecer, concedo a ordem impetrada.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (3º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (5º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (6º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (7º Vogal)

Pela análise dos autos, infere-se que a impetrante, como instituição financeira, insurge-se em face de ato administrativo de efeitos gerais que limita o empréstimo consignado em folha somente ao Banco do Brasil. Firma entendimento de que tal limitação é ilegal.

Com toda razão à impetrante.

Primeiro ponto a ser registrado é que a reserva de mercado prejudica os interesses dos consumidores, porque impede a concorrência entre as empresas. Portanto, o consumidor não tem como escolher entre as taxas de mercado e, de outro lado, a instituição financeira está liberada para livremente impor a taxa que lhe pareça mais lucrativa.

Portanto, não restam dúvidas de que, sem concorrência, as taxas dos juros serão as maiores aos demais. Não é o que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC), isto é, que em regime de monopólio se tenha o menor preço, pelo contrário.

Tanto é verdade que há vedação aos cartéis. Esta vedação nos dá um código de intenções no sentido de que, não havendo a livre concorrência, os preços serão maiores.

Por tal razão que o Constituinte inseriu a seguinte regra no art. 170 da CF/88: *"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência".*

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 932-3.

Portanto, a restrição de desconto em folha a uma instituição apenas espanca de morte o princípio constitucional da livre concorrência do inciso IV do art. 170 da CF/88, além dos princípios da legislação sobre a repressão às infrações à ordem econômica (Lei n. 8.884/94), bem como a exclusividade no fornecimento do crédito consignado é violação ao princípio da liberdade de escolha, um dos direitos básicos do consumidor (art. 6º da Lei n. 8.078, de 11.9.1990 – Código de defesa do consumidor).

Há vários fatos sociais que se insurgem em face desta exclusividade e que passo a registrar, tais como:

> Pude constar que o monopólio do empréstimo em folha pelo Banco do Brasil foi levado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade – e ao Banco Central. O pedido feito no Cade foi contra a formação de dominação no mercado, por abuso de poder econômico e no Banco Central contra a prática de métodos comerciais desleais, que ferem a livre concorrência.

O promotor de Defesa do Consumidor do Ministério Público Estadual de Minas Gerais (MPE), Antônio Baêta, convocou prefeitos de 56 cidades para assinarem um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), cancelando a cláusula da exclusividade no crédito consignado com o BB. Desse total, pelo menos 40 já assinaram ou demonstraram intenção.

A primeira medida contrária à exclusividade foi obtida pelo Sindicato dos Trabalhadores na Administração Pública e Autarquias do Município de São Paulo – Sindsep – em mandado de segurança. O Sindsep suspendeu o Decreto n. 51.198. Em seguida, a Associação Brasileira de Bancos Comerciais – ABBC – impediu a exclusividade no Rio Grande do Norte e na Paraíba. O Ministério Público Federal postula a quebra da exclusividade de duas instituições financeiras na Câmara dos Deputados (Valor, São Paulo, 10.3.2010).

A ABBC já conseguiu seis liminares contra contratos de exclusividade (O Globo, Rio de Janeiro, 25.3.2010).

O Tribunal de Contas da União – TCU –, por meio do Acórdão n. 790/2008, de 30.4.2008, vedou a exclusividade para a consignação de empréstimos em folha de pagamento estabelecida no Contrato n. 56/2004 celebrado entre o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região – TRT/GO – e estabelecimento bancário. Na contratação de empréstimos em consignação em folha, deve ser incentivado o máximo de concorrência entre as instituições disponíveis nesse ramo, em benefício do trabalhador, seja do setor público ou da esfera privada, afirma o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, do TCU, em seu voto de 30.4.2008, acolhido pelo Ministro-relator Ubiratan Aguiar. Assim, o trabalhador pode conseguir melhores taxas de empréstimo, alerta o Ministro Cavalcanti. A tendência do ordenamento é privilegiar a competitividade, em benefício dos servidores públicos. Eles devem escolher livremente a instituição financeira para a contratação de empréstimos mediante consignação em folha de pagamento, complementa o Ministro Ubiratan Aguiar.

Recentemente, o STJ já se manifestou sobre a questão da exclusividade e se posicionou da seguinte forma:

> A cláusula de exclusividade em tela é vedada pelo inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/98, mas, ainda que fosse permitida individualmente a sua utilização para evitar a livre concorrência, através da cooptação de parte significativa da mão-de-obra, encontraria óbice nas normas jurídicas do art. 20, I, II e IV, e do art. 21, IV e V, ambos da Lei n. 8.884/94. Portanto, violados pelo acórdão de origem todos aqueles preceitos. 6. Ainda que a cláusula de exclusividade não fosse vedada, a solução minimalista de reputar lícita para todo o sistema de cláusula contratual, somente por seus efeitos individuais serem válidos, viola a evolução conquistada com a criação da Ação Civil Pública, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, com o fortalecimento do Ministério Público, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação do Código Civil individualista de 1916, com a elaboração de um futuro Código de Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário (REsp n. 1172603/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 4.3.2010, DJ de 12.3.2010).

Posto isso e demais que dos autos consta, tenho que a ordem deve ser concedida por entender pela ilegalidade da cláusula de exclusividade de empréstimo consignado em folha.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (8º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (9º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (10ª Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (11º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR CONEXÃO E CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 4º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, Joenildo de Sousa Chaves, Divoncir Schreiner Maran, Paschoal Carmello Leandro, Marilza Lúcia Fortes e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 20 de outubro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.015890-0 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CESSÃO DE CRÉDITO – EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO – OPONIBILIDADE DA EXCEÇÃO AO CESSIONÁRIO – CABIMENTO – RECONVENÇÃO – PEDIDO PARA QUE SEJA DECLARADA A QUITAÇÃO CONTRATUAL COM RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIS – NÃO CABIMENTO – APENAS O INADIMPLEMENTO DE UMA DAS PARTES NÃO AUTORIZA O RECONHECIMENTO DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DA OUTRA PARTE – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

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, 29 de novembro de 2010.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Maria Ana da Conceição e Silva recorre da sentença proferida na ação de cobrança ajuizada por Paulo Cezar de Oliveira.

A sentença consiste na procedência do pedido para condenar a recorrente ao pagamento do valor cobrado na inicial acrescidos de correção monetária pelo INPC, a contar da propositura da ação e juros de mora de 1% a contar da citação e multa de 2%, além da procedência em parte da reconvenção proposta pela recorrente para que seja arrolada e avaliada as obras realizadas por ela em seu apartamento, por meio de liquidação, para se verificar a amortização ou quitação do contrato celebrado.

A recorrente argui, como preliminar, a nulidade da sentença, por ser *citra petita*, pois não houve apreciação sobre a quitação do contrato, apenas relegou o magistrado, para momento posterior à sentença, a realização de perícia.

No mérito, pede a reforma da sentença afirmando que a cessão de crédito operada em face do recorrido lhe transferiu todos os direitos e obrigações, sendo-lhe assegurada a oposição de exceção pessoal consubstanciada na exceção de contrato não cumprido, devendo ser julgada procedente a reconvenção e declarada a quitação do contrato e improcedente o pedido da ação de cobrança.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Maria Ana da Conceição e Silva recorre da sentença proferida na ação de cobrança ajuizada por Paulo Cezar de Oliveira.

Consta dos autos que o autor Paulo Cezar de Oliveira celebrou com a Construtora Degrau Ltda. um contrato particular de cessão de direitos com relação a 187 imóveis de sua propriedade, inclusive o que a recorrente adquiriu da construtora, e que a partir de 2004 ela deixou de efetuar o pagamento das parcelas mensais, no valor de R$ 74,00.

Tendo em vista o inadimplemento, o autor ajuizou a presente demanda para que a recorrente pagasse o valor de R$ 903,93, referente às parcelas atrasadas.

No prazo para a defesa, a recorrente apresentou simultaneamente contestação e reconvenção, alegando exceção de contrato não cumprido, uma vez que a construtora não terminou a entrega do empreendimento conforme se obrigou.

Pleiteou, também, a quitação do contrato, pois as benfeitorias feitas no imóvel às suas custas, visando ao término da obra, superam o valor do apartamento, tendo, ainda, direito ao ressarcimento pelo excedente pago.

O juiz, ao proferir a sentença, julgou procedente o pedido para condenar a recorrente ao pagamento do valor cobrado na inicial acrescidos de correção monetária pelo INPC, a contar da propositura da ação, e juros de mora de 1%, a contar da citação, e multa de 2%, além da procedência da reconvenção proposta pela recorrente para que sejam arroladas e avaliadas as obras realizadas por ela em seu apartamento, por meio de liquidação, para se verificar a amortização ou quitação do contrato celebrado.

A recorrente argui, como preliminar, a nulidade da sentença, por ser *citra petita*, pois não houve apreciação sobre a quitação do contrato, apenas relegou o magistrado, para momento posterior à sentença, à realização de perícia.

No mérito, pede a reforma da sentença sob a afirmação de que a cessão de crédito operada em face do recorrido lhe transferiu todos os direitos e obrigações, sendo-lhe assegurada a oposição de exceção pessoal consubstanciada na exceção de contrato não cumprido, devendo ser julgada procedente a reconvenção e declarada a quitação do contrato e improcedente o pedido da ação de cobrança.

A preliminar arguida deve ser rejeitada, porquanto, ao analisar a sentença, verifica-se que o juiz expressante se manifestou sobre a questão acerca da quitação do contrato, não havendo falar em sentença *citra petita*.

Rejeita-se a preliminar.

Quanto ao mérito, inicialmente, deve-se ressaltar que este Tribunal, em julgamento proferido pela 5ª Turma Cível, cujo relator designado foi o Desembargador Sideni Soncini Pimentel, apreciou questão semelhante ao caso, reconhecendo a exceção de contrato não cumprido, assim como a possibilidade de o devedor opor essa exceção ao cessionário dos direitos transferidos pela Construtora Degrau, conforme se observa da ementa abaixo transcrita:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CESSÃO DE CRÉDITO – EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.
>
> A cessão de crédito apenas opera a transferência do crédito de um dos contratantes a terceiro, e não a liberação do cedente de cumprir sua parte do contrato.

> APELAÇÃO CÍVEL – RECONVENÇÃO – PEDIDO FORMULADO PELO CEDIDO, VISANDO À DECLARAÇÃO DE QUITAÇÃO DO DÉBITO PELOS VALORES JÁ PAGOS – POSSIBILIDADE JURÍDICA – SENTENÇA ANULADA – CAUSA MADURA – IMPROVIDO.
>
> 1. Não há impossibilidade jurídica do pedido, pelo fato de o devedor poder opor ao cessionário as exceções que tinha contra o cedente e pleitear a quitação do débito, porque isso seria imobilizar o devedor, privando-o do direito de ação relativo ao débito e às circunstâncias do pagamento. 2. 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. O fato de uma das partes descumprir sua obrigação, ou cumpri-la parcialmente, não autoriza declarar que a outra já cumpriu completamente a sua. (TJMS, AC n. 2008.012470-6, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, DJ de 27.8.2009).

Realmente, o caso acima analisado mostra-se bem semelhante ao posto à apreciação nesta oportunidade, com algumas nuanças que devem ser ressaltadas.

De fato, a cessão de direitos celebrada entre a Construtora Degrau e o recorrido Paulo Cezar de Oliveira não pode ter o efeito de inviabilizar a oposição de exceção de contrato não cumprido e caracterizar burla ilegal à proteção conferida ao consumidor pelo CDC.

A entrega do empreendimento inacabado pela Construtora Degrau caracteriza inadimplemento de sua parte, e a exceção pessoal de contrato não cumprido pode ser oposta ao cessionário dos direitos.

O Desembargador Sideni, ao fundamentar seu voto, esclareceu:

> Importante salientar que a cessão de crédito apenas opera a transferência do crédito de um dos contratantes a terceiro, e não a liberação do cedente de cumprir sua parte do contrato. Isto significa que, não obstante o cedente não ser mais o credor das prestações, isso não significa que não continue mais obrigado ao cumprimento da obrigação contratualmente assumida. Assim, como ensina Mairan Maia, (Cambler, Everaldo Augusto. Gonçalves, Carlos Roberto. Maia, Mairan. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, pp. 238 e 239 – Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim), 'como afirmado, o cedente transfere ao cessionário tão-somente o crédito decorrente do negócio jurídico celebrado com o cedido. Assim, como contratante, o cedente conserva as obrigações assumidas, que, caso não cumpridas, podem ensejar a argüição da *exceptio non adimplenti contractus*, de acordo com o art. 476 do Código Civil'.

Portanto, mostra-se cabível a exceção de contrato não cumprido, devendo a sentença ser alterada para que o pedido feito pelo autor da ação de cobrança seja julgado improcedente.

Com relação ao pedido da recorrente para que também seja reformada a sentença no que se refere ao reconhecimento de quitação contratual de sua parte, com a consequente restituição do excedente pago a mais, sem razão a recorrente.

Conforme parte da ementa acima citada, o fato de uma das partes descumprir a obrigação não autoriza a declaração de que a outra já cumpriu completamente a sua.

Isso quer dizer que o fato de o empreendimento não ter sido finalizado não possui o condão de autorizar que o devedor tenha adimplido completamente a sua obrigação, consistente no pagamento de todas as prestações referentes ao imóvel.

Portanto, deve-se proceder à liquidação da sentença para que haja a apuração dos valores gastos com o imóvel a ser descontados das parcelas faltantes, para somente depois de realizado o cálculo, se contatar se houve a quitação e se há direito à eventual restituição de valores pagos a mais.

Posto isso, dá-se provimento em parte ao recurso para afastar a condenação da recorrente ao pagamento do valor cobrado na inicial, acrescido dos consectários legais, mantendo a sentença quanto à reconvenção, para que as obras realizadas pela recorrente sejam arroladas e avaliadas, por meio de liquidação por arbitramento, para se verificar a amortização ou quitação do contrato.

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. Atapoã da Costa Feliz.

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

Campo Grande, 29 de novembro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.029715-4 - Caarapó
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – TRANSPORTE AÉREO – CANCELAMENTO DE VOO – CONSUMIDOR QUE FICA IMPEDIDO DE COMPARECER AO ENTERRO DO IRMÃO – DANO MORAL CARACTERIZADO – DEVER DE INDENIZAR – RAZOABILIDADE DO VALOR DIANTE DO CASO CONCRETO – RECURSO IMPROVIDO.

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 novembro de 2010.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trip Linhas Áereas S.A. recorre da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Maria da Silva Carvalho, em que foi julgado procedente o pedido para condenação do recorrente ao pagamento de indenização no valor de R$ 40.868,89, acrescidos de correção monetária e juros de mora.

Alega que a revelia não induz necessariamente à veracidade dos fatos alegados; que os documentos constantes dos autos devem ser analisados; que a aeronave não pousou no aeroporto de Dourados devido ao intenso nevoeiro; que o fato de não ter comparecido no velório de seu irmão não justifica a indenização em vultosa quantia.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Ao revisor.

Anote-se na capa dos autos o nome dos advogados Itallo Gustavo de Almeida Leite e Carla Denes Ceconello Leite (f. 64).

VOTO

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

Consta dos autos que Maria da Silva Carvalho, em 21.9.2009, recebeu a notícia da morte de seu irmão, o qual residia em outro Estado. Imediatamente foi providenciada, pela Trip Linhas Áereas S.A., uma passagem área para a cidade onde seria o velório e sepultamento de seu irmão, a qual foi marcada para o dia seguinte,

sendo que Maria da Silva Carvalho sairia de Dourados (MS) às 5h, chegaria às 13h30min. em Vilhena (RO) e o sepultamento ocorreria às 15h30min.

Na hora do embarque, todavia, Maria da Silva Carvalho obteve a informação de que não haveria voo, pois o avião não mais iria a Dourados.

Impedida de comparecer no sepultamento de seu irmão e abalada emocionalmente, Maria da Silva Carvalho ajuizou a presente ação de indenização por danos morais e materiais em desfavor de Trip Linhas Áereas S.A., para recebimento de R$ 40.000,00 por danos morais e R$ 868,89 por danos materiais, o que foi julgado procedente.

Ressalta-se que, embora citada, a empresa requerida não apresentou contestação, incidindo, assim, sobre ela os efeitos da revelia.

Trip Linhas Áereas S.A. recorre da sentença e alega que a revelia não induz necessariamente à veracidade dos fatos alegados; que os documentos constantes dos autos devem ser analisados; que a aeronave não pousou no aeroporto de Dourados devido ao intenso nevoeiro; que o fato de não ter comparecido no velório de seu irmão não justifica a indenização em vultosa quantia.

Nota-se que a falta da contestação faz presumir como verdadeiros os fatos alegados na petição inicial, que, aliada às provas constantes dos autos e o convencimento do magistrado, induz à procedência do pedido.

No caso, os fundamentos utilizados nas razões do recurso de apelação deveriam ser deduzidos em contestação, porquanto caberia ao recorrente demonstrar os fatos extintivos ou impeditivos do direito da autora.

Ressalta-se que a autora comprovou o fato constitutivo de seu direito, não restando dúvidas a respeito do abalo moral sofrido.

Com relação ao valor da indenização, esclarece-se que não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado, assim o valor de R$ 40.000,00 mostra-se razoável diante da dor e sofrimento vivenciado pela autora.

Ressalta-se que o presente caso não se trata de uma simples perda de voo, mas da impossibilidade de comparecer no velório e sepultamento de um ente querido, quando já havia sido criada a expectativa, pois a passagem aérea já estava comprada.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 9 de novembro de 2010.

***

Primeira Seção Cível
Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2009.026870-2/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – PRELIMINAR DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A CAUSA DE PEDIR – AFASTADA – MÉRITO – DOAÇÃO MACULADA PELA COAÇÃO – NATUREZA CONTRATUAL – POSSIBILIDADE DE CONTAMINAÇÃO POR QUALQUER DOS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO – PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO – PESSOA IDOSA, VIÚVA, FILHO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, ALCOOLISMO CRÔNICO E IRREVERSÍVEL – NORA UTILIZOU-SE DA SITUAÇÃO PARA EXERCER PRESSÃO PSICOLÓGICA – DOAÇÃO DE 10 LÂMINAS DE CHEQUE PARA COMPRA DE APARTAMENTO – NEGÓCIO ANULADO – CONDENAÇÃO À RESTITUIÇÃO DOS VALORES – VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS.

O elemento delimitador da atividade jurisdicional não é apenas o pedido, mas a causa de pedir, de maneira que os argumentos utilizados pelo magistrado, derivadas de seu livre convencimento, dela não dissocia.

A doação possui natureza jurídica contratual, portanto os vícios do negócio jurídico a atingem.

Elementos dos autos permitem concluir pelo vício de consentimento no preenchimento de 10 cheques para compra do apartamento consistente na coação, ou seja, ameaça, perturbação que obrigou a embargada a realizar negócio que não praticaria de livre e espontânea vontade.

Código Civil preceitua no artigo 152 a necessidade de apreciar a peculiaridade do caso para averiguar a reação da vítima em face do ato. Realidade fática demonstra que se trata a embargada de pessoa com 71 anos à época, viúva, preocupada com o descendente, portador de doença grave – alcoolismo crônico e irreversível –, sendo que a angústia e desespero são reações esperadas, e ainda o padrão da vítima se distancia do estabelecido juridicamente como homem médio. Assim, disposta a proteger o bem estar da família, vislumbra-se que cedeu às ameaças da embargante para preencher as 10 lâminas de cheque e efetuar a compra de apartamento de valor vultoso.

Condenação à restituição do montante pago, qual seja, R$ 115.000,00 (cento e quinze mil reais) forte na vedação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 884 do Código Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Ausente, por férias, o 3º vogal.

Campo Grande, 4 de outubro de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Patrícia Navarrete opõe embargos infringentes contra acórdão que deu provimento ao recurso de apelação interposto por Tereza Cherbakian, nos autos da Ação de Restituição por Enriquecimento Ilícito.

Preliminarmente, alega nulidade do acórdão por afronta ao artigo 460 do Código de Processo Civil, visto que os fundamentos para motivar a decisão foram diversos dos constantes na inicial, de maneira que referida decisão é *extra petita.*

No mérito, sustenta não restar demonstrado nenhum vício de consentimento capaz de comprometer a validade da doação, uma vez que no depoimento pessoal da embargada consta a manifesta vontade de comprar o apartamento, tendo sido o arrependimento posterior, quando da separação de seu filho com a nora – Patrícia.

Assevera que o conjunto probatório corrobora com a assertiva de que "*a embargada realmente possuía a intenção de ajudar a embargante quando da separação, até porque esta, confessadamente, administra todo o patrimônio pertencente ao seu filho, não há que se falar em enriquecimento sem causa e tampouco em coação [...].*" f. 256.

Salienta, ainda, que a doação foi feita na modalidade remuneratória, portanto não comporta revogação.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para prevalecer o voto vencido.

Na resposta, a embargada rebate as razões recursais e pede o não provimento dos embargos infringentes.

VOTO (EM 2.9.2010)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

I. Preliminar de julgamento *extra petita.*

Preambularmente, a embargante invoca nulidade do acórdão, argumentando ofensa ao artigo 460 do Código de Processo Civil, visto que os fundamentos que motivaram a decisão são dissonantes dos fatos constantes na petição inicial, caracterizando julgamento *extra petita.*

Não é possível concluir pelo vício apontado no recurso, porquanto o dispositivo é congruente ao pedido inicial, revelando correlação entre o objeto da ação e o objeto da prestação jurisdicional, respeitando os limites do pleiteado originariamente. Expresso na exordial o pedido de restituição dos valores, acolhido pelo acórdão, sendo que a doutrina esclarece acerca da delimitação da decisão, nos seguintes termos:

> Diz-se *extra petita* a decisão que tem natureza diversa ou concede ao demandante coisa distinta da que foi pedida, leva em consideração fundamento de fato não suscitado por qualquer das partes, em lugar daqueles que foram efetivamente suscitados, ou atinge sujeito que não faz parte da relação jurídica processual[1].

Sobre o assunto Tereza Arruda Alvim[2]:

1 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2007. p. 315. v. 2.

2 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 298.

> [...] tem de haver uma correlação entre o 'objeto' da ação e o 'objeto' da sentença. Esta regra é fruto do dúplice dever do juiz, de se pronunciar sobre tudo o que foi pedido e só sobre o que foi pedido.

O princípio da congruência, ou da correspondência, entre ação e sentença, funda-se, também, em outro princípio, consistente na regra segundo a qual a intervenção do Estado, para realizar os interesses individuais tutelados pelo direito material, depende da vontade do particular, que é titular do interesse; e, evidentemente, só cabe à parte provocar ou não o exercício da função para realizar um interesse seu, tutelado; cabe a ela, também, invocar, ou não invocar, um fato jurídico de que crê decorrer seu direito, preparando os elementos aptos a convencer o juiz. É a regra *iudex iudicare debet secundum alligata probata.*

É tradicional a ligação que a doutrina faz entre princípios da congruência – *petitum/decisum* – e princípio dispositivo. Pode-se acrescentar a este fundamento a garantia da ampla defesa e a do contraditório, ambas tão intimamente ligadas que quase se confundem. Trata-se de garantias hoje previstas pela própria Constituição Federal.

O réu há de ter, para que possa defender-se, certa dose de previsibilidade.

Observa-se que o elemento delimitador da atividade jurisdicional não é apenas o pedido, mas também a causa de pedir. Nesse diapasão, observa-se que o argumento utilizado pelo digno relator nas razões de decidir são derivadas de seu livre convencimento, em nada dissociando da causa de pedir.

Portanto, afasto tal preliminar.

II. Mérito

Consta dos autos que a Srª. Tereza (ora embargada) emitiu dez cheques para aquisição de um apartamento para Patrícia (ora embargante), sua nora, sendo os seis primeiros de R$ 25.000,00 e os restantes de R$ 5.000,00. Patrícia afirma que o dinheiro lhe foi doado em recompensa pelos cuidados com o filho de Tereza, absolutamente dependente em consequência do altíssimo grau de alcoolismo crônico e irreversível. Por outro vértice, Tereza argumenta que doou os cheques ante o ambiente de insegurança, temor e pressão com o comportamento agressivo e ameaçador da embargante.

Como visto, o cerne da irresignação recursal consiste em definir se os cheques para a compra do apartamento foram ou não doados sob coação, o que supostamente gera o enriquecimento sem causa da recorrente.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido inicial nos seguintes termos:

> Cabia à autora, no caso em tela, a prova de que foi coagida a emitir os cheques e a efetuar os pagamentos noticiados na inicial, o que em nenhum momento se faz claro, sendo impossível imputar, através da prova apresentada, responsabilidade à demandada para a devolução dos valores pleiteados. Dessa forma, resta claro que a versão da autora está destituída de prova convincente a ensejar o reconhecimento quanto à alegada coação psicológica, não bastando, como é óbvio, a mera afirmação sobre tal ocorrência, até porque, como verificado, a prova testemunhal coligida é precária e imprestável ao desiderato buscado.

O Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, relator do voto condutor, reformou a sentença em acórdão assim ementado:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – DOAÇÃO DE DINHEIRO – VÍCIO DE CONSENTIMENTO – ANULAÇÃO DA DOAÇÃO – RESTITUIÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Fica obrigado a restituir o indevidamente auferido, aquele que, sem justa causa, se enriquecer

> à custa de outrem. Os contratantes são obrigados a empregar, tanto na execução do contrato, como em sua conclusão, os princípios de probidade e boa-fé, sem os quais pode o contrato ser anulado, por vício de forma. No caso de restar comprovado ser a doação fruto de coação moral, deve ser anulada e restituído o respectivo valor ao doador, devidamente corrigido.

Contra esse desiderato insurge-se a embargante, sem razão, no entanto.

A alegação de que a doação é remuneratória[3], por isso não pode ser revogada não encontra amparo jurídico.

Isso porque a doação é de natureza contratual, de maneira que os vícios do negócio jurídico a ela se aplicam. Carlos Roberto Gonçalves[4] explica: *"Tendo natureza contratual, a doação pode contaminar-se de todos os vícios do negócio jurídico, como erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, sendo desfeita por ação anulatória (CC, art. 171, II)".*

Ademais, verifica-se que o negócio foi maculado pela coação, porquanto os elementos dos autos revelam que Patrícia utilizava-se da doença do filho da Srª. Tereza, bem como de sua avançada idade e preocupação com o descendente para fazer pressão psicológica, abalando, fortemente, o emocional da embargada. Por isso, para proteção do bem estar da família e cedendo às ameaças da embargante, viu-se coagida a preencher os cheques para compra do apartamento.

Insta salientar que, a despeito do grave problema com o filho, a embargante é idosa, contava na época com 71 anos de idade, viúva, distanciada do padrão estabelecido juridicamente como homem médio, ou seja, a angústia e desespero pelas agressões morais são mais graves se comparadas à reação de uma pessoa normal que não passa pelo que a vítima no caso *sub judice* passou.

A doutrina, na definição de coação, aponta também os critérios para aferir o fundado temor levando em conta algumas peculiaridades.

As lições de Arnoldo Wald[5]:

> A coação é a violência ou ameaça que obriga alguém a realizar um ato que não praticaria por livre e espontânea vontade. É preciso que a coação seja iminente, não podendo ser remota e que a ameaça seja grave. Considera-se como coação o fundado temor de dano à pessoa do agente, à sua família e aos seus bens, devendo a ameaça ser de mal igual ou maior do que o ato jurídico extorquido por coação. A coação deve ser apreciada em cada caso concreto, atendendo-se as circunstâncias peculiares, como idade, condição, saúde e temperamento. O juiz, que deverá ter um critério elástico, algumas vezes tem dificuldade em comparar a importância da ameaça com o ato exigido, porque nem sempre ambos têm correspondência patrimonial exata. [...] A coação pode ser exercida por uma das partes ou por terceiro. Em qualquer caso, torna o negócio jurídico anulável, mesmo quando o bem objeto da alienação já tiver sido transferido a terceiro de boa-fé.

Sobre esse enfoque, Carlos Roberto[6] avalia:

> A coação, para viciar a manifestação de vontade, há de ser de tal intensidade que efetivamente incuta na vítima um fundado temor de dano a bem que considera relevante. Esse dano pode ser moral ou patrimonial. Para aferir a gravidade ou não da coação, não se considera o critério abstrato do vir medius, ou seja, não se compara a reação da vítima com a do homem médio, de diligência normal. Por esse critério, se a média das pessoas se sentir atemorizada

3 Doação remuneratória "é feita em retribuição a serviços prestados, cujo pagamento não pode ser exigido pelo donatário". GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264. v. III.

4 Op. Cit. p. 277.

5 WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: Introdução e Parte Geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 249-50. v. 1.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 388. v. I.

> na situação da vítima, então a coação será considerada grave. Segue-se o critério concreto, ou seja, o de validar, em cada caso, as condições particulares ou pessoais da vítima. Algumas pessoas, em razão de diversos fatores, são mais suscetíveis de se sentir atemorizadas do que outras. Por essa razão, determina o art. 152 do Código Civil: 'No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela'. Cabe verificar se a ameaça bastou para amedrontar o indivíduo contra quem foi dirigida, não qualquer outro nem a média das pessoas. Por exemplo: um ato incapaz de abalar um homem pode ser suficiente para atemorizar uma mulher, como a ameaça incapaz de perturbar pessoa jovem e sadia pode afetar profundamente pessoa doente e idosa.

Inclusive, o magistrado, mesmo pela não procedência do pedido, esclareceu:

> Os elementos de prova contidos nos autos, apontam a existência de uma certa pressão por parte da requerida sobre a autora. Não há dúvidas de que a autora sentiu-se mal com a situação, haja vista que a convivência com a ex-mulher de seu filho em seu lar certamente lhe causava uma enorme fragilidade psicológica, emocional e existencial. (f. 188).

Assim, não há dúvidas de que a embargada foi coagida a fornecer as lâminas assinadas para compra do apartamento. Merece ser mencionado que na exordial, à f. 9, foi apontada a "pressa" da embargante para quitar as últimas parcelas do negócio, fato que, em uma transação normal, sem vícios, não seria preciso, pois restavam 3 cheques que poderiam ser cobrados no vencimento como avençado. Entretanto, quando a embargada viu-se libertada do estado de temor e, por sua vez, a embargante temendo a frustração da compra, resgatou o valor em dinheiro. Corrobora com a assertiva o depoimento de João Nadai, arrolado pela própria recorrente:

> [...] que nos últimos cheques, ligaram para o depoente para dizer que estes seriam resgatados em espécie, não devendo ser depositados. Que a Sra Patrícia efetuou o resgate dos últimos 3 cheques em só momento como condição para escriturar o imóvel. Que entende ter havido pressa da Dona Patrícia em escriturar o apartamento. (f. 154).

Para rechaçar qualquer dúvida sobre a questão, transcrevo excerto do voto proferido pelo Revisor do processo Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho:

No presente caso, embora se reconheça a existência de um documento que noticia uma suposta doação, há que se levar em conta a expressa vontade da suposta doadora, restando patenteado nos autos que ao tempo da doação, a doadora sofreu coação e não era plenamente capaz de discernir o caráter vinculante do ato em que voluntariamente participou, motivo pelo qual se deve reformar o r. Decisório que não vislumbrou defeito capaz de invalidar o ato jurídico. Entendo, portanto, que não pode subsistir a suposta doação quando desponta que a vontade do doador foi viciada, ou que tenha sido de alguma forma coagida, havendo o vício de consentimento. (f. 243).

Outro dado importante é a vedação, no ordenamento jurídico brasileiro, do enriquecimento sem causa[7], motivo pelo qual a condenação à devolução do valor procede às inteiras.

Acerca do instituto, Hamid Charaf[8] comenta: *"O enriquecimento compreende não só o aumento patrimonial, mas também qualquer vantagem, como não suportar determinada despesa."*

7 Art. 884 do Código Civil "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários." parágrafo único "Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido."

8 BDINE JR, Hamid Charaf. in Código Civil Comentado, coordenado pelo Ministro Cesar Peluso. 3. ed. Manole, 2009. p. 861.

Não é diferente o posicionamento de Maria Helena Diniz[9]:

> Princípio do enriquecimento sem causa. Princípio fundado na equidade, pelo qual ninguém pode enriquecer à custa de outra pessoa, sem causa que o justifique. Assim, todo aquele que receber o que lhe não era devido terá o dever de restituir o auferido, feita a atualização dos valores monetários, conforme os índices oficiais, para se obter o reequilíbrio patrimonial (RTDCiv, 1:203; RT, 458:122, 651:62, 708:117, 795:204; RJTJSP, 118:179). Restituição do indébito. Se o aumento do patrimônio se deu à custa de outrem, impõe-se a devolução da coisa certa ou determinada a quem de direito, e se esta deixou de existir, a devolução far-se-á pelo equivalente em dinheiro, ou seja, pelo seu valor na época em que foi exigida. Logo, a dívida passará a ser de valor, e não de dar coisa. É preciso esclarecer, ainda, que: 'A expressão enriquecer à custa de outrem não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento' (Enunciado n. 35, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

III. Conclusão

É de rigor, dessa forma, prevalecer o voto do e. Relator Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, que reformou a sentença para anular a doação feita em prol da embargante e condená-la a restituir o valor de R$ 115.000,00.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Revisor)

Após analisar os autos e memoriais, voltei a refletir sobre essa prova e acompanho o relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (1º Vogal)

Acompanho o relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL – DES. RÊMOLO –, APÓS O RELATOR, O REVISOR E O 1º VOGAL NEGAREM PROVIMENTO AO RECURSO. O 3º VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 4.10.2010)

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão aventada pela embargante, de inexistência de coação no ato jurídico da doação de um imóvel que lhe teria sido doado pela embargada.

As circunstâncias que envolvem o presente caso, tais como, a idade avançada da embargada, o seu enfraquecimento psicológico decorrente da saúde abalada de seu filho dependente em razão de acentuado alcoolismo, a pressão por parte da embargante, reconhecida na sentença, com base na prova dos autos, assentando o magistrado de primeiro grau, quanto a isso que a convivência do seu filho com a ex-mulher causou à embargada "enorme fragilidade psicológica, emocional e existencial", tudo isso leva à conclusão de que a doação não se deu mesmo por vontade livre e consciente da suposta doadora.

Por essas razões, também acompanho o eminente relator para negar provimento ao recurso.

9 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 601.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 3º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 4 de outubro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.007130-9 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – HEMORREDE – LEI ESTADUAL N. 1.102/1990 REGULADA PELO DECRETO N. 10.145/2000 – COADUNAÇÃO À NORMA REGULAMENTADORA N. 15 DO MTE – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – VERBA DE CARÁTER TRANSITÓRIO – CONCLUSÃO DA COMISSÃO ESPECIAL DE SAÚDE NO TRABALHO – ATO ADMINISTRATIVO COM PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE CORROBORADO PELA PERÍCIA JUDICIAL – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OBSERVADO – RECURSO NÃO PROVIDO.

A apuração da insalubridade e o enquadramento do nível a que se adstringe deve ser feita por perito, médico ou engenheiro do trabalho registrado no Ministério do Trabalho e Emprego, além de, obviamente, ser necessária a prévia classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério mencionado.

Segundo a Norma Regulamentadora n. 15, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é devido o adicional de insalubridade em grau médio (20%) apenas ao pessoal técnico que desempenhe atividades nos laboratórios de análise clínica e histopatologia.

Ante a transitoriedade do adicional de insalubridade, não há falar em direito adquirido, porquanto sua supressão não significa afronta ao princípio da irredutibilidade. Precedentes STJ.

A conclusão da comissão especializada, instaurada pelo Estado de Mato Grosso do Sul para aferir o grau de insalubridade das atividades desempenhadas pelos servidores, goza de presunção de legitimidade, podendo ser elidida unicamente por prova robusta apta a clarificar conjuntura diversa, o que não se verifica na hipótese.

A Administração está adstrita à observância do princípio da legalidade e ao Judiciário compete revisar tão somente o aspecto legal dos atos administrativos. Não atendidas as condições estampadas nos diplomas legais regulamentadores, resta obstada a pretensão, sob pena de ingerência e consequente desrespeito ao Princípio da Separação de Poderes.

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, 28 de setembro de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Agnaldo Henrique Valdonado dos Santos e outros apelam da sentença, proferida nos autos da Ação de Cobrança ajuizada em face do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou separadamente o pedido de adicional de insalubridade em grau máximo, considerando improcedente para alguns autores e parcialmente procedente para outros para conferir o adicional em 20%. Também julgou extinto o feito, sem apreciação do mérito, em relação a Ângela Maura Lemos, por falta de interesse processual.

Afirmam, em resumo, imprecisão do laudo pericial do juízo, porquanto direcionado pelo diretor do Hemosul que prestou informações ao perito, além de não individualizar precisamente as situações de insalubridade, salientando que todos faziam parte do Sistema Hemorrede.

Obtemperam que a documentação acostada nos autos corrobora a assertiva de que exerciam e exercem atividades em locais extremamente insalubres, alguns em grau médio e a maioria em grau máximo, ressaltando o tipo das atividades desenvolvidas nos hemocentros e bancos de doação de sangue.

Esteiam, ainda, a irresignação na inexistência de impedimento legal para o pessoal da área não técnica em receber adicional de insalubridade mesmo trabalhando em locais insalubres.

Por fim, requerem o provimento recursal para reformar a sentença e julgar totalmente procedente o pedido inicial.

Resposta às f. 1746-54, pugnando pela manutenção da sentença vergastada.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Consta dos autos que os apelantes propuseram conjuntamente a presente ação no intuito essencial de reconhecer o direito à percepção do percentual do adicional de insalubridade no grau máximo, ou seja, 40%, haja vista a previsão da Norma Regulamentadora n. 15, mais especificamente no Anexo 14, e o tempo com que vinha sendo pago até a entrada em vigor do Decreto Estadual n. 10.145/2000, que reduziu o adicional percebido.

É certo que as atividades ou operações insalubres, definidas em quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, são aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho expõem os servidores a agentes químicos, físicos e biológicos nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância. Sucintamente, apresentam risco constante com degradação da saúde do trabalhador.

O trabalho em condições insalubres, ainda que intermitente, envolve maior perigo à saúde do servidor, por isso mesmo ocasiona um aumento da remuneração[1]. Em consequência, o trabalho nessas condições, para o caso em comento, assegurou a Lei n. 1.102/1990, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências:

> Art. 112. O servidor que trabalha com habitualidade em condições ambientais que lhe imponha riscos à saúde ou de vida ou em atividades penosas que importem em cansaço físico e mental ao final do expediente de trabalho será concedido o adicional específico para indenizar as conseqüências dessas incidências, conforme dispuser regulamento aprovado pelo Governador.

1 BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho, 4. ed. Ed. LTr, 2008. p. 777.

> Parágrafo único. O adicional de periculosidade corresponderá a trinta por cento do vencimento do cargo e **os adicionais de insalubridade ou de periculosidade de dez a quarenta por cento incidente sobre o menor vencimento de Tabela do Plano de Cargos e Carreiras do Poder Executivo**. (g.n.)

Conforme orientação jurisprudencial[2], a apuração da insalubridade e o enquadramento do nível a que se adstringe devem ser feitos por perito, médico ou engenheiro do trabalho registrado no Ministério do Trabalho e Emprego, além de, obviamente, ser necessária a prévia classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério mencionado.

Nos termos da Norma Regulamentadora n. 15, expedida pelo Ministério de Emprego e Trabalho acerca das atividades e operações insalubres, Anexo 14, que versa sobre os agentes biológicos, a insalubridade é caracterizada pela avaliação qualitativa, constando a seguinte relação:

> "**Insalubridade de grau máximo**
>
> Trabalho ou operações, em contato permanente com:
>
> - pacientes em isolamento por doenças infecto-contagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados;
>
> - carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pêlos e dejeções de animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunculose, brucelose, tuberculose);
>
> - esgotos (galerias e tanques); e
>
> - lixo urbano (coleta e industrialização).
>
> **Insalubridade de grau médio**
>
> Trabalhos e operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infecto-contagiante, em:
>
> - hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana (aplica-se unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados);
>
> - hospitais, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados ao atendimento e tratamento de animais (aplica-se apenas ao pessoal que tenha contato com tais animais);
>
> - contato em laboratórios, com animais destinados ao preparo de soro, vacinas e outros produtos;
>
> - laboratórios de análise clínica e histopatologia (aplica-se tão-só ao pessoal técnico);
>
> - gabinetes de autópsias, de anatomia e histoanatomopatologia (aplica-se somente ao pessoal técnico);
>
> - cemitérios (exumação de corpos);
>
> - estábulos e cavalariças; e
>
> - resíduos de animais deteriorados." (g.n.)

2 Precedentes STJ, a exemplo do AgRg no REsp n. 977608/RS, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 28.9.2009.

> Extrai-se, claramente, do normativo que o adicional de insalubridade é garantido somente ao pessoal técnico no grau médio, ou seja, 20%.

Compulsando os autos, infere-se que os apelantes se voltaram contra o Decreto Estadual n. 10.145/2000, que dispôs:

> Art. 2° Ao servidor cujo trabalho é executado em condições insalubres, é assegurado o pagamento do adicional de insalubridade respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do menor vencimento vigente para o Poder Executivo, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.
>
> Art. 3° O direito do servidor de receber o adicional de insalubridade cessará com a eliminação ou neutralização do risco à sua saúde que ocorrerá:
>
> I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;
>
> II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao servidor, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância;
>
> III - pelo afastamento, remanejamento ou remoção do servidor para outro órgão ou unidade que não lhe imponha mais riscos à saúde.
>
> [...]
>
> Art. 5° Fica atribuída a classificação "mínimo" a todas as concessões de adicional de insalubridade pagas a servidores de órgãos da Administração direta, autarquias e fundações do Poder Executivo, até que sejam caracterizadas e classificadas as efetivas condições em que o trabalho é atualmente prestado.
>
> § 1° O adicional de insalubridade será pago, na forma deste artigo, no percentual de 10 (dez por cento) até que sejam revistas todas a concessões constantes da folha de pagamento do Poder Executivo.
>
> § 2° A revisão será realizada com base em relatório elaborado pelo órgão ou entidade de exercício do servidor, conforme modelo constante do anexo a este Decreto, e com vistoria no local de exercício, quando o relatório não retratar suficientemente as condições de insalubridade.
>
> § 3° Será cancelado o pagamento da vantagem a partir de janeiro de 2001, caso o relatório de que trata o § 2º não seja remetido à Secretaria de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos, até 30 de dezembro de 2000.
>
> § 4° Os servidores cujas concessões receberem classificação "média" ou "máxima", após análise dos relatórios respectivos, perceberão à diferença do adicional em relação ao valor pago na forma do § 1° deste artigo.

Coadunando os regramentos, não há qualquer discrepância entre a lei estadual, a citada norma regulamentadora e o decreto vergastado, ao contrário, como bem salientou o magistrado sentenciante:

> "[...] é perfeitamente aceitável que a Administração Pública reveja a concessão do benefício, pois, como ensina Hely Lopes Meirelles, tais gratificações são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse no serviço, mas sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. Na feliz expressão de Mendes de Almeida, são partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente ou em razão de

> circunstâncias momentâneas. Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo e propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que a justificam, extingue-se a razão de seu pagamento" (f. 1673).

Trata-se, aliás, de previsão expressa na Norma Regulamentadora n. 15, no item 15.4, de que *"a eliminação ou neutralização da insalubridade determinará a cessação do pagamento do adicional respectivo"*, ou seja, o adicional de insalubridade não é direito adquirido do trabalhador (no sentido amplo da palavra), cessando o seu pagamento quando houver a eliminação ou neutralização do agente insalubre.

A respeito, entendimento pacificado na Corte Superior de Justiça no julgamento de casos análogos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO. NÃO-OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS NÃO-VERIFICADA. PRECEDENTES.
>
> 1. "A mudança da base de cálculo do adicional de insalubridade, nos termos do art. 12 da Lei n. 8.270/91, não representa ofensa a direito adquirido, porquanto não houve redução nos vencimentos dos recorrentes, sendo legal, portanto, a alteração dos critérios de cálculo. **Consoante entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, não há falar em direito adquirido a regime jurídico**." (REsp n. 414.010/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 6.6.2006, DJ de 26.6.2006, p. 186).
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 324781/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJ de 12.4.2010). (g.n.)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LEI N. 8.270/91. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA. RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE. DIREITO ADQUIRIDO AO REGIME DE COMPOSIÇÃO DE VENCIMENTOS. INEXISTÊNCIA.
>
> [...]
>
> 2 - No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os servidores públicos não têm direito adquirido à imutabilidade do regime jurídico de composição dos vencimentos, desde que respeitado o princípio da irredutibilidade.
>
> 3 - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 508876/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 30.6.2008). (g.n.)

Perfilha idêntico raciocínio este Egrégio Tribunal, *exempli gratia*:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA, C/C COBRANÇA E INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE ABOLIDO POR LEI COMPLEMENTAR – CONSTITUCIONALIDADE EM VIRTUDE DA EC N. 19/98 – DIREITO ADQUIRIDO – NÃO OCORRÊNCIA – GRATIFICAÇÃO DE NATUREZA TRANSITÓRIA QUE NÃO SE INCORPORA AO PATRIMÔNIO DO SERVIDOR – IRREDUTIBILIDADE SALARIAL NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – RECURSO IMPROVIDO.

> Da análise da lide instaurada, verifico que os pontos controvertidos não seriam mais bem elucidados com a prova requerida pelo apelante, de modo que não houve cerceamento de defesa no julgamento antecipado. Não há inconstitucionalidade na edição da Lei Complementar Municipal n. 21/98, uma vez que a Emenda Constitucional n. 19/98 aboliu dos direitos estendidos aos servidores públicos, no art. 39, § 3º, da Constituição Federal, o inciso XXII do art. 7º da Constituição, que prevê o adicional de insalubridade. Por outro lado, **o adicional de insalubridade não se caracteriza como vencimento, dada sua natureza transitória, daí que não há direito adquirido e sua supressão não implica afronta ao princípio da irredutibilidade de vencimentos**. E, inexistindo lei específica em vigor regulamentando o pagamento deste adicional, não há concedê-lo, em obediência ao princípio da legalidade, ao qual a Administração Pública está vinculada, conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal. Nem mesmo o apelo ao princípio da dignidade da pessoa humana pode autorizar o pagamento da verba em questão, sem que haja expressa previsão legal. (AC n. 2008.027534-0, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 14.5.2009).

Oportuno ressaltar também que a conclusão da Perícia Especializada do Estado goza de presunção *iuris tantum* de legitimidade, podendo ser elidida unicamente por prova robusta apta a clarificar conjuntura diversa.

A propósito:

> TRIBUTÁRIO, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FAZENDA PÚBLICA – DIREITOS INDISPONÍVEIS – INAPLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA – ART. 320, INCISO II, DO CPC – IPTU – LANÇAMENTO – ATO ADMINISTRATIVO – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE – MODIFICAÇÃO POR LAUDO TÉCNICO UNILATERAL – IMPOSSIBILIDADE – PROVA INEQUÍVOCA.
>
> 1. Não se aplicam os efeitos da revelia contra a Fazenda Pública uma vez que indisponíveis os interesses em jogo.
>
> 2. **O ato administrativo goza da presunção de legalidade que, para ser afastada, requer a produção de prova inequívoca cujo valor probatório não pode ter sido produzido unilateralmente - pelo interessado**.
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1137177/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 2.3.2010). (g.n.)
>
> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE INEXISTENTE.
>
> 1. **Os atos administrativos gozam da presunção de legalidade que, para ser afastada, necessita de prova cabal da deformação do ato**.
>
> 2. Não podem ser consideradas, para efeito de anulação de um ato administrativo, alegações gerais e imprecisas, tais como violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do contraditório.
>
> 3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS n. 11870/DF, Primeira Seção, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 12.2.2007, p. 217). (g.n.)

Consoante publicado no Diário Oficial n. 6.207, de 18 de março de 2004 (f. 210), e no Diário Oficial n. 6.301, em 4 de agosto de 2004 (f. 208), aos servidores Maria Aparecida de Carvalho Mota, Rita de Oliveira, Antonia Elias de Souza, Erli Proença Muniz, Inês Fernandes dos Santos, Jany Clair Kraiewsk, Joana Lea Rodrigues Monteiro, Maria Iolete S. Maldonado e Sonia Diniz da Costa, foi indeferida a concessão do adicional de insalubridade de acordo com o resultado do laudo pericial emitido pela Comissão Especial de Saúde no Trabalho – CESAT.

Já aos servidores Ana Maria Aguilar, Aparecida Soares Cabral Gomes, Cícero Costa Dias, Edilva Teixeira Gonçalves, Eliza Benitez, Maria Aparecida T. de Castro, Nilda de Souza M. Castilho, Simone Baldissera, foi assegurado, pelo exercício em condições insalubres, adicional de 20%, de acordo com o laudo apresentado pela mesma Comissão Especial de Saúde no Trabalho – CESAT –, publicado no Diário Oficial n. 6.239, de 6 de maio de 2004 (f. 209).

Ao reavaliar a situação desses servidores e dos outros autores não constantes nas publicações, restou configurado pela perícia judicial (f. 1027-55) o enquadramento preciso nas condições específicas de insalubridade em grau médio apenas dos servidores Ângela Maura Lemos Cardoso, Cícero Costa Dias, Eliza Benitez, Maria Aparecida Tavares de Castro, Rita Oliveira e Simone Baldissera. E no laudo suplementar às f. 1570-3, incluiu igualmente Ana Maria Aguilar, Aparecida Soares Cabral Gomes e Nilda de Souza Monteiro Castilho quando do desempenho das atividades no quadro da Hemorrede.

Contrastando, pois, as conclusões administrativa e pericial-judicial, infere-se a exata concordância entre elas, de modo que não há prova sólida o suficiente para agraciar outros servidores com o adicional perquirido. A sentença singular discorreu de maneira pormenorizada a situação de cada servidor, vislumbrando o direito à percepção tão somente da diferença entre a quantia que foi paga pelo Estado a partir da vigência do Decreto n. 10.145, de 1º de novembro de 2000, e aquela que era realmente devida (20%) aos que receberam o adicional menor, conforme impecavelmente explanado caso a caso, acentuando, ainda, a falta de interesse de agir de Angela Maura Lemos Cardoso ante o recebimento de adicional no percentual máximo (40%).

A senda delineada se afigura irreprimível, porquanto em estrita observância ao princípio da legalidade. Não albergando os diplomas reguladores a tese aventada, resta frustrada a pretensão posta em liça.

O princípio basilar do regime jurídico-administrativo, orientador do Estado Democrático de Direito, é o da legalidade que consagra a ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, por conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei[3].

Nesse contexto, a Administração está adstrita à observância do princípio da legalidade e ao Judiciário compete revisar tão somente o aspecto legal dos atos administrativos. Não atendidas as condições estampadas nos diplomas legais regulamentadores, resta obstada a pretensão, sob pena de ingerência e consequente desrespeito ao Princípio da Separação de Poderes.

Por relevantes, os seguintes julgados:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. EXIGÊNCIA DO ENUNCIADO DA QUESTÃO NÃO VALORADA NO ESPELHO DE CORREÇÃO DA PROVA DE SENTENÇA PENAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA MORALIDADE. INCLUSÃO DE NOVO ITEM NO ESPELHO DE CORREÇÃO. REDISTRIBUIÇÃO DOS PONTOS.
>
> 1. **É cediço que o controle judicial do ato administrativo deve se limitar ao exame de sua compatibilidade com as disposições legais e constitucionais que lhe são aplicáveis, sob pena de restar configurada invasão indevida do Poder Judiciário na Administração Pública, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes**.
>
> [...]

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 100.

> 4. Recurso ordinário provido. (STJ, MS n. 27566/CE, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 22.2.2010). (g.n.)
>
> RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. COMPETÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. ENFERMEIROS MILITARES. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS REGRAS DE EXCEÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.
>
> [...]
>
> 12. Por fim, ressalte-se que **a Administração Pública, direta ou indireta, somente pode atuar dentro dos limites da lei, de maneira que a ausência de previsão legal há de ser interpretada como ausência de liberação para o exercício de poder jurídico. Desse modo, "em atendimento ao princípio da legalidade estrita, o administrador público, na sua atuação, está limitado aos balizamentos contidos na lei, sendo descabido imprimir interpretação extensiva ou restritivamente à norma, quando esta assim não permitir**" (AgRg no REsp 809.259/RJ, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 13.10.2008).
>
> 13. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp n. 853086/RS, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, DJ de 12.2.2009). (g.n.)

Destarte, o feito não admite solução diversa, caracterizando a manutenção do *decisum* de primeira instância medida de rigor.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 28 de setembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.026080-3 - Aquidauana
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ESTADO DA COISA – MANUTENÇÃO PELO POSSUIDOR – DEVER DE REPARAÇÃO DAS BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS À CONSERVAÇÃO E UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL – PROPRIEDADE RURAL – PERTINÊNCIA DAS BENFEITORIAS CONSISTENTES EM CASA DE ALVENARIA, CAIXA D'ÁGUA, BOMBA ELÉTRICA, FOSSAS, POÇO, INSTALAÇÃO DE REDE ELÉTRICA, CERCAS E PASTAGEM – VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 1.219 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO PROVIDO.

Patente o dever de indenizar, nos termos do artigo 1.219 do Código Civil, *"o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis"* quando o possuidor introduziu no imóvel rural melhoramentos úteis e necessários à manutenção e utilização do bem. A indenização é essencialmente uma maneira de evitar o enriquecimento ilícito, princípio fundado na equidade, assim, o valor deve ser restituído para se obter o reequilíbrio patrimonial.

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, 28 de setembro de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Agenor Felix Guimarães e Maria Aparecida Pires Guimarães apelam da sentença que julgou improcedente o pedido inicial da Ação de Indenização proposta em desfavor de Aldo José da Silva e Gercina de Oliveira Silva.

Para tanto, ressaltam a boa-fé da posse, motivo pelo qual, devem ser ressarcidos pelas benfeitorias, uma vez que ignoravam o vício que lhe impediam a aquisição.

Esclarecem que, em 20 de janeiro de 1994, adquiriram os direitos sobre a área por meio do compromisso de compra e venda f. 175-6 dos herdeiros de Isméria Nogueira Silva, mãe do apelado, fato este que descaracteriza a má-fé.

Acrescentam, ainda, *"o fato e a verdade real, que importam para o deslinde da causa posta em recurso, é de terem aquistado (sic) a área objeto da querela dos irmãos de Aldo, herdeiros de Isméria legítimos ocupantes da gleba, desde tempos pretéritos, e com esse efeito e característica a transmitiram para os apelantes, detentores, assim, da boa-fé"* f. 415-6.

Por fim, pugnam pela reforma da sentença com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Na resposta, os apelados rebatem as razões recursais e pedem o seu não provimento.

VOTO (EM 4.9.2010)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

O cerne da irresignação recursal consubstancia-se na possibilidade de indenização pelas benfeitorias realizadas pelos apelantes quando da ocupação do imóvel descrito na inicial.

Analisando as provas dos autos, tenho que a sentença merece reforma.

Isso porque, no tocante ao estado da coisa entre o dia em que a adquiriu o possuidor e o dia em que é condenado a restituí-la, podem ocorrer três hipóteses: a) a coisa se encontra no mesmo estado, caso em que não há problema; b) a coisa se deteriorou ou foi danificada ou destruída; e c) a coisa foi melhorada pelo possuidor, em razão das despesas feitas para conservá-la ou porque nela se edificou ou se plantou.

Esta última hipótese se apresenta com frequência, pois é natural que o possuidor de determinado bem nele introduza melhoramentos. A indagação que se faz é se, neste caso, tem ele o direito de ser indenizado ou se a valorização da coisa pertence a quem a reivindicou, demonstrada a titularidade de um direito patrimonial[1].

Nos termos do artigo 1.219 do Código Civil, "*o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.*"

Relevante, ainda, a classificação das benfeitorias consignada no artigo 96 do mesmo *codex*:

> 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.

Coadunando os apontamentos acima, para se aferir o direito à indenização, necessário constatar a existência das benfeitorias e em qual rol se enquadram e se a posse exercida era de boa-fé.

No tocante às benfeitorias, são as descritas abaixo:

> Uma casa de alvenaria
>
> Uma casa de madeira
>
> Uma caixa d'água com palanque
>
> Uma bomba elétrica para puxar água
>
> Duas fossas

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 191-2. v. V.

Um poço de boca

Instalação de rede de energia elétrica

Cercas de divisa

Cercas internas

Dois açudes

Uma área de pastagem com 24,8 hectares

Ora, o rol acima demonstra claramente benfeitorias necessárias, por tratar-se de área rural, verifica-se, portanto, a necessidade de poço, instalação de energia, bomba para puxar água, fossas, pastagem e os demais bens acima mencionados.

Daí decorre o dever de indenizar.

Ademais, a indenização é essencialmente uma maneira de evitar o enriquecimento ilícito[2], repudiado pela legislação brasileira. Verificado que o possuidor é de boa-fé[3], o artigo 1.219 do Código Civil Brasileiro é claro ao dispor sobre o direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis.

A doutrina aponta neste sentido, senão vejamos:

> A regra é bastante simples. O possuidor de boa-fé tem direito a ser indenizado por todas as benfeitorias necessárias e úteis. Se tomo a casa emprestada, restaurando-lhe o telhado que estava a desabar, ou instalando grades nas janelas, para evitar assaltos, terei que ser indenizado pelo comodante. Ademais, poderei reter a coisa até que seja ressarcido, ou seja, poderei recusar-me a restituir a casa até ser reembolsado pelo comodante[4]".

> "A indenização de benfeitorias ao possuidor é um dos principais efeitos da posse. Cumpre, no entanto, distinguir se, ao realizá-las na coisa, estava ela de boa-fé ou de má-fé. Se de boa-fé, tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, podendo exercer, pelo valor delas, o direito de retenção, como proclama o dispositivo supratranscrito [artigo 1.219 do Código Civil] e reconhece a jurisprudência: 'Direito de retenção por benfeitorias. Admissibilidade se possuidor de boa-fé[5].

Ainda, Francisco Loureiro, no Código Civil Comentado, coordenado pelo Ministro Cezar Peluso, ensina:

> As benfeitorias são acessórias à coisa, razão pela qual a acompanham quando há devolução da posse ao retomante. E esse o motivo pelo qual se cogita de indenização de melhoramentos feitos pelo possuidor, mas que beneficiarão o retomante. Em termos, diversos, como as benfeitorias aderem à coisa, o retomante receberá coisa alternada qualitativamente,

2 "Princípio do enriquecimento sem causa. Princípio fundado na equidade, pelo qual ninguém pode enriquecer à custa de outra pessoa, sem causa que o justifique. Assim, todo aquele que receber o que lhe não era devido terá o dever de restituir o auferido, feita a atualização dos valores monetários, conforme os índices oficiais, para se obter o reequilíbrio patrimonial (RTDCiv, 1:203; RT, 458:122, 651:62, 708:117, 795:204; RJTJSP, 118:179). Restituição do indébito. Se o aumento do patrimônio se deu à custa de outrem, impõe-se a devolução da coisa certa ou determinada a quem de direito, e se esta deixou de existir, a devolução far-se-á pelo equivalente em dinheiro, ou seja, pelo seu valor na época em que foi exigida. Logo, a dívida passará a ser de valor, e não de dar coisa. É preciso esclarecer, ainda, que: 'A expressão enriquecer à custa de outrem não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento' (Enunciado n. 35, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal)". DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 601.

3 "[...] É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído. Para que alguém seja possuidor de um bem, preciso é que esteja convencido de que, possuindo-o, a ninguém prejudica. O direito pátrio concebe a boa-fé de modo negativo, como ignorância, não como convicção" (GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 41).

4 FIUZA, César. **Direito Civil Completo**. 8. ed. Del Rey, 2004. p. 823.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 194. v.V.

> convertendo-se o direito do possuidor que fez a melhoria em indenização. [...] Assegura-se ao possuidor de boa-fé o direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis. Necessárias são aquelas que visam conservar a coisa, a mantê-la e a evitar que ela se perca ou se deteriore, tanto naturalmente como juridicamente. Úteis são aquelas que visam a melhorar ou aumentar a utilização da coisa[6].

Esta Corte de Justiça, no julgamento de casos análogos, perfilhou o mesmo raciocínio, *in verbis*:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA – IMÓVEL RURAL – SENTENÇA QUE DETERMINOU A DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS, INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS ÚTEIS E O PAGAMENTO DE MULTA CONTRATUAL ESTIPULADA NO CONTRATO – INADIMPLEMENTO COMPROVADO – VENDA DO MESMO IMÓVEL A TERCEIROS – EXISTÊNCIA DE BENFEITORIAS ÚTEIS INDENIZÁVEIS – CLÁUSULA PENAL PREVISTA NO CONTRATO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Por disposição legal (art. 474 do CC de 2002), em todo contrato existe a cláusula resolutiva tácita, que permite a resolução do contrato fundado no inadimplemento do outro contratante, exigindo-se a intervenção judicial para que a resolução se opere de pleno direito. Se o alienante apenas notifica o comprador quanto ao atraso nas prestações a serem pagas, mas deixa de propor a ação para desconstituir o negócio antes celebrado, alienando o mesmo imóvel, de imediato, a terceiro, mediante escritura pública de venda e compra, dá causa, também, à resolução do contrato, que pode ser pedida pelo adquirente. Neste caso, o alienante deve restituir ao adquirente os valores pagos, porque não houve a realização do objeto do contrato, com retorno das partes ao *statu quo ante*. Assegura-se aos adquirentes o direito de reaver o valor das benfeitorias úteis introduzidas no imóvel e que ali ficaram mantidas, nos valores especificados na sentença, mesmo porque as obras realizadas nitidamente aumentaram o valor do imóvel em litígio. A ausência de restituição do valor correspondente às benfeitorias introduzidas pelos adquirentes no imóvel, bem assim como a ausência de restituição de parte do preço recebido, geraria enriquecimento ilícito por parte daquele que obteve o acréscimo do valor patrimonial do imóvel e o alienou a terceiro depois da mera notificação para pagamento do saldo do preço e antes de qualquer sentença que declarasse a resolução do contrato. De acordo com o art. 408 do Código Civil, incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora. Assim, restando configurado o descumprimento contratual e a culpa da parte, resta devida a imposição da multa contratualmente prevista. Recurso conhecido, mas improvido. (AC n. 2009.024988-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 24.11.2009). (g.n.)

> EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – TERCEIROS ADQUIRENTES – POSSE DE BOA-FÉ – DIREITO DE INDENIZAÇÃO E RETENÇÃO POR BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS. A ausência da prova de que a parte tinha conhecimento do vício ou obstáculo que lhe impedia a aquisição da coisa, caracteriza a posse de boa-fé. Ante a demonstração da boa-fé por longos anos da parte do possuidor, impõe-se reconhecer-lhe o direito à indenização pelas benfeitorias úteis (aquelas que aumentam ou facilitam o uso da coisa) e necessárias (necessárias à conservação da coisa) que realizou, assim como de levantar as benfeitorias voluptuárias (aquelas que apenas tornam a coisa mais agradável), sob pena de restar configurado o enriquecimento sem causa. (EI em ED em AC n. 2007.012723-5, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 24.8.2009). (g.n.)

Posto isso, dou provimento ao recurso para condenar os apelados ao pagamento de indenização pelas benfeitorias descritas na inicial edificadas pelos apelantes no imóvel rural, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

6 PELUSO, Cezar; LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. 3. ed. Manole, 2009. p. 1.145.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO REVISOR, DES. SÉRGIO FERNANDES MARTINS, APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 28.9.2010)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Revisor)

Cuida-se de apelação cível interposta por Agenor Felix Guimarães e outro contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por benfeitorias edificadas na área litigada com pedido de retenção promovida em face de Aldo José da Silva e outro.

Os apelantes alegam, em síntese, que (i) devem ser ressarcidos pelas benfeitorias, pois ignoravam o vício que lhe impediam a aquisição; (ii) adquiriram, em 20 de janeiro de 1994, os direitos sobre a área por meio de compromisso de compra e venda dos herdeiros de Isméria Nogueira Silva, mãe do apelado, fato este que descaracteriza a má-fé; e (iii) o fato e a verdade real, que importam para o deslinde da causa posta em recurso, é o de terem adquirido a área objeto da lide dos irmãos de Aldo José da Silva, herdeiros de Isméria, legítimos ocupantes da gleba, desde tempos pretéritos, e com esse efeito e característica a transmitiram para os recorrentes, assim de boa-fé.

Ao final, pugnam pela reforma da sentença.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pelo improvimento do recurso.

O Relator do presente recurso, Des. Divoncir Schreiner Maran, deu provimento ao recurso para condenar os apelados ao pagamento de indenização pelas benfeitorias descritas na inicial edificadas pelos apelantes no imóvel rural, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Pedi vista dos autos tão somente para melhor apreciação da questão posta em julgamento. Contudo, não vislumbro razões para divergir do Relator, mormente porque o imóvel rural em litígio realmente foi melhorado pelos possuidores, ora apelantes.

Com efeito, buscam os ora apelantes indenização pela realização das seguintes benfeitorias: a) uma casa de alvenaria; b) uma casa de madeira; c) uma caixa d'água com palanque; d) uma bomba elétrica para puxar água; e) duas fossas; f) um poço de boca; g) instalação de rede de energia elétrica; h) cercas de divisa; i) cercas internas; j) dois açudes; e k) uma área de pastagem com 24,8 hectares.

Ora, consoante afirmou o Relator, "*o rol acima demonstra claramente benfeitorias necessárias, por trata-se de área rural, verifica-se, portanto, a necessidade de poço, instalação de energia, bomba para puxar água, fossas, pastagem e os demais bens acima mencionados.*"

Portanto, é inequívoco o dever de indenizar.

Ante o exposto, acompanho o Relator e dou provimento ao recurso.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 28 de setembro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.022876-4 - Nova Alvorada do Sul
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CABIMENTO – NULIDADE DO TÍTULO – LETRA DE CÂMBIO SEM ACEITE – AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CAMBIAL E DE TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL APTO A EMBASAR A EXECUÇÃO – EXECUÇÃO NULA – SENTENÇA MANTIDA.

I) Não há preclusão quanto ao direito de impugnar a execução quando a exceção de pré-executividade girar em torno de matéria atinente às condições da ação e aos pressupostos processuais da execução.

II) Somente após o aceite é que se dá a vinculação cambiária do sacado da letra de câmbio.

III) A ausência do aceite pelo sacado e executado importa em falta de requisito formal essencial da letra de câmbio, e, por decorrência, inexistência de título de dívida líquida, certa e exigível, tornando nula a execução - exegese dos arts. 586 e 618, I, ambos do CPC.

IV) Recurso conhecido e improvido.

EMENTA – RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA QUE DEVE SER FEITA DENTRO DOS LIMITES ESTABELECIDOS NOS § 3º E § 4º DO ARTIGO 20 DO CPC, CONSIDERANDO-SE O VALOR DA CAUSA CORRIGIDO MONETARIAMENTE COMO PARÂMETRO A SER OBSERVADO PARA O CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO PROVIDO – HONORÁRIOS MAJORADOS.

I) Conforme dispõe a parte final do próprio § 4º do art. 20 do CPC (*"os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior"*), é perfeitamente possível fixar a verba honorária em valor que se aproxime do mínimo de 10% e máximo de 20%, mesmo fazendo incidir o § 4º do art. 20 citado, com base na apreciação equitativa do juiz e levando em consideração o interesse econômico objeto da demanda.

II) O parâmetro a ser levado em consideração pelo juiz é o conteúdo do interesse econômico disputado em juízo para, com base nele, fixar a verba honorária. Esse conteúdo econômico deve ser aferido levando-se em consideração o valor da causa originariamente consignado e com a devida atualização monetária.

III) Recurso conhecido e provido para majorar o valor dos honorários advocatícios.

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 do Banco Itaú S.A. e dar provimento ao recurso de Indústrias e Comércio de Madeiras PL Ltda-ME., nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de outubro de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação interposta pelo Banco Itaú S.A. e de recurso adesivo interposto por Indústrias E Comércio De Madeiras PL Ltda. – ME –, insurgindo-se contra a sentença de f. 209-12, proferida pelo douto Juízo da Vara Única da Comarca de Nova Alvorada do Sul - MS, que acolheu a exceção de pré-executividade oposta pela segunda, no bojo da Ação de Execução de Título Executivo Extrajudicial n. 054.95.550415-9.

Em suma, diante da ausência de aceite na letra de câmbio, o douto magistrado sentenciante acolheu a alegação ofertada pela executada na exceção de pré-executividade e declarou a nulidade da execução, dando ensejo à interposição de apelação cível pelo banco exequente.

Em suas razões, f. 217-29, o banco apelante informa que em 1995 ajuizou a presente ação com o fito de receber a importância atualizada de R$ 14.477,88 - referente *"ao contrato de empréstimo garantido por aval, acompanhado de letra de câmbio"*, celebrado entre os litigantes. Ocorre que, para o seu inconformismo, o juízo de primeiro grau acatou a exceção de pré-executividade oposta em 3.8.2008 pela parte executada e declarou a nulidade da execução.

Assevera que a executada/apelada, devidamente citada, não impugnou o feito em momento oportuno, deixando de opor embargos à execução. E que, agora, no intuito de procrastinar o andamento do processo, ofereceu a exceção de pré-executividade, mesmo estando precluso seu direito de discutir a dívida, o que deveria ter sido feito, ressalta, em sede de embargos à execução.

Defende, ademais, a liquidez, a certeza e a exigibilidade do título exequendo, visto que se trata de contrato bilateral firmado espontaneamente pelas partes, cumprindo-se as exigências do art. 585, II, do CPC.

Frisa que a letra de câmbio apenas acompanha o título executivo extrajudicial, sendo que este corresponde ao contrato de empréstimo devidamente formalizado. De mais a mais, conforme aduz, o simples fato de haver letra de câmbio sem aceite anexada ao contrato não conduz, necessariamente, à falta de exigibilidade do título. Discorre, nesse sentido, acerca da legalidade da cláusula-mandato.

Pugna, ao final, pela inversão do ônus da sucumbência.

Prequestiona o art. 5º, inciso XXXVI, da CF; art. 585, II, do CPC; arts. 653 e 737 do CPC; art. 115 do CC e Súmula n. 60 do STJ.

Contrarrazões às f. 238-45.

De outra parte, a executada, no recurso adesivo interposto às f. 247-50, requer a majoração da verba honorária fixada na sentença.

Contrarrazões às f. 257-61.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Versam os autos sobre a Ação de Execução de Título Executivo Extrajudicial ajuizada pelo Banco Itaú S.A. em face de Indústrias e Comércio de Madeiras PL Ltda. – ME –, com o propósito de promover a execução da quantia atualizada de R$ 14.477,88, representada na letra de câmbio, f. 7, levada a protesto, conforme se infere do instrumento de f. 08.

Diante da ausência de aceite na letra de câmbio, na sentença de f. 209-12, o douto juízo singular houve por bem acolher a exceção de pré-executividade oposta pela executada e declarar a nulidade da execução.

Ambas as partes apelaram do *decisum*.

- <u>Analiso, primeiramente, a apelação cível interposta pelo Banco Itaú S.A.</u>:

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta pelo Banco Itaú S.A. contra a sentença de f. 215-8, proferida pelo douto Juízo da Vara Única da Comarca de Nova Alvorada do Sul-MS, que acolheu a exceção de pré-executividade e declarou nula a execução promovida pelo apelante em face de Indústrias e Comércio de Madeiras PL LTDA. S.A..

De início, em rebate à tese inicial proposta pelo apelante, insta esclarecer que questões de ordem pública, no caso, vício do título que embasa a ação executiva, é matéria que pode ser arguida, conhecida e julgada por meio de exceção de pré-executividade.

Em casos tais, os embargos à execução não são o único remédio à disposição do devedor para se defender, mesmo porque a objeção a ser feita, por ser de ordem pública, tem como fundamento matéria que ao juiz incumbe conhecer e decidir de ofício.[1]

Por sua vez, a exceção de pré-executividade é incidente processual de defesa do executado em que se permite a arguição de nulidade da execução por simples petição quanto às questões relativas aos pressupostos processuais, condições da ação e vícios objetivos do título, referentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões de ordem pública, que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como a nulidade do título executivo extrajudicial, por exemplo, e demais matérias de defesa, desde que não seja necessária a dilação probatória.

Vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO ENSEJE DILAÇÃO PROBATÓRIA - QUESTÕES QUE DEVEM SER ANALISADAS EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ - RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. A agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida na íntegra.

1 TJMG, Proc. n. 1.0056.02.0322418-4/002(1), Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, julgado em 3.12.2008.

> 2. **A exceção de pré-executividade destina-se a argüir a nulidade do título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 618, I, do Código de Processo Civil, desde que, para isso, o vício apontado reste evidenciado de forma a prescindir de contraditório ou de dilação probatória;**
>
> 3. As Instâncias ordinárias, após sopesarem o acervo probatório coligido aos autos, consignaram que as teses suscitadas pelos agravantes, tendo por desiderato o reconhecimento da ausência de liquidez, certeza e inexigibilidade do título executivo extrajudicial que lastreia a presente execução, demandariam dilação probatória própria do procedimento a ser observado em sede de embargos à execução;
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no Ag n. 669123, Quarta Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO, julgado em 23.9.2008).

No mesmo sentido decidiu a Segunda Turma da E. Corte Superior:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DISCUSSÃO SOBRE A LIQÜIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. POSSIBILIDADE. **'1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.'** (REsp n. 680.356/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 12.9.2005). 2. Recurso Especial provido. (REsp n. 803.351/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 21.08.2007).

A bem da verdade, a exceção de pré-executividade tem por finalidade conceder ao devedor a possibilidade de defesa dentro da execução no que tange aos requisitos essenciais de formação do processo, podendo tratar de matérias de ordem pública e também de matérias referentes a anulabilidades, as quais possuem prazo para preclusão.

Sobre a exceção de pré-executividade, da brilhante lição do mestre ARAKEN DE ASSIS[2] é possível extrair claramente a idéia de que a matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício pelo juiz, não se sujeita ao fenômeno da preclusão, podendo o incidente ser apresentado a qualquer tempo:

> [...] Ademais, vencido o prazo para impugnar, que é de quinze dias, nada obstante subsistem ou podem surgir objeções e exceções **imunes ao fenômeno da preclusão**. É necessário que o órgão judiciário avalie tais questões, assegurando meio hábil ao executado para fazê-lo. A esta iniciativa dê-se o nome que se quiser; porém, no fundo, tratar-se-á da exceção de pré-executividade.

No caso em apreço, constato que a exceção de pré-executividade interposta pela executada-apelada refere-se à existência de vício no título extrajudicial objeto da execução, consubstanciando-se, pois, em matéria atinente às condições da ação executiva, que pode ser deduzida independentemente de embargos e que merece ser analisada mesmo após o prazo de oferecimento destes.

Portanto, por todo o exposto até aqui, não há falar em nulidade da sentença pelo julgamento da exceção de pré-executividade, visto que plenamente cabível na espécie versada.

Ultrapassada essa preliminar, passo à análise do mérito.

2 ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 1069.

Mérito

No mérito, o banco apelante defende a liquidez, a certeza e a exigibilidade do título exequendo, visto que se trata de contrato bilateral firmado espontaneamente pelas partes, cumprindo-se as exigências do art. 585, II, do CPC.

Frisa que a letra de câmbio apenas acompanha o título executivo extrajudicial, sendo que este corresponde ao contrato de empréstimo devidamente formalizado. De mais a mais, conforme aduz, o simples fato de haver letra de câmbio sem aceite anexada ao contrato não conduz, necessariamente, à falta de exigibilidade do título. Discorre, nesse sentido, acerca da legalidade da cláusula-mandato.

Sem razão, contudo, o apelante.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, ao contrário do que pretende fazer crer o apelante, o título executivo que embasa a presente execução é a letra de câmbio anexada à f. 7 dos autos, que foi emitida em virtude da autorização constante da cláusula 10ª (nula, por sinal, como se verá adiante) do contrato de empréstimo de f. 6.

Na própria petição inicial, o exequente-apelante expressamente consignou que a sua pretensão era promover a execução da *"importância líquida, certa e exigível de R$ 16.775,73, representada pela Letra de Câmbio emitida aos 6.10.1995, de R$ 14.477,88, cujo valor foi atualizado até a presente data, por conta do contrato de Empréstimo Garantido por Aval (Hot Money – A), operação n. 02336811-1, de 20.9.1995, e protestada na forma do instrumento em anexo".*

Portanto, como bem entendeu o nobre sentenciante, o título objeto da execução é a letra de câmbio de f. 7.

Pois bem.

A respeito da letra de câmbio, **André Luiz Santa Cruz Ramos**[3] leciona:

> A letra de câmbio é título de crédito que se estrutura como ordem de pagamento, razão pela qual, ao ser emitida, dá origem a três situações jurídicas distintas: a) a do sacador, que emite a ordem; b) a do sacado, a quem a ordem é destinada; c) a do tomador, que é o beneficiário da ordem.

É imperioso mencionar que, para emissão da letra de câmbio, é necessário que o tomador entregue a letra de câmbio ao sacado, ***para que este a aceite através da assinatura no anverso do título***, tornando- se o responsável pelo pagamento da dívida.

A respeito, o artigo 28 da Lei Uniforme de Genebra dispõe:

> Art. 28. O sacado obriga-se pelo aceite pagar a letra à data do vencimento.

Desse modo, conclui-se que o sacado somente assume a posição de obrigado principal pelo pagamento do título **quando aceitar a letra,** visto que o aceite é uma declaração unilateral, na qual o sacado se obriga ao pagamento do título a quem quer que legitimamente o apresente.

Na hipótese, não consta da letra de câmbio (f. 7) nenhum aceite da apelada (sacado), motivo pelo qual, nos moldes da sentença, está desvinculada do pagamento do título, sendo inválida a emissão da letra de câmbio.

Neste sentido, esta Corte se pronunciou:

3 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: O novo regime jurídico-empresarial brasileiro. 2. ed. Salvador: Podivm. p. 239.

> A letra de câmbio desprovida de aceite não vincula o sacado, na hipótese em que o sacador e o beneficiário do título **são a mesma pessoa,** por se tratar de conduta potestativa que viola a legislação civil, sendo ilegal e abusivo o saque da letra de câmbio, para cobrança de qualquer quantia em atraso. (TJMS, AC n. 2007.031422-3, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ de 27.8.2009).

De outro lado, não deve subsistir a intenção do réu-apelante quando afirma que a letra de câmbio foi emitida com base em cláusula contratual, que autorizaria a sua emissão, pois evidente que tal disposição foi inserida no bojo de um contrato de adesão. E, como se sabe, para ter validade, haveria de ter sido redigida em destaque, sob pena de nulidade, *ex vi* do artigo 54, §§ 3º e 4º[4], da Lei n. 8.078/90.

Outrossim, mesmo que tal cláusula tivesse sido, por suposição, redigida na forma preconizada no artigo 54, §§ 3º e 4º, da Lei n. 8.078/90, remanesceria ainda a sua nulidade, por ofensa, agora, ao artigo 51, IV[5], do CDC, bem assim como aos artigos 422 e 423[6] do Código Civil.

Como se não bastasse, cláusula com tal teor deve ser considerada como puramente potestativa que, nos termos do artigo 122 do Código Civil, também é nula de pleno direito.

A tal respeito o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento de que é nula a cláusula que autoriza o próprio credor emitir letra de câmbio em contrato bancário, como no caso. Veja-se este acórdão:

> É inválida a emissão pelo credor de letra de câmbio sem aceite do devedor, para recebimento de valores devidos em contrato de abertura de crédito, com base em apuração unilateral. (AgRg no Ag n. 923709/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 19.5.2008).

E há outros julgados no mesmo sentido:

> PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO - NOTA PROMISSÓRIA - CLÁUSULA MANDATO - VIOLAÇÃO AO ART. 51, IV, CDC - SÚMULA N. 60/STJ - NULIDADE - DESPROVIMENTO.
>
> 1 - É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso. Isto porque tal cláusula não se coaduna com o contrato de mandato, que pressupõe a inexistência de conflitos entre mandante e mandatário. Precedentes (REsp n. 504.036/RS e AgRg no Ag n. 562.705/RS).
>
> 2 - Ademais, a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado, caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. Precedente (REsp n. 511.450/RS).
>
> 3 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 808.603/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 4.5.2006, DJ de 29.5.2006, p. 264).

4 Art. 54. [...]
§ 1° [...]
§ 2° [...]
§ 3o Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
§ 4° As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.
[...]

5 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
[...]
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

6 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. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Para arremate:

> PROCESSO CIVIL. LETRA DE CÂMBIO. A emissão de letra de câmbio, desde que autorizada por contrato, é válida. O que a lei veda é que o procurador do mutuário, quando vinculado ao mutuante, assuma obrigação cambial no exclusivo interesse deste. Nesse sentido, a Súmula n. 60 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 141.941/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 3.6.2003, DJ 8.9.2003, p. 322).

Com efeito, o artigo 51, IV, da Lei n. 8.078/90 estabelece que:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> I - [...].
>
> IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade.

Esse dispositivo traz para o ordenamento jurídico brasileiro um princípio geral pelo qual se julga a licitude das cláusulas contratuais, que devem preservar a comutatividade e igualdade de condições, paridade de armas e forças, entre os contratantes.

Mais recentemente, o artigo 422 do Código Civil, na mesma esteira, reafirma o princípio, ao estabelecer que "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé*".

Não me parece obedecer a esse postulado do direito civil moderno a inserção de cláusula contratual que permita à instituição financeira estabelecer uma cláusula contratual, em contrato de adesão (que, se existente, deveria atender aos outros princípios contidos no art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC, como já mencionei acima) que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, porque permite à própria instituição financeira, mediante mandato (que não existe no caso, visto que não presentes os seus elementos, também expressamente delineados no CC), criar, colocar em circulação e protestar letra de câmbio em seu próprio favor, crédito e interesse. Rematado absurdo, que vem sendo coibido com a pena da nulidade da respectiva cláusula, por ofensa a todos esses dispositivos legais, como se viu dos arestos transcritos, do Superior Tribunal de Justiça, e de cujo entendimento também comungo.

Ante o exposto, conheço do recurso, porém lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

- Passo à análise do recurso adesivo interposto por Indústrias e Comércio de Madeiras PL Ltda. – ME:

A executada interpôs recurso adesivo às f. 247-50, pugnando pela majoração dos honorários advocatícios fixados na sentença.

A título de esclarecimento, convém assinalar, no tocante à admissibilidade de recurso adesivo no caso, que, muito embora não tenha sido configurada a sucumbência recíproca, não há empecilho para que a parte excipiente adira adesivamente à apelação da parte contrária, em razão da pretensão de ver aumentada a condenação a verba honorária a seu favor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou acerca dessa questão, vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ADESIVO. CABIMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 500, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC NÃO-VIOLADO.
>
> 1. Acórdão recorrido que entendeu ser possível a interposição de recurso adesivo pretendendo a majoração de honorários advocatícios. Recurso especial no qual se aponta ofensa ao art. 500, parágrafo único, do CPC.
>
> 2. Ainda que vencedora a parte na totalidade dos pedidos, é viável o manejo do recurso adesivo com a finalidade de majorar a verba honorária. Em outras palavras, caso se entenda que os honorários foram fixados aquém do mínimo legal, configurar-se-á a sucumbência recíproca, abrindo-se a via para a interposição não só do recurso principal, como também do recurso adesivo.
>
> 3. Recurso especial não-provido. (STJ, REsp n. 936.690/RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 27.2.2008).

Igualmente, no REsp n. 1.056.985, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 12.8.2008, a Quarta Turma do STJ *entendeu ser cabível o recurso adesivo da parte ré com o objetivo de ver aumentada a condenação em verba honorária, ainda que vencedora* (Informativo n. 363).

Esclarecida a admissibilidade do recurso adesivo no presente caso, passo à sua apreciação.

Quanto à condenação a honorários advocatícios, prevê o artigo 20 do Código de Processo Civil, em seus parágrafos 3º e 4º, que:

> Art 20: A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
>
> [...]
>
> § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:
>
> a) o grau de zelo profissional
>
> b) o lugar da prestação do serviço
>
> c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> § 4° Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.
>
> [...]

Com efeito, os honorários advocatícios são devidos por força do princípio da sucumbência, segundo o qual o processo não pode gerar qualquer ônus para a parte que tem razão, impondo ao vencido o dever de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Entende-se como vencido aquele que deixou de alcançar com o processo aquilo que pretendia. Essa condenação funciona como uma punição àquele que resistiu ao reconhecimento da pretensão alheia, resistência essa havida como injusta, quando o litígio é julgado em desfavor da parte resistente.

Venho reiteradamente afirmando, em casos de idêntica natureza, que autor e réu merecem do juiz, em todas as situações processuais, idêntico tratamento, regra que decorre do artigo 125 do CPC, inclusive no tocante aos honorários advocatícios quando o réu é o vencedor, caso em que incidiria a regra do § 4º do artigo 20 do CPC.

Assim, nada justifica que os honorários, embora fixados em conformidade com o § 4º do artigo 20 do CPC, deixem de ser fixados com base na valoração do trabalho do advogado e em percentual que se aproxime – tanto quanto possível e consideradas as peculiaridades da espécie – entre 10% e 20% do valor da causa que, no caso, é o valor do interesse econômico em disputa.

Insta salientar que o valor econômico da causa deve ser aferido levando-se em consideração a atualização monetária em razão do transcurso do tempo, e de acordo com os parâmetros legalmente previstos, pois só assim será a remuneração devida ao advogado calculada de forma justa.

Nesse sentido, veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. COISA JULGADA. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA.
>
> 1. Verifica-se que o Tribunal de origem decidiu com clareza e precisão, apresentando fundamentação adequada, suficiente e coerente para as questões pertinentes à solução da controvérsia. Embora tenha rejeitado os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todos os temas postos ao seu crivo.
>
> 2. O Tribunal de Justiça estadual, no julgamento do agravo de instrumento n. 70006212914, após provocação da ora recorrida, então agravante, analisou a matéria relativa ao termo inicial de incidência da correção monetária, fixando expressamente no dispositivo do acórdão que: "Assim, os honorários correspondem ao percentual de 10% sobre Cr$ 365.600.000,00, atualizados desde a data do ajuizamento da ação cautelar em que foram fixados (Súmula n. 14 do STJ).
>
> 3. Em que pese o seu caráter de ordem pública, existindo disposição expressa para que a correção monetária incidisse a partir do ajuizamento da ação e esgotadas as possibilidades de interposição de recursos pela ora recorrida para modificar tal decisão, não há como se alterar a parte dispositiva do acórdão para estabelecer o termo *a quo* da atualização monetária como a data em que a Corte estadual julgou a impugnação ao valor da causa, sob pena de violação à coisa julgada. Precedentes.
>
> 4. Recursos especiais de ambos os recorrentes conhecidos em parte e, nessa extensão, providos. (REsp n. 1003800/RS, REsp n. 2007/0262933-3, Quarta Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF PRIMEIRA REGIÃO) (8135), julgado em 17.2.2009, DJ de 2.3.2009).

No caso dos autos, a exceção de pré-executividade tornou nula a execução promovida em 1995. Naquele momento foi atribuído como valor da causa a quantia de R$ 16.775,73 (dezesseis mil, setecentos e setenta e cinco reais e setenta e três centavos), sendo assente o entendimento de que esse valor inicialmente consignado deve ser monetariamente corrigido, porque a não realização da correção acarretaria o esvaziamento econômico da causa.

Nesta esteira, se a execução não houvesse sido anulada, o advogado do exequente receberia percentual do proveito econômico da causa devidamente atualizado, de sorte que tal conduta também deve ser observada em prol do advogado da executada.

Assim deve ser, com efeito, em homenagem inclusive ao artigo 125, inciso I, do CPC, que alberga, no processo, a norma constitucional que trata da isonomia e do tratamento igualitário a todos quantos se achem em uma mesma situação.

Perfilho, assim, o entendimento doutrinário e jurisprudencial que estabelece que, se as partes devem receber do juiz tratamento idêntico, nos termos do já referido artigo 125-I do CPC, "*não se justifica que, vencedor o réu, seus honorários sejam fixados em quantum muito inferior ao autor, se vencesse"*, como consta dos diversos julgados publicados na Revista dos Tribunais n. 494/144, 589/123, 608/116, dentre outros.

No Superior Tribunal de Justiça também foi decidido que:

> [...] 7. Fixação do percentual de 10% (dez por cento) de verba honorária advocatícia, sobre o valor da causa (já que não houve condenação), devidamente atualizado quando do seu efetivo pagamento. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.
>
> 8. A questão não envolve apreciação de matéria de fato, a ensejar o emprego da Súmula n 07/STJ. Trata-se de pura e simples aplicação da jurisprudência pacificada e da legislação federal aplicável à espécie (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC).
>
> 9. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag n. 954.995/SP, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 18.3.2008, DJ 23.4.2008).

Assim, a base para o cálculo da verba de sucumbência é o conteúdo econômico ou proveito econômico, atualizado monetariamente, de sorte que esse é o valor a ser levado em consideração para fixação dos honorários advocatícios.

Logo, bem se vê que os honorários advocatícios arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais) pelo douto juízo *a quo* não guardam proporcionalidade com o conteúdo econômico em disputa na demanda, de sorte que a própria valoração dos elementos contidos nas alíneas "a" a "c" do § 3º do art. 20 do CPC, a que faz remissão o parágrafo seguinte do mesmo dispositivo processual, remete para a necessidade de serem os honorários majorados para um patamar que seja efetivamente representativo desse interesse.

Daí decorre que, se o proveito econômico deve ser aferido após a atualização monetária do valor da causa originariamente atribuído à causa (R$ 16.775,73), esse é o parâmetro a ser adotado para definir o valor dos honorários, os quais, segundo penso, devem ser fixados em quantia que remunera condignamente o advogado da executada, pelo trabalho realizado, mas não se constitua, de igual forma, em prejuízo incomensurável ao exequente, que ficou responsável pelo pagamento dos honorários, em razão do princípio da causalidade.

Há de existir um termo médio, que se balize pelo princípio da razoabilidade, que implique remuneração adequada, compatível com os serviços desenvolvidos pelo advogado cujo constituinte sagrou-se vencedor na demanda, mercê de seu trabalho.

No caso concreto, pelas peculiaridades da matéria, levando em consideração as diretrizes das alíneas "a" a "c" do § 3º do artigo 20 do CPC, aplicáveis em razão das disposições contidas no § 4º do mesmo dispositivo, penso que 10% (dez por cento) **sobre o valor atualizado de R$ 16.775,73** remunera adequadamente o trabalho desenvolvido pelo advogado da executada.

Não se pode olvidar da necessidade de remunerar condignamente a atividade dos profissionais da advocacia, seja por sua relevância social, seja por seu caráter de *múnus* público, inclusive porque o advogado, conforme a Constituição Federal (art. 133), é essencial à administração da Justiça.

A verba honorária fixada pela decisão foi realmente baixa; não valorizou ou remunerou adequadamente o labor profissional dos patronos das partes que atuaram diligentemente, cumprindo com zelo os seus deveres profissionais em uma causa que se arrastou por quase 13 anos.

Em face do exposto conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a sentença e fixar honorários advocatícios a serem pagos pela parte sucumbente no importe correspondente a 10% sobre o conteúdo econômico da demanda devidamente atualizado e de acordo com os índices vigentes, valor esse que sofrerá a incidência de juros de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM-FGV, a partir da data da publicação da sentença, procedendo-se, depois, ao cumprimento da sentença, na forma do artigo 475-J e seguintes do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO ITAÚ S.A. E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE INDÚSTRIAS E COMÉRCIO DE MADEIRAS PL LTDA-ME, 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, 19 de outubro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Agravo n. 2010.023202-4 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA POR OCASIÃO DA SENTENÇA, DEPOIS DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL, MAS ANTES DELA, EM DECISÃO EM SEPARADO – POSSIBILIDADE – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – VENDA DE VEÍCULO – PAGAMENTO COM CHEQUE SEM PROVISÃO DE FUNDOS – ALIENAÇÃO SUBSEQUENTE DO BEM A TERCEIRO – IGNORÂNCIA DO VÍCIO DO NEGÓCIO ANTERIOR – TERCEIRO DE BOA-FÉ – POSSE QUE DEVE SER PROTEGIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Tendo ocorrido a venda de veículo, o fato de o alienante ter recebido em pagamento cheque sem provisão de fundos não o autoriza a exercer arbitrariamente as próprias razões para buscar o bem na posse de terceiro que, salvo prova em contrário, agiu de boa-fé ao adquirir o mesmo bem daqueles a quem o primitivo proprietário transferiu a posse e domínio.

Decisão mantida. Recurso improvido.

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, 19 de outubro de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Jurandir Vieira dos Santos, devidamente qualificado, interpõe agravo de instrumento em face de Sonia Maria Amaral Diniz, insurgindo-se contra a decisão de f. 206-8 do douto Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, na Ação de Reintegração de Posse n. 001.09.034155-5, deferiu a tutela antecipada, determinando a expedição de mandado de reintegração da requerente-agravada na posse do "trator da marca CATERPILAR, série do motor 74U359, série D e da grade 18 discos da marca Tatu".

A agravada, Sonia Maria Amaral Diniz, ingressou com essa ação de reintegração de posse aduzindo ter comprado de um senhor, chamado Nilo Reinozo, um trator de esteiras marca Caterpillar, motor n. 740359, série de uma grade 18 discos da marca Tatu, pela importância de R$ 20.000,00 a vista, que teria sido furtado pelo agravante no dia 23 e maio de 2009.

Alegou que, posteriormente, o requerido (ora agravante) compareceu à delegacia de polícia para prestar informações sobre a situação, quando foi nomeado pelo delegado como fiel depositário do bem.

Inconformada, a autora-agravada ingressou com essa ação de reintegração de posse com pedido de liminar, que foi indeferida pelo juízo *a quo*, cuja decisão foi confirmada por este Tribunal de Justiça, conforme se vê às f. 133-6.

Posteriormente, após toda a instrução processual, o douto juízo *a quo* entendeu por bem, em momento imediatamente anterior à sentença de mérito, deferir a antecipação da tutela pleiteada e proferir, somente após, a sentença, que confirmou a medida antecipatória, conforme se vê às f. 206-12.

É contra a decisão interlocutória de f. 206-8 que se insurge o agravante.

Na minuta, o agravante narra o modo como se sucederam os fatos, que coincide com a narrativa da autora-agravada, bem como do juiz *a quo* ao prolatar a decisão e a sentença. Alega, entretanto, que houve má-fé da agravada e de seu filho que, segundo acredita, agiu em conluio com os estelionatários Enildo Reinozo e Nilo Reinozo.

Requereu a atribuição de efeito suspensivo ao presente agravo e, ao fim, pugnou pelo provimento, de plano, do presente recurso, nos termos do art. 557 do CPC.

O agravo foi recebido às f. 223-6 sem efeito suspensivo.

O douto juiz *a quo* prestou informações à f. 231 dos autos e a agravada apresentou contraminuta às f. 235-8.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento intentado por Jurandir Vieira dos Santos contra a decisão de f. 206-8 do douto Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, em Ação de Reintegração de Posse n. 001.09.034155-5, determinou, em antecipação de tutela, a expedição de mandado de reintegração da requerente-agravada na posse do "*trator da marca CATERPILAR, série do motor 74U359, série D e da grade 18 discos da marca Tatu*".

De início, é bom ressaltar que a questão fática apresentada nestes autos não é controvertida. A discussão gira em torno da existência ou não de má-fé da requerente-agravada que, segundo entende o réu-agravante, agiu em conluio com os supostos estelionatários aqui citados, Nilo Reinozo e Enildo Reinozo.

Ressalte-se, ainda de início, que não há perder de vista que o presente recurso ataca a decisão interlocutória de f. 206-8, que deferiu a antecipação de tutela de reintegração de posse, de modo que não cabe aqui analisar todo o mérito da ação, que será objeto de possível apelação contra a sentença que sucedeu, imediatamente, a concessão da tutela.

Pois bem.

Ao que tudo indica, o agravante realizou um negócio jurídico perfeito efetuando a venda do trator objeto da lide aos Srs. Nilo e Enildo Reinozo que, em contraprestação, emitiram-lhe um cheque, o qual, soube-se depois, não tinha fundos.

Os Srs. Nilo e Enildo Reinozo, subseqüentemente, venderam o trator à ora agravada, que lhes pagou a importância de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a vista.

O réu-agravante, não obtendo êxito no recebimento do cheque, entendeu por bem invadir o terreno no qual se encontrava o veículo e de lá rebocá-lo, sem autorização e por sua conta e risco.

São esses os fatos incontroversos, de sorte que a discussão funda-se na existência ou não de má-fé da agravada que, segundo entendeu o agravante, agiu em conluio com os Srs. Nilo e Enildo Reinozo.

Tenho, entretanto, que não lhe assiste razão, e que a tutela antecipada concedida está amparada por seus requisitos legais.

Isso porque a má-fé da agravada, terceira estranha ao negócio jurídico inicial, não foi comprovada nem existem elementos nos autos que evidenciem um comportamento desleal.

Daí que a verossimilhança das alegações da autora-agravada está suficientemente comprovada e, neste ponto, peço vênia para transcrever parte da decisão de f. 206-8, lembrando que foi proferida em cognição exauriente do feito:

> Em primeiro lugar, deve ser levado em consideração que não há qualquer dúvida que a requerente estava na posse do trator quando esse foi tomado pelo requerido. Para essa conclusão basta a análise do documento de f. 15, e do depoimento de todas as testemunhas ouvidas por este Juízo (f. 137-141).
>
> No caso, trata-se de questão incontroversa o fato de que a requerente adquiriu o bem através de Nilo Reinoso e o deixou com seu filho, chamado Roque, o qual, por sua vez, guardou-o em um terreno de propriedade de uma pessoa chamada Mário Sérgio, sendo que quando estava guardado foi tomado pelo requerido.
>
> Independentemente da forma como houve a tradição da posse entre o requerido e o Sr. Nilo Reinoso, não há dúvidas de que após a transferência do bem para a requerente, não poderia o requerido exercer eventual direito de forma direta, atingindo interesse de terceiro, que jamais havia mantido relação com o mesmo.
>
> Inclusive, dentre as poucas hipóteses em que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a autotutela, está a proteção possessória. Todavia, essa proteção possessória somente pode ser feita em um estreito lapso temporal, ou seja, quando o possuidor sofre um ato de turbação ou esbulho, deve ter uma reação rápida, pronta, no contexto da agressão, no calor dos acontecimentos, sem permitir que o esbulhador consolide a sua situação sobre a coisa.

Por outro lado, o perigo de dano grave de difícil ou incerta reparação é também presente no caso e decorre do próprio lapso em que a agravada se viu privada do bem.

O agravante rebocou o caminhão no dia 23 de maio de 2009, data a partir da qual a autora, embora tenha adquirido e pago pelo veículo, deixou de usufruí-lo.

Ademais, é de se ver que quem assim decidiu foi o juiz que conduziu o feito, e assim não o fez em cognição sumária, mas em cognição exauriente, já que concedida por ocasião da sentença de mérito.

Certo é que assim decidiu por estar suficientemente convencido do direito da autora-agravada, de modo que pretendeu conferir eficácia imediata à decisão, quebrando o efeito suspensivo da apelação que provavelmente seria interposta contra a sentença.

E esse é mais um motivo para se manter a decisão, em homenagem ao princípio da oralidade e da identidade física do juiz.

Isso porque o juiz *a quo* tem maiores elementos para decidir a causa por ter presidido a dilação probatória e ter entrado diretamente em contato com as provas ali produzidas, ouvindo as partes e testemunhas, o que certamente lhe confere maiores elementos para decidir com justiça. Segundo Platão *"a escrita é morta e não transmite pensamento senão na significação descolorida e imperfeita dos sinais, ao passo que na viva voz falam a fisionomia, os olhos, a cor, o movimento, o tom, o modo de dizer e tantas outras diversas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, facilitando-lhes a inteira e exata compreensão".*

Sendo o juiz *a quo* aquele que tomou contato direto com as testemunhas, as partes e os advogados atuantes no feito, certamente teve ele melhores condições de análise dos fatos, o que faz presumir que a decisão por ele proferida é a que melhor se amolda ao caso apresentado.

Por outro lado, nada há nos autos que comprove ou evidencie a existência de má-fé por parte da agravada quando da aquisição do trator, a não ser o tão alegado valor por ela pago no bem, qual seja, R$ 20.000,00 (vinte mil reais) o que, efetivamente, não prova a má-fé da requerente-agravante, até porque existe a informação de que o motor do veículo estava fundido.

Impõe-se, portanto, a manutenção da decisão *a quo*, privilegiando-se a identidade física do juiz e o manifesto conhecimento acerca do contexto fático envolvendo o litígio.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e lhe nego provimento, mantendo inalterada a decisão objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 19 de outubro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.027241-3 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE LOCAÇÃO – DISTRATO – COAÇÃO – REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADOS – DEVER DE INDENIZAR – LUCROS CESSANTES MANTIDOS – DANOS MORAIS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – ADSTRIÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

Preenchidos os pressupostos gerais da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta humana (positiva ou negativa), a culpa ou dolo, o dano e o nexo de causalidade, surge o dever de indenizar do responsável, impondo-se-lhe o dever de ressarcimento dos danos sofridos pela vítima.

Se da ofensa resultar dano, a partir do qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou que lhe diminua o valor do trabalho, a indenização por danos materiais, além de incluir o que se efetivamente perdeu (dano emergente), também engloba aquilo que razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes).

Para a quantificação dos lucros cessantes o julgador levará em consideração os elementos provados nos autos, especialmente a prova pericial eventualmente produzida.

Na fixação do *quantum* reparatório do dano moral, deve-se obedecer aos princípios da equidade e moderação, considerando-se a capacidade econômica das partes, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, natureza e repercussão da ofensa, o grau do dolo ou da culpa do responsável, enfim, deve-se objetivar uma compensação do mal injusto experimentado pelo ofendido e punir o causador do dano, desestimulando-o à repetição do ato.

Recurso improvido. Sentença mantida.

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, 26 de outubro de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta às f. 393-404 por Abdiministra Ltda., insurgindo-se contra a sentença de f. 372-86, proferida pelo douto Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou

procedentes os pedidos contidos na ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Mônica Bezerra de Morais Silva, condenando a apelante ao pagamento de R$ 7.200,00 a título de lucros cessantes e R$ 10.000,00 por danos morais.

A autora ingressou com a presente ação contra a ora apelante e contra Ivo Ribeiro da Silva, alegando, em síntese, ter efetuado um contrato de locação de sala comercial no Shopping Marrakech para atuar como depiladora, pelo prazo de um ano, e que foi rescindido após dez dias do início das atividades, após sofrer pressão da administradora Abdiministra Ltda. que, por sua vez, havia sido pressionada pelo proprietário do Salão Le Moulin, Ivo Ribeiro da Silva, localizado no mesmo shopping.

Afirmou ter sido funcionária do salão Le Moulin durante um ano e que, após ser demitida sem justa causa, decidiu abrir seu próprio negócio, que não teve condições de prosseguir em razão das injúrias que teriam sido praticadas pelo segundo requerido, que levou a administradora apelante a rescindir o contrato de locação.

Alegou que, por ocasião da rescisão, a administradora restituiu o valor por ela desembolsado para o equipamento do local, assim como parte dos aluguéis pagos, faltou, entretanto, a quantia de R$ 520,00, que pugnou a título de danos materiais.

Requereu a condenação dos réus ao pagamento de lucros cessantes no valor de R$ 7.200,00, referente ao que deixou de auferir no período de um ano e ao pagamento de danos morais, sugerindo o valor de R$ 12.000,00.

Contestação da ré Abdiministra Ltda. às f. 25-35, e do réu Ivo Ribeiro da Silva às f. 56-96.

Impugnação às f. 108-11.

Foi realizada audiência de tentativa de conciliação, sem êxito, conforme termo de f. 128-30, oportunidade em que o juízo *a quo* fixou os pontos controvertidos e deferiu a produção de prova testemunhal e pericial para aferição dos lucros cessantes.

Foi realizada audiência de instrução de julgamento, conforme termo de f. 153-6, oportunidade em que a inquirição das testemunhas foi postergada para momento posterior à apresentação do laudo pericial. Na mesma audiência, procedeu-se à audição de uma fita magnética juntada pela autora que, em tese, provaria a coação sofrida. Como não foi possível ouvir o teor das conversas e o segundo réu impugnou a autenticidade da prova, foi também deferida prova pericial para verificação da autenticidade e para degravação.

Laudo pericial contábil às f. 176-82.

Laudo pericial de degravação da fita às f. 186-207.

A perícia foi anulada pela decisão de f. 235-7 pela inobservância ao art. 431-A do CPC, já que as partes não foram intimadas da data e local.

Novo laudo pericial de degravação da fita às f. 246-69.

Novo laudo pericial contábil às f. 271-8.

Após manifestação das partes, foi realizada audiência de instrução e julgamento, conforme termo de f. 313, oportunidade em que foram ouvidas 5 testemunhas.

As partes apresentaram alegações finais.

Posteriormente, foi proferida a sentença de f. 372-86, na qual o douto juiz *a quo* julgou improcedentes os pedidos relativos à condenação do segundo réu, Ivo Ribeiro da Silva, e procedentes os pedidos relativos à primeira requerida, Abdiministra Ltda., condenando-se ao pagamento de R$ 7.200,00, a título de lucros cessantes, e R$ 10.000,00, pelos danos morais. Julgou improcedente o pedido de danos materiais no valor de R$ 580,00.

Irresignada, a ré apela do *decisum*.

Em suas razões recursais (f. 393-404), afirma, em síntese, que:

> a) a autora-apelada negociou a locação com um corretor que havia acabado de iniciar suas atividades e não tinha conhecimento de que a sala escolhida pela autora estava reservada a outro inquilino, que já possuía outras salas no local e pretendia ampliar seu negócio;
>
> b) a apelante, tomando conhecimento do ocorrido, procurou a apelada para solicitar rescisão contratual amigável, comprometendo-se a arcar com as despesas já efetuadas pela autora no imóvel;
>
> c) a autora aceitou os valores pagos pela administradora e não pleiteou outra sala no estabelecimento, de modo que o distrato não gerou qualquer problema ou dissabor à apelada;
>
> d) não é possível constatar, pela perícia realizada, qualquer tipo de coação à autora, que utiliza de má-fé nessa lide;
>
> e) não há prova dos danos morais;
>
> f) o dano moral não pode ser deferido em razão de pequenas contrariedades ou mágoas;
>
> g) o perito informou que o curto período de 10 dias (tempo em que a autora executou sua atividade profissional na sala locada) não é suficiente para aferição dos lucros cessantes.

Requereu o conhecimento e provimento da presente apelação para reformar, integralmente, a sentença.

Contrarrazões às f. 410-6.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às f. 393-404 por Abdiministra Ltda., insurgindo-se contra a sentença de f. 372-86, proferida pelo douto Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os pedidos contidos na ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Mônica Bezerra de Morais Silva, condenando a apelante ao pagamento de R$ 7.200,00 a título de lucros cessantes e R$ 10.000,00 por danos morais.

A apelante alega, em síntese, que a autora-apelada aceitou, por livre e espontânea vontade, a rescisão contratual proposta, de sorte que inexiste lucros cessantes tampouco danos morais a serem indenizáveis. Requer, dessa forma, a reforma da sentença para julgar totalmente improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Já adianto que a sentença não merece reparos.

Saliente-se, de início, que a apelante não nega a proposta de rescisão contratual oferecida à autora, ao contrário, ela a admite, justificando-se no fato de que o locatário da sala vizinha pretendia ampliar seus negócios e, por se tratar de cliente antigo, gozava de preferência em relação à autora.

O que a apelante afirma é que não houve resistência da parte autora, que teria aceitado a proposta por livre e espontânea vontade.

Não me parece ser uma afirmação verossímil. Como bem salientado pelo douto magistrado *a quo:* "*não é crível, segundo as regras da experiência comum (art. 335 do CPC), que não podem ser desprezadas pelo juiz ao proferir a sentença (JTA 121/391), que a autora, poucos dias depois de ter investido na locação de um imóvel e na sua preparação para exercer sua atividade profissional, tenha concordado, sem nenhuma resistência (como alegado pela ré Abdiministra, em sua contestação) em distratar a locação e desistir da empreitada profissional a que se lançara*".

Note-se que, ao contrário do que diz a apelante em suas razões recursais, não se trata de uma afirmação de que rescisões amigáveis inexistem no mundo real. O que se está a dizer é que parece pouco plausível que uma pessoa que tenha acabado de iniciar um negócio, alugando e equipando um local para a prática de sua atividade profissional, aceite, de bom grado, a rescisão contratual que lhe é apresentada.

Certo é que a ré concordou com o distrato, conforme se vê às f. 11-3 dos autos, o que, em verdade, não se presta a provar o efetivo ânimo da autora. Neste ponto peço vênia para transcrever parte da sentença apelada (f. 380-1):

> No caso presente, em que a autora, como exaustivamente assentado, é hipossuficiente (economicamente e em todas as outras acepções do termo) em relação à ré, e que estava cercada da insegurança inerente àqueles que iniciam uma atividade empresarial (eis que a autora, até então, era empregada e estava iniciando a sua atividade como depiladora, em um salão próprio), é incontestável que o assédio, a insistência, da ré Abdiministra, na realização do distrato exerceu influência incomum e anormal no ânimo da autora, que configura coação, nos termos do art. 151 do Código Civil, eis que a conduta da ré incutiu à autora fundado temor de dano iminente e considerável ao seu patrimônio.

Ademais, como o laudo pericial para degravação da fita apresentada pela autora não contém a transcrição integral das falas em razão dos inúmeros trechos ininteligíveis constantes na fita, ele pouco ou nada contribui para o aclaramento dos fatos, de sorte que resta ao juízo a análise com base nas provas testemunhais e com base, sim, nas regras da experiência comum.

E de uma análise dos autos, especialmente da prova testemunhal produzida, é possível visualizar a discordância da autora quanto à rescisão contratual que, ao que tudo indica, lhe foi imposta, e não aceita por livre e espontânea vontade.

A depoente Andréa de Carvalho Vieira, ouvida como informante por ser empregada do condomínio Marrakech, foi a única que confirmou a versão da apelante.

As testemunhas Glória Monteiro da Silva e Lucimar Figueiredo Roza Denis relataram fatos que evidenciam coação, e as testemunhas Andréa de Carvalho Albres, gerente da Le Moulin do Shopping Marrakech, e Lucimar Leite, antiga vendedora da Le Moulin, nada souberam informar a respeito dos fatos.

Em seu depoimento, a testemunha Glória Monteiro da Silva afirma que (f. 316):

> [...] foi cliente da autora, que fazia depilação para a depoente. De início a autora trabalhava no salão Le Moulin. Depois, a autora montou uma sala no shopping Marrakech, onde fazia depilação. A depoente freqüentou o referido local por cerca de um mês, ou pouco mais que isso. Certa vez, quando estava na maca de depilação, chegaram ao local um

> homem e uma mulher e começaram a conversar com a autora, dizendo a ela que ela tinha que desocupar a sala 'por bem ou por mal'. A autora pediu-lhes que lhes dessem um tempo que ela iria ver o que poderia fazer. A autora disse para a depoente, depois que as pessoas saíram, que o dono da Le Moulin, de onde ela fora despedida, estava pressionando os administradores do shopping Marrakech para que ela saísse do shopping [...] a autora disse para a depoente que se tivesse que sair sofreria prejuízos, porquanto fizera compromissos para montar o salão.

Por sua vez, a testemunha Lucimar Figueiredo Roza Denis narra o seguinte (f. 317):

> [...] conheceu a autora no final de 2005, quando ela procurou a depoente no Sindicato dos Cabeleireiros de MS, para se cadastrar e abrir um salão. A depoente era e ainda é presidente do sindicato. A autora se cadastrou e abriu um salão no shopping Marrakech. Cerca de um mês depois, a autora voltou ao sindicato e disse para a depoente que teria que sair do shopping porque estava sendo pressionada pela administração do shopping, sendo que os administradores diziam que no shopping já havia uma empresa de depilação, a Le Moulin, e que não poderia haver outra. A autora disse que estava preocupada porque investira em seu salão e se tivesse que fechá-lo teria prejuízo. A depoente ligou, do celular da autora, para a imobiliária que havia locado o salão à autora, e conversou com uma mulher chamada Andréia. Andréia confirmou para a depoente que a autora teria que sair porque no shopping já havia uma empresa de depilação e que uma delas deveria sair. Disse, ainda, que se tivessem que optar, optariam pela Le Moulin, que é uma empresa maior.

Assim, ao ser acatado como verdadeiro o fato de que a autora fora pressionada pela administradora apelante a rescindir o contrato de locação, restam presentes os três elementos configuradores da responsabilidade civil: a) a conduta da requerida-apelante; b) o dano que a autora sofreu por ter sido pressionada e coagida a aceitar a rescisão do contrato de locação da sala após a efetivação de todos os trâmites necessários anteriores à abertura do negócio; c) o nexo causal entre a conduta da requerida e o dano sofrido pela autora.

Quanto aos lucros cessantes.

O apelante insurge-se quanto ao valor arbitrado para os lucros cessantes, sob o fundamento de que, como constatado na perícia, o curto período de tempo em que a autora executou sua atividade profissional na sala locada impede a aferição exata dos lucros cessantes.

Essa alegação, por óbvio, não merece acolhida.

A impossibilidade de aferição precisa dos lucros cessantes não exclui, de qualquer modo, a responsabilidade da apelante quanto a essa verba.

Ademais, para a realização da perícia, "*foram realizadas pesquisas em outros estabelecimentos do mesmo ramo de atividade da Autora, apurando-se, de forma informal, a rentabilidade líquida da atividade*" (f. 274).

Com base nesses elementos, o perito arbitrou os lucros cessantes em R$ 1.200,00 por mês, de sorte que não há nenhum reparo a se fazer na sentença quanto ao montante fixado para os lucros cessantes, que utilizou o valor arbitrado pelo perito como parâmetro.

Quanto aos danos morais

Como o dano moral diz respeito à violação dos direitos relativos à dignidade humana, a jurisprudência vem entendendo que o dano encontra-se ínsito na própria ofensa, por defluir da ordem natural das coisas.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano mora existe *in re ipsa*. Afirma Ruggiero: 'Para o dano ser indenizável, basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito' (REsp n. 608918/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.6.2004).

No caso dos autos, o dano moral decorre da própria conduta injusta e abusiva da apelante que, após efetivar o contrato de locação com a autora, pressionou-a para efetuar o distrato.

Tal comportamento certamente acarretou transtornos que extrapolam os limites de meros aborrecimentos ou dissabores cotidianos. Note-se que a autora já havia efetuado o contrato, emitido os cheques, cadastrado o salão no sindicato, equipado o local, dentre outras várias providências que antecedem a abertura de um negócio.

Com 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.

In casu, reputo como razoável o valor fixado pelo magistrado *a quo*, e assim entendo com base nos critérios adotados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: a situação econômica das partes, a intensidade da culpa da condenada e a relevância da lesão que seu ato causou.

Outrossim, trata-se de administradora imobiliária, que certamente possui condições de arcar com o valor estabelecido na decisão de primeiro grau.

Ante o exposto, conheço o presente recurso e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

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. Dorival Renato Pavan.

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

Campo Grande, 26 de outubro de 2010.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.001580-6 - Coxim
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPRENSA – NOTICIÁRIO EM JORNAL ELETRÔNICO – DEVER DE INFORMAR – EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO – *ANIMUS INJURIANDI* NÃO CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.

Não é cabível indenização quando o direito de informação é exercido, sem abuso, no exercício regular do direito assegurado pela Constituição, que garante ainda à imprensa a liberdade de manifestação do pensamento, sem excessos.

Não basta que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo de indenizar, pois, se não houver uma conduta antijurídica, aquele, por si só, não gera o dever ressarcitório.

Ausente o *animus injuriandi,* não se divisando violação ao disposto no art. 5º, X, da Carta Magna, que colima a preservação da intimidade, vida privada e honra das pessoas, limitando-se o apelante, tão somente, a repassar informações do interesse público, ministradas por fonte idônea previamente indicada, incumbida de apurar fatos da maior gravidade, não há falar em conduta ilícita a gerar dano moral indenizável.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de apelação cível interposta por Zelir Antonio Maggioni contra decisão proferida pelo e. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Coxim que, nos autos da ação de indenização por danos morais proposta em face de José Alves Branco Correia e Jornal Virtual Correio de Sonora, julgou improcedente o pedido contido na inicial.

Sustenta, nas razões recursais, a reforma da decisão de primeiro grau pelos seguintes fundamentos, em síntese:

1. os recorridos anunciaram em jornal eletrônico matérias difamatórias, caluniosas e injuriosas com a finalidade de macular a imagem do autor;

2. as matérias asseveradas pelos recorridos, tais como: suposto superfaturamento da construção do ponto de táxi, da utilização da verba pública para pagar refeições de seus convidados, uso dos maquinários públicos em benefício de particular e postura inoperante do Prefeito, transcenderam a liberdade de expressão;

3. as notícias ofensivas e tortuosas feitas pelos apelados foram propositadamente com a nítida intenção de ofender a honra e denegrir a imagem do autor perante a opinião pública;

4. o recorrente é pessoa pública profissional e pessoal ilibada sendo que os recorridos, com *animus* de manchar a sua personalidade, inseriram falácias por meio de publicações eletrônicas, razão pela qual deve ser indenizado, por danos morais, no valor correspondente a 300 salários mínimos vigentes e ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios.

Em contrarrazões, os apelados propugnam pela manutenção da decisão vergastada.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Zelir Antonio Maggioni contra decisão proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Coxim que, nos autos da ação de indenização por danos morais proposta em face de José Alves Branco Correia e Jornal Virtual Correio de Sonora, julgou improcedente o pedido contido na inicial.

Sustenta, nas razões recursais, a reforma da decisão de primeiro grau pelos seguintes fundamentos, em síntese:

1. os recorridos anunciaram em jornal eletrônico matérias difamatórias, caluniosas e injuriosas com a finalidade de macular a imagem do autor;

2. as matérias asseveradas pelos recorridos, tais como: suposto superfaturamento da construção do ponto de táxi, da utilização da verba pública para pagar refeições de seus convidados, uso dos maquinários públicos em benefício de particular e postura inoperante do Prefeito, transcenderam a liberdade de expressão;

3. as notícias ofensivas e tortuosas feitas pelos apelados foram propositadamente com a nítida intenção de ofender a honra e denegrir a imagem do autor perante a opinião pública;

4. o recorrente é pessoa pública profissional e pessoal ilibada sendo que os recorridos, com *animus* de manchar a sua personalidade, inseriram falácias por meio de publicações eletrônicas, razão pela qual deve ser indenizado, por danos morais, no valor correspondente a 300 salários mínimos vigentes e ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios.

A decisão de primeiro grau restou proferida nos seguintes termos:

> [...] *In casu*, volta-se o autor, então Prefeito do Município de Sonora-MS, contra a publicação eletrônica, pela parte requerida, das matérias cujas versões impressas estão acostadas às f. 22-35.
>
> Como restou consignado no relatório, o requerente considera que se trata de comentários difamatórios, caluniosos e injuriosos com vistas a denegrir sua imagem perante a opinião pública.
>
> Pelo que se verifica, não houve por parte dos requeridos ofensa ou atitude difamatória para que se atenda ao pedido de indenização trazido na inicial. As matérias veiculam críticas à

> Administração Pública municipal, assim como ocorre em todos os meios de comunicação do país e em relação a todos os Poderes constituídos.
>
> A liberdade de expressão e de impressa, como direito, é de ser exercido com ponderação para que não se viole outras esferas de direito. Por outro lado, não pode punir toda e qualquer crítica que se faz publicar, sob pena de se tolher aquelas liberdades que, com muito esforço, foram conquistadas.
>
> Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 220 assegura que 'a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição'.
>
> Por seu turno, o art. 27, *caput* e inc. VI, da Lei n. 5.260/67, prevê que 'não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação a divulgação, a discussão e crítica de atos e decisões do Poder Executivo e seus agentes, desde que não se trate de matéria de natureza reservada ou sigilosa'.
>
> Portanto, verificado que as publicações referidas no processo constituem meras críticas, não se pode daí extrair os danos morais alegados pelo autor por não restar caracterizado nenhum propósito difamatório, lesivo ou ofensivo, motivo pelo qual o pedido de indenização merece ser julgado improcedente.
>
> Pelo exposto, fulcro no art. 269, I, do CPC, prolato sentença com resolução de mérito e julgo improcedente o pedido de indenização por danos morais ajuizado por Zelir Antonio Maggioni em face de Correio de Sonora e José Alves Branco Correia. Custas pelo requerente, que pagará também honorários ao advogado dos requeridos, estes fixados em R$ 1.500,00, haja vista o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

O cerne da irresignação recursal consubstancia-se na possibilidade de ser reconhecido eventual dano moral decorrente da publicação de matérias que faziam referências à vida profissional do apelante.

Tenho que a manutenção da decisão de primeiro grau é medida que se impõe, pois o apelado apenas cumpriu a função de informar, não fazendo qualquer comentário direto à pessoa do apelante, capaz de sinalizar propósito, doloso ou culposo, de atingir sua honra.

Como cediço, na hipótese de responsabilidade civil resultante de ato ilícito, o ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra, a responsabilidade subjetiva, segundo a qual o lesado deve provar a conduta positiva ou omissiva do agente, o dano e o nexo causal.

Rui Stoco, na sua obra Tratado de Responsabilidade Civil. **Revista dos Tribunais**. 5. ed., São Paulo. 2001. p. 94, ao tratar do ilícito, como fator gerador de responsabilidade, colhe a lição de Carlos Alberto Bitar, esclarecendo que:

> [...] para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato.

No caso *sub examine*, os fatos envolvem o confronto de dois direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República, quais sejam, a honra e imagem da pessoa e a liberdade de informação.

Entretanto, da leitura atenta das matérias trazidas aos autos, noticiando possíveis irregularidades na Administração Pública durante o mandato do apelante, tenho que não há qualquer abuso por parte do órgão de imprensa a ensejar eventual reparação por dano moral.

Com efeito, as reportagens em apreço mencionam suas fontes de informação, quais sejam, o Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, Central de relacionamento do Ministério de Agricultura, Pecuária e Abastecimento, bem como Controladoria-Geral da União em Brasília, www.edicaoms.com.br, limitando-se a repassar os informes coligidos aos seus leitores, dando conta das irregularidades da Administração Pública.

Assim, evidenciando os autos a ausência de intenção dirigida com a finalidade de prejudicar a vida pessoal do apelante, em que pese o destaque conferido às manchetes, mas restringindo-se, tão somente, a repassar informações obtidas, de fonte idônea, não há falar em conduta antijurídica apta a amparar pretensão indenizatória.

Como se sabe, não é cabível indenização quando o direito de informação é exercido, sem abuso, no exercício regular do direito assegurado pela Constituição, que garante ainda à imprensa a liberdade de manifestação do pensamento, sem excessos.

Segundo o artigo 188, inciso I, do Código Civil, inexiste ato ilícito quando o agente atua no exercício de um direito reconhecido.

Aparecida Amarante elucida que (http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=3&tpClasse=J - _ftn5) se encontra no exercício regular de um direito aquele que não exorbita a área específica desse mesmo direito, vejamos:

> Cada direito tem seu raio de ação e seu exercício; só é legítimo quando se move dentro da área fixada na lei. Fugindo de sua órbita, ainda que originariamente tenha sido exercitado nos seus limites, atingirá o campo do direito alheio, surgindo o conflito. Pode ocorrer que a colisão se dê em virtude de exercício simultâneo dos titulares do direito, como também pelo ato de um deles, prejudicando o outro que se limita a manter o gozo de seu direito. O exercício do direito implica a obrigação correlata de não ultrapassar a área delimitada, seja com o próprio fato de seu exercício, seja pelas conseqüências que podem do exercício derivar. (**Excludentes de ilicitude civil**, Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 68).

Portanto, se o apelado, no exercício regular de um direito reconhecido, não fugiu ou ultrapassou a sua órbita, mantendo-se nos limites da razoabilidade, sem qualquer intenção de denegrir a honra ou a imagem do apelante, mas, apenas, de informar a população sobre fatos de interesse público apurados pelas autoridades competentes, reproduzindo, de forma direta e verdadeira, as informações coligidas, limitando-se a exercitar livremente o direito de informação outorgado pela Constituição da República, mostrou-se regular e legítimo o exercício desse direito.

Neste sentido, demonstra o excerto de decisão (Petição 3.486-4/DF), proferida pelo eminente Ministro Celso Mello, da Suprema Corte:

> [...] Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão penal ao pensamento, ainda mais quando a crítica - por mais dura que seja - revele-se inspirada pelo interesse público e decorra da prática legítima, como sucede na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220). Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativa relevantes que lhe são inerentes, a) o direito de informar, b) o direito de buscar a informação, c) o direito de opinar e d) o direito de criticar.

> [...] Não custa insistir, neste ponto, na asserção de que a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento. Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático.
>
> A livre expressão e manifestação de idéias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado. (**Revista Justiça & Cidadania**, edição n. 62, setembro de 2005. p. 18-21).

Também no mesmo sentido a decisão do Ministro Jorge Scartezzini, do STJ:

> 1. [...] 2. A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (*animus criticandi*) ou a narrar fatos de interesse coletivo (*animus narrandi*), está sob o pálio das 'excludentes de ilicitude' (art. 27 da Lei n. 5.250/67), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação. 4. O Tribunal *a quo*, apreciando as circunstâncias fático-probatórias, é dizer, todo o teor das reportagens, e amparando-se em uma visão geral, entendeu pela ausência de dano moral, ante a configuração de causa justificadora (*animus narrandi*), assentando, de modo incontroverso, que os recorridos não abusaram do direito de transmitir informações através da imprensa, atendo-se a narrar e a licitamente valorar fatos relativos à prostituição infanto-juvenil, os quais se encontravam sob apuração policial e judicial, obtendo ampla repercussão em virtude da autoridade e condição social dos investigados. Maiores digressões sobre o tema implicariam o reexame da matéria probatória, absolutamente vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula n. 7 da Corte. Precedentes. 5. [...]. Recurso Especial não conhecido. (AC no REsp n. 719.592 - AL, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 12.12.2005).

Por derradeiro, não se desconhece que as questionadas reportagens tenham causado, ao apelante, dor, sofrimento e abalo psicológico, mas, para se configurar o dever ressarcitório, é de rigor estejam presentes os elementos essenciais à etiologia da responsabilidade civil, a saber, o dano, a conduta ilícita e o nexo de causalidade entre um e outra.

Como ensina a doutrina e confirmam os Tribunais, não basta que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo de indenizar, pois, se não houver uma conduta antijurídica, aquele, por si só, não gera o dever ressarcitório.

Ausente, *apud acta,* o *animus injuriandi,* não se vislumbrando violação ao disposto no art. 5º, X, da Carta Magna, que colima a preservação da intimidade, vida privada e honra das pessoas, limitando-se o apelante, tão somente, a repassar informações do interesse público, ministradas por fonte idônea previamente indicada, incumbida de apurar fatos da maior gravidade, não há falar em conduta ilícita, a gerar dano moral indenizável.

Ex positis, nego provimento à apelação cível interposta por Zelir Antonio Maggioni.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.001809-1 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE TERRENO – INADIMPLÊNCIA DA PARTE – RETENÇÃO DAS PARCELAS – ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR – CLÁUSULA PENAL NO PERCENTUAL DE 25% – POSSIBILIDADE – INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS – DEVIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGPM/FGV – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. Não se pode admitir a retenção integral dos valores pagos, sob pena de privilegiar-se o enriquecimento ilícito, já que, posteriormente, o imóvel será vendido para terceiro.

2. Tem-se admitido como razoável a retenção de até 25% (vinte e cinco por cento) dos valores referentes às prestações pagas, a título de compensação por despesas administrativas inerentes ao contrato.

3. Devem ser pagas as benfeitorias necessárias e úteis realizadas para que não haja enriquecimento sem causada do vendedor.

4. O índice a ser aplicado deve ser o IGPM, diante da inexistência de índice oficial, por melhor refletir a variação do valor da moeda.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário -interposto por Realiza Incorporação Construção Ltda. contra sentença proferida pelo Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS nos autos da ação de Rescisão de Contrato com Reintegração de Posse movida contra Marli Alencar Gonçalves.

A apelante, inconformada com a sentença, alega em síntese que:

I – a multa de 25% aplicada para a parte ré, não cobre as despesas da apelante, que de longa data está impedida de negociar o imóvel;

II – a sentença esta causando enriquecimento sem causa à apelada em prejuízo da apelante que deverá restituir os valores e indenizar as benfeitorias edificadas sobre o imóvel;

Ao final, requer a reforma da decisão no ponto atacado, ou seja, fixando o valor ou percentual pela fruição do imóvel em percentual maior, bem como ser aplicada a variação da poupança como indexador de correção dos valores a serem restituídos, se houver após os abatimentos.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 256).

Intimada, a apelada não apresentou contrarrazões diante da decretação da revelia às f.123-5.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário -interposto por Realiza Incorporação Construção Ltda. contra sentença proferida pelo Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS nos autos da ação de Rescisão de Contrato com Reintegração de Posse movida contra Marli Alencar Gonçalves**.**

A apelante, inconformada com a sentença, alega em síntese que:

I – a multa de 25% aplicada para a parte ré, não cobre as despesas da apelante, que de longa data está impedida de negociar o imóvel;

II – a sentença esta causando enriquecimento sem causa à apelada em prejuízo da apelante que deverá restituir os valores e indenizar as benfeitorias edificadas sobre o imóvel;

Ao final, requer a reforma da decisão no ponto atacado, ou seja, fixando o valor ou percentual pela fruição do imóvel em percentual maior, bem como ser aplicada a variação da poupança como indexador de correção dos valores a serem restituídos, se houver após os abatimentos.

Restituição dos valores

Primeiramente insta elucidar que as partes firmaram um contrato de compra e venda de um lote, qualificado na inicial, e, em razão da inadimplência da compradora, o recorrente propôs a presente demanda.

A recorrente, inconformada com a decisão, requer que os valores pagos pela apelada não sejam devolvidos, porém é ilegal a retenção total destes valores, conforme se vê na decisão do Superior Tribunal de Justiça.

> Compra e venda de imóvel. Impossibilidade de cumprimento das obrigações pelo promitente comprador. Devolução das importâncias pagas. Retenção. Precedentes da Corte.
>
> 1. A Segunda Seção já assentou que o **"compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas"** (REsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 9.12.2002).
>
> 2. Não há empeço ao julgamento antecipado quando se cuida, apenas, de questão jurídica.
>
> [...] (REsp n. 594.590/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 7.12.2004, DJ de 4.4.2005, p. 308)

Nesse mesmo sentido já foi decidido neste tribunal:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – RETENÇÃO DAS PARCELAS – ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR – INOCORRÊNCIA DE PERDAS E DANOS – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS – REDUÇÃO DA MULTA DE 25% PARA 10% – RECURSO DA ENCCON IMPROVIDO E RECURSO ADESIVO PROVIDO.
>
> A retenção da totalidade das parcelas é ilegal**.** É direito do consumidor a restituição, cabendo à apelante a retenção de 10% do valor atualizado das parcelas pagas, mais o sinal, o que representa montante suficiente à compensação a título de cláusula penal, a qual já inclui perdas e danos. (TJMS, AC n. 2005.002662-1, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 8.9.2009).
>
> AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO DEVIDA A PARTIR DA IMISSÃO NA POSSE – BENFEITORIAS NÃO DEMONSTRADAS.
>
> A rescisão do contrato implica restituição das partes ao estado anterior à celebração da avença, desonerando ambos os contratantes, com a restituição do valor pago e a devolução do bem ao credor que, inclusive, fará jus à taxa de fruição devida desde a imissão na posse até a efetiva desocupação do imóvel. O compromissário-comprador tem direito à restituição com juros e correção monetária, ainda que inadimplente, sob pena de desequilíbrio contratual. Não se indeniza benfeitoria quando não for efetivamente comprovada nos autos. (TJMS, AC n. 2008.018914-2, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 25.11.2008).

Desse modo, entendo que a retenção integral das parcelas pagas representaria quantia muito alta para ressarcir os investimentos da apelante, pois se deve observar que, resolvido o contrato, o imóvel será novamente destinado à venda, e o lucro será recuperado.

Concernente é que não se pode admitir a retenção integral dos valores pagos, sob pena de o enriquecimento ilícito ser privilegiado, já que o imóvel será vendido a terceiro.

Da multa contratual por perdas e danos

Alega a recorrente que a multa de 25% deve ser majorada, pois o percentual aplicado não cobre as despesas da apelante.

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a fixação de indenização pelo comprador que, inadimplente, continua a residir no imóvel, como ilustra o seguinte julgado:

> AGRAVO REGIMENTAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INADIMPLÊNCIA PELO PROMITENTE COMPRADOR. RESCISÃO DO CONTRATO. INDENIZAÇÃO PELO USO DO IMÓVEL A PARTIR DO MOMENTO EM QUE O COMPRADOR PERMANECEU NO IMÓVEL SEM PAGAR AS PARCELAS. - É devido o pagamento de indenização pela fruição do bem a partir do momento em que o promitente comprador permanece no imóvel sem pagar as parcelas. (AgRg no AgRg no REsp n. 982176/MG, AgRg no AgRg no REsp 2007/0203652-8, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros (1096), julgado em 12.2.2008, DJ de 3.3.2008).

Tem-se admitido como razoável a retenção de até 25% (vinte e cinco por cento) dos valores referentes às prestações pagas a título de compensação por despesas administrativas inerentes ao contrato, *in verbis*.

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA PENAL. PERCENTUAL A SER RETIDO PELO PROMITENTE VENDEDOR. I- É abusiva a cláusula que fixa a multa pelo descumprimento do contrato com base não no valor das prestações pagas, mas, no valor do imóvel, onerando demasiadamente o devedor. II- Em caso de resilição unilateral do compromisso de compra e venda, por iniciativa do devedor, é permitida a retenção de 25% do valor das prestações pagas, pela alienante, a título de ressarcimento com as despesas administrativas do contrato. Agravo improvido. (AgRg no ED no Ag n. 664744/MG, AgRg no ED no Ag n. 2005/0037080-8, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti (1137), julgado em 26.8.2008, DJ de 11.9.2008).
>
> CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPRA E VENDA. CONTRATO. PROMESSA. RESCISÃO UNILATERAL. PROMITENTE COMPRADOR. CDC. INCIDÊNCIA. RETENSÃO. ADMISSIBILIDADE. PERCENTUAL. 25% (VINTE E CINCO POR CENTO). RAZOABILIDADE. DESPROVIMENTO. (AgRg no Ag n. 1118816/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 18.8.2009, DJ de 5.10.2009).
>
> DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. RETENÇÃO DE DESPESAS DE COMERCIALIZAÇÃO.
>
> I - Nos casos de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, há firmada jurisprudência desta Corte, no sentido do cabimento da retenção pelo promitente-vendedor de 25% (vinte e cinco por cento) da totalidade dos valores adimplidos pelo promissário-comprador, como forma de ressarcimento pelos custos operacionais da transação. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp n. 1102562/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 4.5.2010, DJ de 25.5.2010).

Nota-se que a sentença fixou a multa em 25% do valor atualizado a título de perdas e danos, quantia esta que se mostra suficiente para ressarcir as despesas administrativas do contrato.

Por estes motivos, não acolho este pedido.

Da indenização por benfeitorias

Sustenta a apelante que a devolução dos valores referente às benfeitorias edificadas no imóvel causaria enriquecimento ilícito sem causa à apelada.

Convém lembrar que o juízo de 1º grau, ao decidir sobre a questão, fundamentou da seguinte forma:

> No que diz respeito à perda da edificação, o que implicaria obstar o direito dos réus de serem indenizados pelas benfeitorias úteis realizadas, anote-se que tal pretensão deve ser rejeitada, porquanto consubstanciaria tal medida ao enriquecimento ilícito da autora, mesmo que alegue a irregularidade da construção, em razão da má qualidade dos métodos e materiais empregados, o que não passa de mera especulação, como se pode observar das fotos juntadas por ela própria à f. 28 dos autos.
>
> Ainda que tal disparate tivesse sido expressamente pactuado, tal cláusula seria evidentemente abusiva, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, razão pela qual seria tida como nula de pleno direito, considerando o disposto no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, além de afrontar o art. 34 da Lei n. 6.766/79.
>
> [...]

> Desse modo, indevida a retenção pela autora do imóvel construído sobre o terreno objeto do contrato em discussão, cujo valor dependerá de avaliação a ser realizada em regular liquidação de sentença.

O artigo 1.219 do Código Civil reconhece o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, no caso do possuidor de boa-fé, além do direito de retenção.

Como visto, tem direito a apelada à indenização dos valores referentes às benfeitorias, a fim de que não haja o enriquecimento sem justa causa do vendedor.

Sem razão, portanto, a apelante.

Correção monetária

Outrossim, no que se refere à correção monetária, também não há reparos a ser feitos à decisão recorrida.

Observa-se que o juiz *a quo* fixou a correção pelo IGPM/FGV, mas a apelante requer que a aplicação seja feita na variação da poupança.

Primeiramente, vale lembrar que a correção monetária tem como finalidade a recomposição plena do valor real da moeda e o índice a ser aplicado deve ser o IGPM, diante da inexistência de índice oficial, por melhor refletir a variação do valor da moeda, assim, não há ilegalidade na aplicação do IGPM/FGV, uma vez que a aplicação está em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

Por essas razões, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.028691-7 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADAS – FRAUDE – INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – CONTA ABERTA EM NOME DE PESSOA FALECIDA – DANO MORAL REFLEXO – RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

O ente responsável pela origem da dívida não pode se furtar à responsabilidade civil de sua conduta sob o pálio da fraude ou ato de terceiro, mesmo porque também atuou com negligência no momento da constituição da obrigação maculada. Assim, deve arcar com as consequências jurídicas de seu ato.

Não havendo parâmetros sólidos para a fixação do *quantum* indenizatório relativo aos danos morais, este deve ser fixado pelo julgador segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar o enriquecimento ilícito, atendendo sempre à função compensatória do ofendido e punitiva do ofensor.

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, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de novembro de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário -contra decisão proferida pelo juízo da 14ª Vara Cível, da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Reparação de Danos n. 001060585634.

Alega o apelante, em síntese, a ilegitimidade ativa de Ivanir Alves Martins para demandar indenização por danos morais, afirmando que não foram colacionados aos autos elementos probatórios capazes de comprovar a existência de união estável com o *de cujus*.

Relata que não há falar em legitimidade dos autores por "dano reflexo" decorrente das cobranças perpetradas pela instituição, quando o Boletim de Ocorrência anexado faz prova inexpugnável de que tais jamais ocorreram, e que a suposta companheira somente teve ciência da referida conta e suposta inscrição por mera consulta ao banco, e não por meio de cobranças.

Sustenta a necessidade de se declarar a carência da ação por ausência de interesse de agir dos apelados, argumentando para tanto que o dano moral detém natureza personalíssima, daí por que somente pode ser pleiteado pelo ofendido.

Deduz que a abertura de conta bancária em nome do *de cujus* não acarretou danos morais aos recorridos, visto que estes não sofreram quaisquer cobranças indevidas por parte da instituição financeira.

Arrazoa que não há falar que uma sofreria danos morais o menor, por suposta inscrição indevida do nome de seu genitor no cadastro de inadimplentes, fato esse de absoluto desconhecimento de uma criança de cinco anos na época.

Afirma que não há quaisquer documentos juntados nos autos que comprovem a cobrança contra os apelados, até porque, conforme consta do Boletim de Ocorrência de f.19, o endereço informado em contrato é desconhecido da apelada, o que revela que ela jamais poderia alcançar qualquer tipo de cobrança.

Informa que, ainda que se reconheça a existência de ilícito, este jamais seria de responsabilidade da instituição financeira, ora apelante, sendo exclusivo ato de terceiro, bem como ressalta que também não geraria danos morais, visto que é pacífico na jurisprudência que meros aborrecimentos decorrentes de fatos comuns no cotidiano não são suficientes para que seja atribuída indenização por danos morais.

Destaca que o lançamento do nome do *de cujus* nos órgãos restritivos de crédito não resultaria em dano moral, já que logicamente o *de cujus* não sofreria nenhuma restrição de crédito.

Anota 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 emocional.

Alega a necessidade de se reduzir o valor fixado a título de indenização por danos morais, sob pena de enriquecimento ilícito.

Requer o provimento do recurso para que a ação seja julgada improcedente ou, caso mantida a procedência, que seja reduzida a indenização para a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais).

O recurso foi recebido com efeitos suspensivo e devolutivo (f. 114).

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível contra decisão proferida pelo juízo da 14ª Vara Cível, da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente o pedido na ação de indenização por danos morais, movida em face do Banco do Brasil S.A., declarando a inexistência de débitos em nome de Alexsandro Vieira Martins, bem como condenando o réu ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) mais custas e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Extrai-se dos autos que o Sr. Alexsandro Vieira Martins faleceu em 9 de novembro de 2004, conforme atestado de óbito de f. 18, e que, após a sua morte, o banco apelante efetuou a abertura de uma conta corrente em nome do *de cujus* e inscreveu seu nome nos órgãos de restrição ao crédito.

Alegando que foram cobrados pela instituição financeira insistentemente, os apelados, filho e a convivente, registraram um BO e posteriormente ajuizaram a ação de Indenização por Danos Morais, a qual foi julgada procedente.

Da preliminar de ilegitimidade ativa da autora e ausência de interesse de agir.

Alega o apelante que a apelada, por não ter sido casada com o *de cujus* nem ter provado a existência de união estável, não possui legitimidade ativa para pleitear a indenização por danos morais, bem como que o apelado, filho do *de cujus,* não possui interesse de agir, visto que o dano moral é personalíssimo e não pode ser pleiteado por terceiros.

Tenho que não assiste razão ao apelante.

É que os autores, ora apelados, não litigam em nome do falecido e sim em nome próprio, de forma que, como se verá adiante, o caso em apreço trata de dano reflexo, no qual, como muito bem exposto pelo magistrado singular "*o dano atinge, ainda que de forma indireta, a órbita de direitos dos seus familiares*", ou seja, atinge seus entes queridos que tiveram de suportar as consequências danosas do ato ilícito, amargando assim, danos morais por via indireta.

A respeito do grau de parentesco da autora, entendo que não se pode restringir a ação de indenização a privilégio de parentesco, além do que, a autora, conforme explicado acima, está pleiteando o direito de ser indenizada em nome próprio e não como representante do espólio.

Desse modo, afasto as preliminares.

Passo à analise do mérito.

Está claro nos autos que a dívida que culminou na inscrição do nome do *de cujus* no rol de inadimplentes foi constituída por outra pessoa, que não o falecido.

Dessa forma, tenho entendimento firmado de que a instituição financeira não pode se furtar à responsabilidade civil de sua conduta sob o pálio da "fraude ou ato de terceiro", mesmo porque também atuou com negligência no momento da constituição da obrigação maculada. Assim, deve arcar com as consequências jurídicas de seu ato.

Quanto à alegação de que a abertura de conta corrente, concessão de crédito em nome do *de cujus* e a inscrição de seu nome no cadastro de inadimplentes não acarretaram danos morais aos apelados, já que estes não sofreram nenhum tipo de cobrança por parte da instituição financeira, melhor sorte não assiste ao apelante.

É que, conforme registrado no BO e na reportagem publicada no jornal Correio do Estado de f. 20-21, dos dados fornecidos pelo golpista para o banco quando da abertura da conta, a autora não conhecia o endereço, mas um dos telefones era o do falecido, fato este não impugnado pela apelante e que indica que realmente a autora estava sendo cobrada.

Ressalto ainda que, a autora não possui conta corrente no Banco apelante e nem o *de cujus* possuía, assim, entendo que se a apelada não estivesse sendo insistentemente cobrada, não haveria motivos para dirigir-se até a instituição financeira.

Ademais, o caso em apreço trata de dano reflexo, já que a conduta do apelante causou dano a terceiros, convivente e filho, que menos de um ano após a perda do ente querido, tiveram de lidar com a situação vexatória de ver o nome, honra e a boa-fama de seu genitor e companheiro, respectivamente, maculados por ato ilícito do banco, sendo certo ainda que tal ato interferiu intensamente no comportamento psicológico dos apelados, causando-lhes aflições, angústia e desequilíbrio emocional.

Dessa forma, o pedido indenizatório inicial é mesmo procedente, sobretudo porque os requisitos legais autorizadores da responsabilidade civil estão devidamente configurados, quais sejam, conduta culposa, dano e nexo causal entre eles.

Dito isso, em relação ao montante fixado a título de indenização, entendo que R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada apelado, constitui *quantum* capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, sem caracterizar enriquecimento ilícito, bem como de inibir que a apelante se torne reincidente, por não constituir importância vil.

Posto isso e o mais que dos autos consta, nego provimento à apelação cível interposta.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, AFASTARAM AS PRELIMINARES E 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, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 23 de novembro de 2010.

***

Primeira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2010.013082-3 - Capital
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA E ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADAS – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO – VANTAGENS INCORPORADAS – AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO AO NOVO REGIME JURÍDICO – GARANTIA DO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – ORDEM DENEGADA.

Não ocorre a decadência do direito prevista no artigo 23 da Lei n. 12.016/09, em se tratando de atos de trato sucessivo, considerando que o prazo se renova a cada ato.

Do mesmo modo, nas referidas relações de trato sucessivo, não há falar em extinção do feito decorrente da prescrição, mas, sim, em delimitação da obrigação quanto às prestações vencidas após o quinquênio anterior à propositura da demanda.

Se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se restringe a alegar sua ilegitimidade passiva, defendendo a legalidade do ato, aplica-se a teoria da encampação, o que implica a rejeição da preliminar.

Servidor público que incorporou vantagens atribuídas a cargos e funções, cujo cálculo foi desvinculado por legislação posterior, não tem direito adquirido, em virtude da estabilidade financeira, a regime remuneratório anterior, se a nova lei alcançar apenas tempos futuros e respeitar o princípio da irredutibilidade de vencimentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares, com o parecer. No mérito, denegar a segurança, contra o parecer, unânime.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Neiva Isabel Guedes, devidamente qualificada, impetra mandado de segurança com pedido liminar em face da Secretária de Estado de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul, em litisconsórcio passivo com o Estado de Mato Grosso do Sul.

Narra que, em virtude do exercício de função gratificada por mais de cinco anos ininterruptos, incorporou em seus vencimentos a vantagem pecuniária referente à Função Gratificada Símbolo DAI-1, a

partir de 8.2.1996, sob a rubrica 097, no valor de R$ 110,00 (cento e dez reais), com base no § 4º do artigo 77 da Lei n. 1.102, de 10.10.1990, posteriormente revogado.

Acrescenta que, depois de se aposentar, aos 18.2.2003, seus proventos foram compostos também com a aludida verba, no mesmo valor.

Discorre que, apesar da revogação do aludido artigo 77 pela Lei n. 1.756, de 15.7.1997, a Administração Pública estadual respeitou os atos consumados pela legislação pretérita e continuou a pagar o valor da incorporação da Função Gratificada Símbolo DAI-1, no entanto, sem qualquer reajuste do valor incorporado em março de 1996, até a impetração deste *mandamus*, acarretando-lhe graves prejuízos econômicos.

Expõe que a incidência da Lei n. 3.671, de 15.5.2009, que criou o subsídio, implicou também prejuízo econômico, pois o valor incorporado foi absorvido, em vez de constar como PCI em seus proventos.

Assevera que, por conta da reorganização da estrutura básica do Poder Executivo, levada a efeito pela Lei n. 2.152, de 26.10.2000, as Funções Gratificadas Símbolo DAI foram transformadas em CGA e, atualmente, de acordo com a aplicação da última alteração salarial instituída pela Lei n. 3.864, de 31.3.2010, o vencimento básico do cargo [em comissão Símbolo DGA-3] corresponde a R$ 1.335,60, ao qual incidindo os 40% consoante dispõe o art.11 da Lei n. 2.599, de 26 de dezembro de 2002, Anexo III, c.c. inc. III do art .2º do Dec. n. 11.075/03, implica R$ 534,24, portanto a impetrante vem sofrendo prejuízo mensalmente de R$ 424,24 (f. 6).

Afirma que, com a edição da Lei n. 2.152/2000, Estado não criou novos cargos em comissão ou função gratificada, mas apenas reorganizou sua estrutura básica, aglutinando-os com novas rubricas, inferindo que, portanto, possui direito ao reenquadramento e revisão do valor incorporado para a Função Gratificada Símbolo CGA-1.

Em juízo de cognição sumária, foi indeferido o pedido de liminar (f. 191-3).

O Estado de Mato Grosso do Sul, conjuntamente com a autoridade apontada como coatora, prestaram as informações, aduzindo, preliminarmente, a ocorrência da decadência e prescrição, bem como a ilegitimidade passiva. No mérito, aduzem que ao Poder Judiciário não é permitido prolatar decisões que importem em revisão de remuneração ou concessão de aumentos sem a manifestação do Poder Legislativo, por lei específica de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a teor da Súmula n. 339 do Supremo Tribunal Federal e dos artigos 61, § 1º, II, "a", e 37, *caput* e inciso X, da Constituição Federal; que os símbolos e tabelas criados pela nova lei não guardam correlação imediata com as atribuições anteriores. Pugnam, afinal, pela denegação da ordem, sustentando a inexistência de direito líquido e certo (f. 208-31).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares arguidas e, no mérito, pela concessão da segurança (f. 297-308).

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de mandado de segurança manejado contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no não pagamento de diferenças relativas a alterações incidentes sobre os cargos em comissão e função de confiança em razão da reestruturação administrativa advinda da Lei Estadual n. 2.152/2000.

Da Decadência

Os impetrados arguiram preliminar de decadência, que a rejeito, porque, nos atos de trato sucessivo, como o pagamento de vencimentos, prestações periódicas, o prazo se renova a cada ato.

Neste diapasão, é a lição que se extrai do escólio de Hely Lopes Meirelles, *in verbis:*

> É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito do impetrante, salvo se a lei ou o decreto forem de efeitos concretos, caso em que se expõem à invalidação por mandado de segurança desde o dia em que entraram em vigência.
>
> Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não corre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interessado (**Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandando de Injunção, *Habeas Corpus*, Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade e Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. 23. Ed. Editora Malheiros. p. 51-2).

Essa orientação tem sido acompanhada por este areópago. Confira-se:

> MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR ESTADUAL – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – AFASTADA – PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA – AFASTADA – INCORPORAÇÃO DA VANTAGEM PESSOAL À BASE DE CÁLCULO DE REMUNERAÇÃO – PRETENSÃO DE FAZER INCIDIR ADICIONAIS E GRATIFICAÇÕES SOBRE VANTAGEM PESSOAL – CUMULAÇÃO VEDADA – SEGURANÇA DENEGADA.
>
> Nas obrigações de trato sucessivo, o prazo para impetração do *mandamus* se renova periodicamente, mês a mês.
>
> Inexiste no ordenamento jurídico proibição expressa que impeça a impetração de mandado de segurança objetivando corrigir o vencimento base de remuneração de servidor, sendo que a vedação legal de qualquer acúmulo de vantagem é questão de mérito que serve para justificar a denegação da segurança, mas não para extinguir o processo por impossibilidade jurídica do pedido.
>
> A vantagem pessoal, instituída pela Lei n. 2.065/99, não deve integrar o vencimento-base do servidor. (MS n. 2008.025233-5, Capital, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 22.10.2008). (Destaquei).

A propósito, este é o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DE LEI. AUMENTO DE VENCIMENTOS. SÚMULA N. 339/STF. INAPLICABILIDADE. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. NÃO OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. 1. **É pacífica a orientação desta Corte Superior no sentido de que nos casos de impetração de mandado de segurança contra ato omissivo da Administração, em relação jurídica de trato sucessivo, não há falar em decadência do direito.** 2. A utilização do mandado de segurança, visando à incorporação de vantagem pessoal aos vencimentos, é possível nas hipóteses decorrentes de má interpretação de Lei quanto à forma de cálculo da remuneração dos servidores públicos. 3. Para alterar o entendimento de que as autoridades apontadas como

> coatoras têm poder de anular o ato coator, seria necessário nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado ante o óbice preconizado na Súmula n. 7/STJ. 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ, REsp n. 1.209.207, Proc n. 2010/0154582-3, AM, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 9.11.2010, DJ de 19.11.2010).
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS DA UFPB. SUPRESSÃO DE VANTAGEM SALARIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA INDICADA. DECADÊNCIA. PRELIMINARES AFASTADAS. FUNDAMENTO DE MÉRITO INATACADO, QUE SE MANTÉM.
>
> 1. Autoridade coatora, para fins de Mandado de Segurança, é a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. Legitimidade passiva do Superintendente de Recursos Humanos da UFPB, que determinou a supressão do pagamento de verba incorporada aos vencimentos dos impetrantes.
>
> 2. Em se tratando de prestação de trato sucessivo, o prazo decadencial de 120 dias (Lei n. 1.533/51, Art. 18) renova-se periodicamente, mês a mês, a cada ato da autoridade coatora que deixa de incluir nos contra-cheques dos servidores a verba salarial correta que lhes é devida. Decadência que se afasta.
>
> 3. Restando inatacado o fundamento de mérito apresentado pelo Relator no Tribunal de origem, não há como reformar a impugnada decisão.
>
> 4. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 249642/PB, RIP n. 200000191035, Quinta Turma, Rel. Edson Vidigal, julgado em 15.6.2000, DJU de 7.8.2000, p. 146). (Destaquei).
>
> No mesmo sentido, ainda, os seguintes julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça: ROrd em MS n. 13218/PB (2001/0075717-8), Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 10.12.2002, DJU de 10.3.2003, p. 246; ROrd em MS n. 12814/GO (2001/0002200-6), Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 10.12.2002, DJU de 10.3.2003, p. 245; REsp n. 433181/DF (2002/0052187-4), Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 19.9.2002, DJU de 10.2.2003, p. 241; Ag n. 468637/PI (2002/0105304-3), Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 7.11.2002, DJU de 2.12.2002, p. 368, dentre outros.

Destarte, não há falar em decadência, razão pela qual rejeito a preliminar.

Da Prescrição

Com fulcro no mesmo argumento (relação de trato sucessivo), deve ser rejeitada a preliminar de prescrição como causa de extinção do feito, uma vez que, na hipótese de concessão de segurança em face do Poder Público, a ordem ficaria delimitada, tão somente, ao período não alcançado pelo prazo prescricional correspondente, o que não implica óbice ao direito de tutela não alcançado pela referida sanção processual.

Sobre a matéria já decidiu esta Corte. Confira-se:

> MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DE DIREITO DE AÇÃO – PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO – NO MÉRITO – REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS – RECEBIMENTO DA VANTAGEM EM DESCONFORMIDADE COM A LEI VIGENTE À ÉPOCA – SITUAÇÃO JURÍDICA PRETÉRITA – VIOLAÇÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA POR MAIORIA.

> Nas relações de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, **a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação**.
>
> Se está o servidor público recebendo o adicional por tempo de serviço em desconformidade com os parâmetros da lei vigente ao tempo em que conquistou este direito, concede-se a segurança para assegurar o percebimento da vantagem incidente sobre a remuneração, porquanto se encontra protegido pelo manto do direito adquirido. (MS n. 2002.004229-4, Capital, Rel. Des. José Benedicto de Figueiredo, julgado em 23.4.2003).

Destarte, fica rejeitada tal preliminar.

Da ilegitimidade passiva

Não assiste razão aos impetrados, quanto à alegação de serem partes ilegítimas, considerando possuírem eles legitimidade para ocupar o polo passivo, já que são competentes para eliminar eventual abuso contido nos atos apontados como ilegais.

Ademais como bem observado pelo representante do *Parquet*, *"Correta a citação apenas da Secretária de Estado de Administração, pois é a autoridade que implementa diretrizes relacionadas à classificação das carreiras, remuneração e benefícios dos servidores, estando a AGEPREV vinculada a esta secretaria. Desse modo, é a Secretaria de Estado de Administração a autoridade que terá competência para rever o ato objurgado, acatar a decisão judicial e atender a pretensão da impetrante."* (f. 299)

Não bastasse isso, aplica-se ao caso a denominada Teoria da Encampação, amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça e que, por si só, impõe o reconhecimento da legitimidade dos impetrados. Confira-se:

> 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. 29.378/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 3.9.2009, DJ de 28.9.2009).
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.
>
> 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que se aplica a Teoria da Encampação, se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se limita a argüir a sua ilegitimidade passiva e avança na defesa do ato impugnado.

3. Recurso Especial não provido. (REsp n. 874.896/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12.5.2009, DJ de 25.5.2009).

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA AFASTADA - MANUTENÇÃO DO RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA JULGAMENTO DO *MANDAMUS*.

1. **Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a *legitimatio ad causam* passiva**.

2. Afasta-se, em consequência, a preliminar de incompetência absoluta do Tribunal de Justiça para apreciar, originariamente, o mandado de segurança.

Agravo regimental improvido. (AgRg no MS n. 15.125/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5.5.2009, DJ de 19.5.2009).

MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. De acordo com a teoria da encampação, adotada por este Superior Tribunal de Justiça, a autoridade hierarquicamente superior, apontada como coatora nos autos de mandado de segurança, que defende o mérito do ato impugnado ao prestar informações, torna-se legitimada para figurar no pólo passivo do *writ*.

2. No caso em apreço, o Ministro de Estado da Justiça, ao prestar informações ao presente *mandamus*, não suscitou sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide e, além disso, adentrou ao mérito, salientando que não foi omisso no exame do requerimento de anistia protocolado pelo impetrante há quase cinco anos. Deve, portanto, ser considerado autoridade coatora, competindo ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento *writ*.

3. Embargos rejeitados. (ED no MS n. 13.545/DF, Terceira Seção, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 15.12.2008, DJ de 19.12.2008).

Ademais, ao tratar do tema da legitimidade passiva, este areópago explicitou o seguinte:

MANDADO DE SEGURANÇA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. DECADÊNCIA. PRELIMINARES REPELIDAS. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA AOS VENCIMENTOS. AUSÊNCIA DE REAJUSTE. PROVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INDEMONSTRADO. SEGURANÇA DENEGADA. Não é inepta a petição inicial quando há correlação lógica entre a causa de pedir e pedidos, tanto que os impetrados não tiveram qualquer dificuldade em prestar as informações que foram requisitadas e deduzir a respectiva defesa. Cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul fixar as políticas relacionadas com pessoal, plano de cargos e carreiras, bem como as diretrizes atinentes à remuneração e benefícios dos servidores públicos estaduais, o que não se enfeixa nas atribuições da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV, a quem cabe tão-somente administrar o Regime Próprio de Previdência do Estado de Mato Grosso do Sul (MSPREV). Não é de ser conhecida a preliminar de ausência de

> interesse processual se a matéria nela veiculada diz respeito ao próprio mérito da impetração, devendo com este ser examinada. Versando a impetração sobre pagamento indevido de salário, relativamente à gratificação incorporada aos vencimentos da impetrante, isto implica dizer que a espécie cuida de uma obrigação de trato sucessivo, eis que o pagamento da remuneração, como também dos proventos de aposentadoria, consubstancia uma obrigação mensal para os impetrados. Denega-se a segurança quando parte impetrante não se desincumbe de demonstrar a violação de seu alegado direito líquido e certo. Segurança denegada. (TJMS, MS n. 2010.010992-1, Campo Grande, Órgão Especial, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, DJ de 2.8.2010, p. 13).

Pelas razões expostas, rejeito a preliminar de ilegitimidade.

Do Mérito.

Quanto ao mérito, a impetrante sustenta que, em virtude do exercício de função gratificada por mais de cinco anos ininterruptos, incorporou em seus vencimentos à vantagem pecuniária referente à Função Gratificada Símbolo DAI-1, a partir de 8.2.1996, sob a rubrica 097, no valor de R$ 110,00 (cento e dez reais), com base no § 4º do artigo 77 da Lei n. 1.102, de 10.10.1990, posteriormente revogado.

Discorre que, apesar da revogação do aludido artigo 77 pela Lei n. 1.756, de 15.7.1997, a Administração Pública estadual respeitou os atos consumados pela legislação pretérita e continuou a pagar o valor da incorporação da Função Gratificada Símbolo DAI-1, no entanto, sem qualquer reajuste do valor incorporado em março de 1996, até a impetração deste *mandamus*, acarretando-lhe graves prejuízos econômicos.

Aduziu que, dessa forma, a Lei n. 2.152/2000 apenas reestruturou o quadro de pessoal, para se adaptar à reforma administrativa ocorrida com a Emenda Constitucional n. 19/1998, motivo pelo qual possui direito ao reenquadramento e revisão do valor incorporado para a Função Gratificada Símbolo CGA-1 e, de consequência, aos seus adicionais por incorporação de cargo e função majorados, na proporção do aumento realizado na época da edição da nova lei.

Pois bem, apesar dos argumentos expendidos, a Lei n. 2.152/2000 foi editada para reorganizar a estrutura básica do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul. A nova lei não se limitou a alterar símbolos e denominações dos cargos, pois a alteração foi estrutural. O texto do artigo 77, § 1º, inclusive, é bem claro ao dispor sobre a ausência de qualquer relação de novo cargo com cargo anterior, *in verbis*:

> Os símbolos, as denominações e os vencimentos dos cargos em comissão discriminados nos anexos I e II não têm qualquer relação, vinculação ou correlação hierárquico-funcional com os cargos em comissão correspondentes aos postos, aos cargos e às funções da estrutura organizacional reorganizada por esta Lei.

De acordo com os argumentos debatidos, a edição da Lei n. 2.152/2000 não prejudicou o padrão remuneratório da impetrante por ter conferido nova vantagem aos atuais ocupantes de cargos comissionados.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o servidor público que incorporou vantagens atribuídas a cargos e funções, cujo cálculo foi desvinculado por legislação posterior, não tem direito adquirido, em virtude da estabilidade financeira, a regime remuneratório anterior, se a nova lei alcançar apenas tempos futuros e respeitar o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Confira-se:

> EMENTA: Servidores estaduais: a jurisprudência do Supremo Tribunal não reconhece a existência de direito adquirido, em razão da estabilidade financeira, a regime remuneratório anterior, aos servidores que incorporaram vantagens atribuídas a cargos e funções cujo cálculo foi desvinculado por legislação posterior, se ditada para o futuro e respeitada a garantia da irredutibilidade de vencimentos. Precedentes. (REsp n. 226.462, Tribunal Pleno, Rel. Min.

Sepúlveda Pertence, RTJ n. 177/973; REsp n 222.480 e REsp n. 223.425, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 9.12.1998; Ag n. 465.090, Primeira Turma, Rel Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.4.2004). (REsp n. 526212, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 14.8.2007, DJ n. 101, DIVULG 13.9.2007, PUBLIC 14.9.2007, DJ 14.9.2007, PP-00042 EMENT VOL-02289-06, PP-1015). (Sublinhei).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ALTERAÇÃO NA FORMA DE COMPOSIÇÃO SALARIAL. LEI ESTADUAL N. 14.683/03. DIREITO ADQUIRIDO. REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico-funcional pertinente à composição dos vencimentos ou à permanência do regime legal de reajuste de vantagem, desde que eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração, não acarretando decesso de caráter pecuniário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (Ag Rg no RExtra 602029, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 2.2.2010, DJ n. 035 DIVULG 25.2.2010, PUBLIC 26.2.2010, EMENT VOL-02391-10, PP-02150). (Sublinhei).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ESTABILIDADE FINANCEIRA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI QUE DESVINCULA A VANTAGEM DA REMUNERAÇÃO DO CARGO EM QUE SE DEU A INCORPORAÇÃO, PARA SUJEITÁ-LA AOS CRITÉRIOS DAS REVISÕES GERAIS DO FUNCIONALISMO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO.

É legítimo que por lei superveniente, sem ofensa a direito adquirido, o cálculo da vantagem seja desvinculado, para o futuro, dos vencimentos do cargo em comissão outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo. Ademais, não havendo 'decesso de remuneração', não cabe a invocação da garantia da irredutibilidade de vencimentos. Precedente: RExtra n. 233.958, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 17.9.1999.' (AgRg em RExtra n. 465.090, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.4.2004). Outros precedentes: AgR em RExtra n. 423.886, Rel. Min. Carlos Velloso; AgRg em RExtra n. 358.788, Rel. Min. Nelson Jobim; AgRg em RExtra n. 235.299, Relª. Minª. Ellen Gracie; AgRg em RExtra n. 288.374, Rel. Min. Cezar Peluso; e AgRg em RExtra n. 384.903, Rel. Min. Eros Grau. Agravo Regimental desprovido. (AgRg em RExtra n. 446767, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 30.8.2005, DJ de 3.3.2006, PP-00072, EMENT VOL-02223-04, PP-00658).

Servidor Público: 'estabilidade financeira': a constitucionalidade das leis que a instituem — que tem sido afirmada pelo STF (ADIn n. 1.264, Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 27.5.1995, Lex 203/39; ADIn n. 1.279, julgado em 27.9.1995, M. Correa) — **não ilide a plausibilidade do entendimento de ser legítimo que, mediante lei, o cálculo da vantagem seja desvinculado, para o futuro, dos vencimentos do cargo em comissão outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo.** (AgRg em SS 844, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.9.1996). No mesmo sentido: REsp n. 407.745, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 7.10.2005. (destaquei).

No mesmo diapasão, em caso análogo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VANTAGEM NOMINALMENTE IDENTIFICÁVEL. AUMENTO NAS MESMAS DATAS E ÍNDICES DOS REAJUSTES DO CARGO EFETIVO. POSSIBILIDADE APENAS NO PERÍODO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL n. 323/06. RECURSO NÃO

PROVIDO. 1. **Resguardada a irredutibilidade de vencimentos e proventos, não possuem os servidores públicos direito adquirido a regime de remuneração.** 2. Somente a partir da edição da Lei Complementar n. 323/06 do Estado de Santa Catarina, publicada em março de 2006, é que foi restabelecida a previsão de aumento da Vantagem Nominalmente Identificável - VNI paga aos servidores públicos estaduais nas mesmas datas e índices dos reajustes do cargo efetivo. Desta forma, inviável a pretensão da recorrente de obter reajuste de 13,91% no valor da VNI em decorrência da incorporação do abono salarial de R$ 50,00 efetivada pela Lei Complementar Estadual n. 304/05 em agosto de 2005. Precedentes do STJ. 3. Recurso ordinário não provido. (STJ, MS n. 32.678, Proc. n. 2010/0135590-5, SC, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 4.11.2010, DJ de 12.11.2010).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 280/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento acerca da legalidade da reestruturação administrativa que altera o enquadramento de servidores inativos, desde que respeitada a irredutibilidade dos vencimentos.

2. A análise da redução dos vencimentos em recurso especial demandaria interpretação da Lei Estadual n. 2.152/00, o que é vedado diante da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal, de maneira que incide o disposto na Súmula n. 280/STF.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 814.163/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 17.4.2007, DJ de 14.5.2007, p. 382). (Sublinhei).

De igual modo, a questão foi apreciada várias vezes por este Tribunal de Justiça que, em sintonia com a jurisprudência dos tribunais superiores, assentou o seguinte:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. REVISÃO DE INCORPORAÇÃO DEFINITIVA. LEI ESTADUAL N. 2.152/2000. CARGO NOVO QUE NÃO PERMANECE COM AS MESMAS ATRIBUIÇÕES DO ANTIGO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO NÃO TEM DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE DIFERENÇA SALARIAL INDEVIDO. PREVALÊNCIA DO VOTO MINORITÁRIO. RECURSO PROVIDO. **Os servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico, razão pela qual não possuem razão de pleitear o pagamento retroativo de diferenças de verbas de incorporação de cargo comissionado, os quais passaram por reestruturação integral ante o advento da Lei n. 2.152/00.** (TJMS, EI em AC n. 2009.018658-9/0002-00, Campo Grande, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, DJ de 17.9.2010, p. 16).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. INCORPORAÇÃO PREVISTA NO ART. 77 DA LEI N. 1.102/1990. LEI ESTADUAL N. 2.152/2000. REENQUADRAMENTO. TRANSFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NOS MOLDES DE CARGOS EM COMISSÃO. SERVIDOR PÚBLICO NÃO POSSUI DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. **A incorporação definitiva de gratificação não garante ao servidor o aumento concedido em face de Lei que não apenas transforma os cargos existentes, mas cria novos cargos, com a alteração das atribuições.** (TJMS, AC n. 2008.014317-7, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, DJ de 3.5.2010, p. 25).

APELAÇÃO CÍVEL – REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS – INCORPORAÇÃO DEFINITIVA DOS PROVENTOS REFERENTES AO CARGO DE CONFIANÇA – LEI ESTADUAL N. 2.152/00 – REESTRUTURAÇÃO DE CARGOS – EXTINÇÃO E CRIAÇÃO DE NOVAS FUNÇÕES E CARGOS.

A incorporação definitiva de gratificação não garante ao servidor o aumento concedido em face de lei que não apenas transforma os cargos existentes, mas cria novos cargos, com a alteração das atribuições. (AC n. 2007.033298-4, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 8.4.2008).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR JULGAMENTO ANTECIPADO E SENTENÇA *EXTRA PETITA* – AFASTADAS – REVISÃO DE GRATIFICAÇÃO INCORPORADA – LEIS ESTADUAIS N. 2.152/2000 E N. 2.599/2002 – RECURSO IMPROVIDO.

Estando os autos sobejamente instruídos com provas necessárias ao deslinde da ação é dever do juiz, não mera faculdade, julgar antecipadamente a lide.

Não se configura como *extra petita* a sentença proferida em estrita observância à pretensão exposta na inicial.

Os servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico, motivo pelo qual não possuem razão de pleitear o pagamento retroativo de diferenças de verbas de incorporação de cargo comissionado, os quais passaram por reestruturação integral com o advento da Lei n. 2.152/00. (AC n. 2008.003981-6, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 2.3.2010). (Sublinhei).

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PRETENSÃO DOS AUTORES EM RECEBER AUMENTO SALARIAL DE ACORDO COM A MAJORAÇÃO DOS VENCIMENTOS DOS NOVOS CARGOS EM COMISSÃO INSTITUÍDOS PELA LEI ESTADUAL N. 2.152/00 – DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO IMPROVIDO.

Nega-se provimento ao agravo regimental se as razões do recurso não alteram o entendimento anterior.

A Lei n. 2.152/00 promoveu uma reestruturação administrativa dos órgãos do Poder Executivo, criando e extinguindo cargos, sem guardar qualquer similitude de atribuições com os antigos cargos, conforme previsto no seu artigo 77, § 1º, portanto, fica afastada a possibilidade de que a gratificação de confiança incorporada na remuneração com base na Lei n. 1.102/90 passe a ser calculada com amparo naquela devida ao ocupante de novo cargo estabelecido pela Lei n. 2.152/00. (AgRg em AC n. 2009.032883-3/0001-00, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 2.2.2010). (Sublinhei).

MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE INCORPORAÇÃO DEFINITIVA. REENQUADRAMENTO DE SERVIDOR. LEI ESTADUAL N. 2.152 DE 26.10.2000. Ausência de direito líquido e certo dos impetrantes por não haver correlação de atribuições entre os cargos extintos com os criados pela Lei Estadual. Funcionário público não tem direito adquirido a regime jurídico-administrativo. Segurança denegada. (TJMS, MS n. 2003.000008-9, Tribunal Pleno, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 21.6.2006, DJ de 2.8.2006).

Por conseguinte, ante a inexistência de violação a direito líquido e certo, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES, COM O PARECER. NO MÉRITO, DENEGARAM A SEGURANÇA, CONTRA O PARECER, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2010.

***

Segunda Turma Cível
Conflito de Competência n. 2010.016550-3 - Campo Grande
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – REVISIONAL DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL EXTINTA POR SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO – SÚMULA N. 235 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONEXÃO – INOCORRÊNCIA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

Não se verificando nenhuma identidade quanto ao objeto ou a causa de pedir, não há falar em conexão para efeito de julgamento conjunto das demandas.

Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitante da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande para julgamento da ação indenizatória.

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 com o parecer, conhecer e declarar competente o Juízo de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

Campo Grande, 9 de novembro de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

O Juiz de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, com suporte no artigo 118, inciso I, do Código de Processo Civil, suscita Conflito Negativo de Competência em face do Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da mesma Comarca, para apreciar e julgar a ação de indenização por danos morais ajuizada por Izaias Pereira dos Santos em face do Banco Finasa S.A.

Narra o suscitante que há conexão entre a ação de indenização por danos morais e a ação de revisão contratual em trâmite na 5ª Vara Cível de Campo Grande, por existir identidade entre os pedidos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do conflito suscitado.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Observa-se que Isaias Pereira dos Santos propôs ação de revisão contratual em desfavor do Banco Finasa S.A., objetivando rever cláusulas do contrato de alienação fiduciária, que foi distribuída à 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

Naquela ação foi deferido pelo juízo suscitado o pedido do consumidor para antecipar os efeitos da tutela, a fim de que o seu nome não fosse inscrito nos órgãos de proteção ao crédito (f. 37-9).

Todavia, alegando o descumprimento da decisão antecipatória, ingressou com ação de indenização por danos morais em face do Banco Finasa S.A., sob o fundamento de que a instituição desacatou a ordem judicial e enviou seu nome para o rol dos devedores (f. 7-27).

A ação indenizatória foi distribuída por vinculação ao juízo suscitado, que determinou a redistribuição dos autos a uma das Varas Cíveis Residuais da Comarca de Campo Grande, aduzindo para tanto o seguinte:

> A presente ação foi distribuída a este Juízo pelo Cartório Distribuidor com a justificativa de suspeita de repetição de ação, em virtude da existência da ação Declaratória n. 001.08.377804-8, que tem as mesmas partes.
>
> Ocorre que não há nenhuma justificativa para essa distribuição vinculada SOMENTE pelo fato de identidade de partes, ferindo o princípio do Juiz natural e a livre distribuição por sorteio entre os Juízes, nos termos dos arts. 251 e 252, do CPC.
>
> Os casos de distribuição por dependência estão previstos no art. 253, do CPC e os de conexão, continência e litispendência nos arts. 102 a 111 e 301, § 1º, 2º e 3º, do mesmo diploma processual, não se enquadrando no presente caso, nenhuma das hipóteses acima.
>
> O objeto da presente ação é diverso do que está em discussão no processo n. 001.08.377804-8, não se justificando a distribuição para este Juízo.
>
> Assim, remetam-se os presentes autos para o Cartório Distribuidor para que proceda a livre distribuição entre as Varas Cíveis residuais desta comarca e tomem medidas para corrigir tal procedimento contrário às normas legais. (f. 47)

Diante disso, os autos foram redistribuídos para a 11ª Vara Cível de Campo Grande, que suscitou conflito negativo de competência, *in verbis*:

> Isaias Pereira dos Santos já qualificado na inicial, ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais, contra o Banco Finasa S/A.
>
> Busca o autor a exclusão de seu nome dos órgãos de proteção ao crédito que foram inseridos indevidamente pelo requerido, bem como a condenação do Banco em danos morais e materiais.
>
> Distribuída a ação ao juízo da 5ª Vara Cível desta comarca o MM. Juiz determinou a redistribuição do feito, pois não havia conexão com os autos n. 001.08.377804-8 em tramite naquela Vara. (f. 42).
>
> Vindo os autos em redistribuição para esta Vara, foi determinado o retorno dos autos a 5ª Vara Cível conforme decisão de f. 44-45.
>
> Assim, este juízo devolveu os autos, aquela vara.
>
> Entretanto às f. 48 o juízo da 5ª Vara Cível determinou a remessa dos autos a esse juízo.
>
> Com todo respeito à decisão do magistrado, a permanência do presente processo neste juízo em razão da Ação Declaratória (processo n. 001.08.377804-8) não pode prosperar, uma vez que, ao contrário do que alega o i. Magistrado daquele juízo há sim conexão.

De efeito, a remessa dos autos para julgamento conjunto com o feito que tramita perante a 5ª Vara Cível não foi apenas por identidade das partes.

Sucede que a alegação feita na inicial é de que o descumprimento da determinação emanada naquele processo que corre junto ao juízo da 5ª Vara Cível é que lhe está causando danos morais.

Ora, evidentemente que se naqueles autos se chegar a conclusão de que a liminar é indevida poderá ocorrer nítida influência no exame de mérito deste feito.

Ademais, há grande similitude, senão identidade entre o pedido de antecipação de tutela feito nestes autos e o dos autos da 5ª Vara Cível.

De efeito, analisando-se o pedido do autor constata-se que o mesmo alega que em 29.5.2009 foi prolatada decisão que deferiu a antecipação de tutela para que o banco se abstivesse de lançar o nome do autor nos órgãos de proteção ao credito - cópia em anexo.

Reclama que esta decisão não foi observada e pede, a título antecipatório agora, justamente que "a requerida de imediato cancele ou se abstenha de inscrever do nome do autor em cartórios de protesto, SPC e SERASA.

Ora, há identidade evidente entre os pedidos.

Não bastasse, na lição de Nelson Nery Junior:

Para existir conexão, basta que a causa de pedir em apenas uma de suas manifestações seja igual nas duas ou mais ações. Existindo duas ações fundadas no mesmo contrato, onde se alega o inadimplemento na primeira e a nulidade de cláusula na segunda, há conexão. A causa de pedir remota (contrato) é igual em ambas as ações, embora a causa de pedir próxima (lesão, inadimplemento), seja diferente.

[...]

O objetivo da norma inserta no CPC 103, bem como no CPC 106, é evitar decisões contraditórias, por isso a indagação sobre o objeto ou a causa de pedir, que o artigo por primeiro que seja comum, deve ser entendida em termos, não se exigindo a perfeita identidade, senão que haja um liame que os faça passíveis de decisão unificada (Ement STJ 4, 462, 180/181). (NERY, Nelson Junior. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 312-3).

Assim, forte no artigo 106 do Código de Processo Civil, suscito ao presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, conflito de competência.

Oficie-se ao Egrégio Tribunal de Justiça, acompanhando-se cópia integral dos presentes autos inclusive desta manifestação. (f. 56-8).

Ocorre que a ação revisional, em trâmite na 5ª Vara Cível, foi extinta por sentença homologatória de transação (f. 70), o que impede a reunião dos processos, pois não há conexão de processos quando um deles já foi julgado, neste sentido é o teor da Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: *"A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado."*

Nota-se também que a competência para o julgamento da ação de indenização por danos morais é do juízo suscitante, pois não há conexão entre o pedido indenizatório e o de revisão de cláusulas contratuais, mesmo que o alegado dano moral tenha surgido em decorrência do descumprimento de decisão proferida nos autos da ação revisional.

Ao tratar da conexão, dispõe o art. 103 do Código de Processo Civil:

> Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Assim, segundo o regramento, verificar-se-á a conexão quando houver identidade entre os elementos objetivos de duas ou mais demandas.

Desse modo, embora se trate de instituto de direito instrumental, a conexão deve ser examinada sob o prisma do direito material posto em contenda, a fim de que daí se extraia a consequência processual prevista no art. 105 do Código de Processo Civil, consistente na reunião dos processos para julgamento conjunto, com vistas a prevenir a disparidade de pronunciamentos judiciais sobre a mesma relação jurídica debatida.

Contudo, não se detecta, no presente caso, nenhuma correlação objetiva entre as demandas em questão, seja no que se refere ao objeto litigioso, seja no que tange à causa de pedir.

Segundo a doutrina majoritária, convencionou-se identificar o objeto litigioso com aquilo que se pretende alcançar com o provimento jurisdicional pleiteado, ou seja, a própria providência de mérito almejada (*meritum causae*).

Sobre o tema, os escólios de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

> Através da demanda, formula a parte um pedido, cujo teor determina o objeto do litígio e, conseqüentemente, o âmbito dentro do qual toca ao órgão judicial decidir a lide (art. 128) (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 10).

Divide-se, outrossim, em objeto mediato e objeto imediato, sendo o objeto mediato o bem jurídico que se visa a alcançar ou proteger, e o imediato, a resposta judicial correspondente.

De outro norte, a causa de pedir compõe-se pelos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, desmembrando-se, assim, em causa de pedir remota e causa de pedir próxima, respectivamente.

Nesse sentido, o dilucidar de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI:

> Inferida, da exposição da causa de pedir remota, a relação fático-jurídica existente entre as partes, a '*causa petendi proxima*' (ou geral) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada "in *statu assertionis*', à previsão abstrata, contida no ordenamento jurídico positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata seqüência, a materialização, no pedido, da conseqüência jurídica alvitrada pelo autor. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 155)

Observa-se que inexiste conexão entre a ação de rescisão contratual e a de indenização por danos morais, pois aquela tem como objetivo a exclusão de cláusulas abusivas, já esta diz respeito ao pedido de dano moral decorrente da indevida inserção do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito.

Assim, a rejeição do pedido do presente conflito é medida que se impõe, uma vez que não haverá risco de se proferir decisões contraditórias, porquanto a ação revisional foi extinta por sentença e não há identidade de objeto entre as demandas.

Em face do exposto, de acordo com o parecer ministerial, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, o suscitante, para conhecer da ação de indenização codificada sob o n. 001.09.066398-6.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONHECERAM E DECLARARAM COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE.

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 Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 9 de novembro de 2010.

***

Primeira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2010.024742-7 - Capital
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – DECADÊNCIA – PRAZO CONTADO DA EFETIVA LESÃO AO DIREITO – PRELIMINAR REJEITADA – CERTIDÃO POSITIVA DE DEMANDA CÍVEL – EXCLUSÃO DE CANDIDATO – CRITÉRIO NÃO RAZOÁVEL – ORDEM CONCEDIDA.

O prazo para impetração do mandado de segurança não se conta da publicação do edital do concurso, mas do conhecimento do ato pelo qual se concretiza a ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

A conduta da comissão do concurso público ao indeferir matrícula de candidato, sob fundamento de existir uma única demanda cível em seu desfavor, representa afronta ao princípio implícito da razoabilidade, o que configura ato ilegal do Poder Público e ferimento ao direito líquido e certo do administrado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Alan Barboza Maciel, devidamente qualificado, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração, Diretor-Presidente da Fundação Escola de Governo do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no ato de recusa de sua matrícula no curso de formação de soldados da Polícia Militar do Estado. (f. 25)

Sustenta, em síntese, que o seu direito líquido e certo advém da sua aprovação em todas as etapas do concurso público e apresentação da documentação necessária para inscrição no curso de formação; aduz que a existência de uma demanda cível (ação monitória) proposta por instituição de ensino não pode se prestar para atestar sua incapacidade para o exercício da atividade de policial militar, por ausência de idoneidade moral, pois se refere à cobrança de mensalidades estudantis em atraso, por ele consideradas indevidas.

Pediu a concessão de liminar, a fim de ser admitido no curso de formação, suspendendo-se os efeitos do ato que indeferiu sua matrícula.

Foi-lhe deferida a liminar (f. 46-8) para determinar às autoridades coatoras que possibilitassem a sua matrícula no curso de formação, a qual foi mantida, por unanimidade, em decisão proferida nos autos do Agravo Regimental n. 2010.024742-7/0001.00, conforme consta da certidão de f. 80.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou suas informações (f. 63-79), suscitando, em preliminar, a decadência do direito do impetrante, sob o argumento de que, em se tratando de impugnação ao conteúdo do edital, o termo inicial do prazo para impetração do *mandamus* seria a publicação deste, e não da data em que o candidato tomou conhecimento do resultado desfavorável. No mérito, pugna pela denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo afastamento da preliminar de decadência e, no mérito, pela concessão da segurança (f. 84-90).

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de remédio manejado com o escopo de obter uma ordem judicial para que seja anulado o ato coator que indeferiu a inscrição de candidato em curso de formação para a carreira de policial militar.

Da Decadência

A argumentação expendida pelo Estado de Mato Grosso do Sul não prospera, haja vista que o *mandamus* foi protocolado dentro do lapso acobertado pela Lei n. 1.533/51, em seu artigo 18, isto é, antes de findar os 120 (cento e vinte) dias permitidos pelo ordenamento jurídico vigente para a impetração do *writ*.

Vale ressaltar que referida norma foi corroborada pelo novo regramento do Mandado de Segurança, é o que se observa dos termos do artigo 23 da Lei n. 12.016, de 7.8.2009, *in verbis*:

> Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Vê-se que foi somente a partir do momento em que foi obstada a inscrição do impetrante no curso de formação (f. 25), em 3 de agosto de 2010, que tomou ciência da violação a seu direito, surgindo daí a sua pretensão, uma vez que, até então, vinha participando do certame. A segurança foi impetrada no dia 4.8.2010, quando não decorrido o prazo peremptório de 120 dias (*vide* protocolo de f. 2).

Assim, no tocante à alegação de decadência, não cabe razão ao impetrado, pois o impetrante não se investe contra o edital, porém contra a conduta praticada posteriormente à sua convocação para matricular-se no curso de formação de Soldado Policial Militar.

Este Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que, em tal hipótese, o prazo decadencial flui do ato que certifica o não preenchimento do requisito editalício. Confira-se:

> MANDADO SEGURANÇA – NÃO RECEBIMENTO DOCUMENTOS PARA MATRÍCULA NO CURSO DE FORMAÇÃO/SOLDADO PM – MOTIVO IDADE – DECADÊNCIA – AFASTADA – COMPROVAÇÃO DO REQUISITO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO – CONCESSÃO.
>
> Não sendo questionado isoladamente os critérios estabelecidos no edital do concurso público, mas sim o ato certificatório de que não preenchia o requisito nele previsto, afasta-se a alegada decadência.

Caracterizada a ilegalidade do ato administrativo que reconheceu como não comprovado o requisito exigido no edital correspondente à idade da impetrante, resta violado o seu direito líquido e certo de ser matriculada no Curso de Formação de Soldado PM. (MS n. 2010.014896-1, Capital, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 5.7.2010).

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CURSO DE FORMAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR – INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA – CURSO DE FORMAÇÃO – LIMITE DE IDADE – DECADÊNCIA – NÃO CARACTERIZADA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

O prazo decadencial para impetração do mandado de segurança inicia-se com o ato administrativo que indeferiu a matrícula, ou seja, a partir da data em que a autoridade fez incidir a exigência. Decadência afastada. (AC n. 2009.012281-5, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 17.5.2010).

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO REJEITADAS – PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA AFASTADA – MÉRITO – LIMITAÇÃO DE IDADE PARA INGRESSO NA CARREIRA DA POLÍCIA MILITAR FIXADA NO EDITAL – AUSÊNCIA DE LEI QUE ESTIPULE TAL REQUISITO – ILEGALIDADE DO INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA DO IMPETRANTE APELADO QUE POSSUI MAIS DE 30 ANOS – APROVAÇÃO DO CANDIDATO NO CURSO DE FORMAÇÃO QUE AUTORIZA A AUTOMÁTICA NOMEAÇÃO E POSSE – SENTENÇA OBJETO DE REEXAME E APELAÇÃO INTEGRALMENTE MANTIDA.

Demonstrado que as autoridades apontadas como coatoras praticaram o ato impugnado no mandado de segurança, tem elas legitimidade passiva *ad causam*, rejeitando-se, ainda, a preliminar de incompetência do juízo em razão de as autoridades impetradas não possuírem foro privilegiado no Tribunal de Justiça local.

O prazo para a impetração do mandado de segurança não se conta da publicação do edital do concurso, mas do conhecimento do ato pelo qual se concretiza a ofensa a direito líquido e certo do impetrante. Assim, demonstrado que não restou expirado o prazo de cento e vinte dias, contados a partir do ato que indeferiu a matrícula, rejeita-se a decadência

Ante a ausência de Lei Estadual que fixe limite mínimo e máximo etário para os candidatos ao concurso público para ingresso no Curso de Formação de Soldados do Grupo Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, é ilegal o ato das autoridades coatoras que, baseado em norma do Edital e do Decreto Estadual n. 9.954/2000, indeferem a inscrição dos impetrantes ao referido certame por motivo de idade, já que tais espécies normativas não podem ser consideradas Lei em sentido estrito, na forma como exigem os artigos 37, I; 39, § 3º; 42, § 1º; e 142, § 3º, X; da Constituição Federal.

Se o impetrante obteve o direito, via mandado de segurança, de participar do Curso de Formação de Soldado PMMS, a sua conclusão com aproveitamento importa na nomeação e posse para o referido cargo, diante da constatação da existência de vagas e da necessidade do preenchimento destas, devendo somente ser respeitada a ordem de classificação.

Recursos conhecidos e improvidos. (AC n. 2009.031297-1, Três Lagoas, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 4.3.2010). (Destaquei).

> APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CURSO DE FORMAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR – INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA – CURSO DE FORMAÇÃO – LIMITE DE IDADE – DECADÊNCIA – NÃO CARACTERIZADA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.
>
> O prazo decadencial para impetração do mandado de segurança inicia-se com o ato administrativo que indeferiu a matrícula, ou seja, a partir da data em que a autoridade fez incidir a exigência. Decadência afastada. (AC n. 2009.012281-5, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 17.5.2010).

Nesse mesmo sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DEFICIENTE VISUAL. VISÃO MONOCULAR. EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO DA RESERVA DE VAGA. ILEGALIDADE.
>
> I - O prazo para a impetração do *mandamus* começa a ser contado da ciência pelo interessado do ato que efetivamente lhe feriu o direito líquido e certo.
>
> II - A visão monocular constitui motivo suficiente para reconhecer ao recorrente o direito às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes deste e. Tribunal, bem como do Pretório Excelso.
>
> Agravo regimental desprovido. (AgRg no MS n. 26.105/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 30.5.2008, DJ de 30.6.2008).

Assim, não é da data da publicação do edital de abertura do concurso que se deve contar o prazo decadencial, mas sim do ato concreto que, com base naquelas regras, efetiva a lesão ao direito do impetrante.

Neste diapasão, é a lição que se extrai do escólio de Hely Lopes Meirelles, *in verbis:*

> É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito do impetrante, salvo se a lei ou o decreto forem de efeitos concretos, caso em que se expõem à invalidação por mandado de segurança desde o dia em que entraram em vigência.
>
> Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não corre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interessado. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandando de Injunção, *Habeas Corpus*, Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade e Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51-2).

Destarte, não há falar em decadência, razão pela qual rejeito a preliminar.

Do Mérito

Em suas informações, as autoridades apontadas como coatoras sustentaram a legalidade do ato atacado, aduzindo que a exigência de submissão do candidato a investigação social encontra-se prevista na legislação estadual, bem como no edital; que a exigência da certidão negativa dos cartórios cíveis e criminais se constitui ato vinculado da Administração, sobressaindo, daí, a inexistência do direito líquido e certo do impetrante

Pois bem, analisando a questão sob exame, constata-se que houve tolhimento a direito líquido e certo do impetrante, em se ver inscrito no curso de formação de soldado, mesmo após a sua aprovação em todas as

etapas do certame, por não ser razoável que a existência de uma simples ação monitória contra o impetrante implique sua incapacidade para o exercício da atividade a que se propõe.

Observa-se que não se está a discutir a legalidade da exigência de certidões negativas prevista no edital, porém, a legalidade da exclusão do candidato baseado em uma certidão positiva de demanda cível.

Em outras palavras, o objeto de cognição circunscreve-se não na legalidade da exigência de apresentação de certidões que, até foi cumprida pelo candidato, mas sim na razoabilidade do ato que, em decorrência da análise dessas certidões, concluiu pelo indeferimento da sua inscrição, aprovado que foi em todas as etapas anteriores no curso de formação para soldado da polícia militar.

É cediço que o administrador não poderá jamais possuir uma discricionariedade absoluta nessa análise, uma vez que seus atos estão sempre sob o crivo da legalidade.

Na verdade, mesmo que aparentemente as autoridades tenham agido dentro dos limites do edital, não é razoável que a simples existência de uma certidão positiva, apontando ter contra o candidato uma ação monitória concernente a um débito de mensalidades, cuja credora é uma universidade, represente uma nódoa em sua conduta social, tornando-o inapto para o exercício do cargo.

O princípio da razoabilidade é reconhecidamente aplicado no ordenamento jurídico, sendo comumente utilizado em conjunto com o princípio da proporcionalidade, como supedâneo das decisões do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

> Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade vêm sendo freqüentemente utilizados pelo STF no controle de constitucionalidade de leis.
>
> No âmbito do direito administrativo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram aplicação especialmente no que concerne à prática de atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposição de sanções administrativas.
>
> [...]
>
> Nesse aspecto é que assumem relevância os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, apontados pela doutrina, sem exceção, como as maiores limitações ao Poder discricionário da Administração. Por meio desses princípios, impõem-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se os aspectos de controle do ato administrativo realizado pelo Poder Judiciário (**Direito Administrativo**. Ed. Impetus, 2006. p.126).

Nessa trilha, o princípio da razoabilidade emerge como princípio implícito da Administração Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina, ao abordar o princípio da razoabilidade, que a Administração deve pautar-se dentro de critérios aceitáveis sob a óptica racional. Veja-se:

> [...] a Administração, ao atuar no exercício de descrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada.
>
> Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discrição) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas, Não Significa, como é evidente,

> que lhe haja outorgado poder de agir ao sabor exclusivo de seu libido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Ed. Malheiros, 2004. p. 99).

Outro aspecto a ser considerado e que vem corroborar a ilegalidade do ato atacado, é o fato de que nem sequer ter havido proferimento de sentença na demanda mencionada. Ademais, como bem observado no parecer ministerial: *"Ao que tudo indica, a ação anteriormente informada representa fato isolado na vida do impetrante, não se mostrando, por si só, suficiente para considerar que seu perfil moral não se adéqua àquele desejado para um integrante da Polícia Militar. Ainda que se admita a procedência, considerando-o devedor das mensalidades em atraso, tal fato, a nosso ver, em nada desabonaria a reputação moral do impetrante."* (f. 89)

Por conseguinte, não remanesce nenhum indício ou alegação que justifique a manutenção do indeferimento da inscrição em prejuízo a direito líquido e certo de candidato que foi aprovado em todas as fases do certame.

A propósito, ao analisar caso análogo, este areópago já decidiu o seguinte:

> MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE COATORA INDICADA CORRETAMENTE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO PREJUDICADA DECADÊNCIA NÃO VISLUMBRADA. PRAZO INICIADO COM A LESÃO EFETIVA. PRELIMINARES AFASTADAS. MÉRITO. CERTIDÃO CÍVEL POSITIVA. ÚNICA AÇÃO. INIDONEIDADE NÃO COMPROVADA PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA FINALIDADE MALFERIDOS. ORDEM CONCEDIDA. Não há falar em ilegitimidade passiva quando a autoridade apontada como coatora é aquela que concretamente decidiu pela prática do ato. A contagem do prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do mandado de segurança tem início a partir de quando se torna operante ou exequível o ato impugnado, ou seja, a partir de quando seja capaz de gerar lesão ao direito do impetrante. **A exigência editalícia de certidões da vida pregressa do candidato tem por objetivo a investigação do comportamento social e atestar a idoneidade moral. Todavia, a existência de ação de execução de alimentos já quitada e arquivada, declinando fato isolado de ordem cível na vida do candidato, não se mostra, por si só, suficiente para indeferir a matrícula. Desarrazoado, portanto, o óbice que sequer persiste.** (TJMS, MS n. 2009.007787-1, Fátima do Sul, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, DJ de 13.7.2009, p. 14).

> MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. AFASTADA. NULIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE NEGOU MATRÍCULA NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO POR TER DÉBITO FISCAL PARCELADO DE POUCA MONTA. ACOLHIDA. ORDEM CONCEDIDA. Se foi negada matrícula no curso de formação de soldado em razão de haver execução fiscal em face do candidato, é deste ato que se abre a contagem do prazo decadencial por ser o ato coator, e não da regra do edital que embasou tal decisão administrativa. A exclusão do concurso de quem tem débito fiscal parcelado de pouca monta (R$ 533,09) se revela desarrazoada, porque não significa dizer que por isso não tenha idoneidade moral. Ademais, se a Lei Complementar n. 53/90 em seu art. 12 exige idoneidade moral para matrícula no referido curso, **revela-se desarrazoada a exigência editalícia de exclusão pura e simples diante de toda e qualquer certidão positiva, já que a Lei impõe a análise de caso a caso.** Portanto, ausente qualquer violação ao inciso I e inciso II do art. 37 e § 3º do art. 39, todos da CF/88. (TJMS, MS n. 2008.029355-1, Campo Grande, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, DJ de 25.3.2009, p. 16).

Como se observa, por todos os aspectos que se analise o ato atacado, não há razoabilidade na tese de alijar o impetrante do curso de formação de soldado, o que caracteriza ofensa a seu direito líquido e certo.

Destarte, na hipótese de manutenção do ato, estaria se chancelando uma sanção desprovida de qualquer motivação justificável, emergindo daí uma verdadeira *capitis deminutio,* sem que se apontasse fato idôneo justificador da exclusão do impetrante do concurso.

Nesse passo, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito que, por sua vez, significa permitir a participação do cidadão na administração da coisa pública, visando, sobretudo, a alcançar uma sociedade livre, justa e solidária em que todos (inclusive os governantes) estejam submetidos à força da lei, cabe ao Judiciário expurgar as situações que se encontram não razoáveis, portanto eivadas de abusividade.

Ante o exposto, confirmando a liminar deferida, concedo a segurança em favor de Alan Barboza Maciel, a fim de anular o ato que indeferiu sua inscrição no curso de formação de soldado da polícia militar, garantindo-se-lhe o direito de frequentá-lo.

Dê-se conhecimento desta decisão às autoridades apontadas como coatoras, nos exatos termos do disposto no artigo 456 do RITJMS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.012144-2 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRISÃO EM FLAGRANTE – ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO – INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO E NEXO DE CAUSALIDADE – ERRO JUDICIÁRIO NÃO CONFIGURADO – DANO MORAL INEXISTENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A absolvição de réu em ação penal, por falta de provas, não induz à presunção de ilicitude de sua prisão preventiva. Não responde o Estado pela indenização por danos morais decorrentes de prisão preventiva decretada nos termos da lei.

Não restando demonstrado erro judiciário ou ato ilícito, na medida em que a atitude do apelado não extrapolou os limites de seu regular exercício do direito tampouco o nexo de causalidade, não há falar em indenização por danos morais.

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

Campo Grande, 7 de dezembro de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Valdeth Andrade Bello interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 517-6 que, nos autos da Ação de Indenização que move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido indenizatório, condenando o autor ao pagamento das custas processuais, bem como a honorários advocatícios, estes fixados em R$ 800,00, valores estes que ficam sobrestados por ser ele beneficiário da justiça gratuita.

Nas suas razões de apelação, alega que a reparação moral e material pretendida está fundada no fato de prisão de pessoa que restou absolvida.

Aduz ainda que não se pode aderir ao entendimento de que somente haveria o dever de indenizar se houvesse o erro judiciário, uma vez que a prisão, ainda que em flagrante, causou-lhe dor moral, uma vez que foi extraído do convívio da família e da comunidade, bem como pelo fato de ter ficado sob a acusação de tráfico de entorpecentes.

Por fim, requer seja reformada a decisão do juiz singular, dando provimento ao recurso e a procedência do pedido, condenando o apelado à indenização pleiteada.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Valdeth Andrade Bello interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 517-36 que, nos autos da Ação de Indenização que move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido indenizatório, condenando o autor ao pagamento das custas processuais, bem como a honorários advocatícios, estes fixados em R$ 800,00, valores estes que ficam sobrestados por ser ele beneficiário da justiça gratuita.

Nas suas razões de apelação, alega que a reparação moral e material pretendida está fundada no fato de prisão de pessoa que restou absolvida.

Aduz ainda que não se pode aderir ao entendimento de que somente haveria o dever de indenizar se houvesse o erro judiciário, uma vez que a prisão, ainda que em flagrante, causou-lhe dor moral, uma vez que foi extraído do convívio da família e da comunidade, bem como pelo fato de ter ficado sob a acusação de tráfico de entorpecentes.

Passo à análise do recurso.

No caso em apreço, não se pode atribuir culpa alguma ao apelado, uma vez que está a exercer seu poder de jurisdição dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico.

Haveria dano moral se houvesse a demonstração de possível excesso cometido pelo Estado, na busca da tutela jurisdicional, o que inocorreu no caso. Afinal, havia indícios de autoria suficientes a autorizar a prisão preventiva, bem como a ação penal. Se se exercitou esse direito, não há falar em excesso.

Se a ideia de ato ilícito decorre do procedimento antijurídico ou de contravenção a uma norma de conduta preexistente, imperiosa se faz a conclusão de que não pode haver ato ilícito quando, mesmo havendo dano, este decorreu do exercício regular de um direito reconhecido.

Sobre o tema, trago acórdãos dos tribunais de São Paulo, Santa Catarina e Minas Gerais, *in verbis*:

> DANO MORAL - Responsabilidade Civil - Decretação de prisão preventiva - Pretensão ao recebimento da indenização por danos morais sob a alegação de que, em razão de sua absolvição ao final do processo, sua prisão teria sido injustificada - Inadmissibilidade, pois a prisão preventiva foi decretada corretamente, respeitados os requisitos constantes do artigo 312 do Estatuto Adjetivo Penal - Fato que não gera qualquer responsabilidade do Estado e nem mesmo de seus agentes - Inexistência de qualquer ato de natureza culposa, erro judiciário; Ilegalidade de arbitrariedade, não constando, dos autos, a interposição de qualquer recurso ou "*Habeas Corpus*" pelo recorrente - O fato de ter sua punibilidade extinta em razão da prescrição primitiva (Lei n. 4898/65) e sua absolvição com base no inciso I e III do art. 386 do CPC, não justifica a indenização pleiteada - Recurso improvido. (TJSP, AC n. 1719355900, Quinta Câmara de Direito Público, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes, julgado em 5.5.2005).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. PRISÃO. "O Estado não responde civilmente por ações ou omissões de magistrados no exercício de função jurisdicional, a não ser nas estritas hipóteses previstas na Constituição Federal ou quando

> haja procedimento doloso ou fraudulento de tais agentes da atividade estatal. Não há como confundir o erro judiciário, suscetível de gerar indenização pelo Estado, nos termos do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal, com o decreto de prisão preventiva, baixado com suficiente fundamentação e atendidos os pressupostos autorizadores da medida, que atinge pessoa que, a final, vem a ser absolvida. Entendimento diverso instauraria insegurança no exercício da função judicante, que é feita de decisões definitivas, mas também de provimentos acautelatórios, na forma da lei." (TJSC, AC n. 1999.004534-0, da Capital, Rel. Des. João José Schaefer). (TJSC, AC n. 2008.035973-2, Terceira Câmara de Direito Público, Relª.Desª. Sônia Maria Schmitz, DJ de 6.2.2009)
>
> Responsabilidade objetiva do Estado. Indenização por danos morais e materiais. Prisão temporária. 1. A Constituição, enquanto pacto social, tem um conteúdo marcadamente transacional, consolidada na adoção de princípios que afastam a indenizabilidade de atos praticados pelos agentes políticos e públicos (art. 5°, LXXV; LXXI; art. 53). 2. Em sua literalidade, somente são indenizáveis as condenações por erro judiciário e a persistência na prisão por tempo maior do que o fixado pela sentença. O conceito de erro judiciário e a forma do seu reconhecimento está previsto na legislação ordinária (art. 630, do CPP), definindo condição para a sua indenizabilidade. O excesso do tempo de prisão diz respeito, no caso, ao cumprimento da pena, definindo-se como clara hipótese de mau funcionamento do sistema prisional. Diferencia-se da hipótese de prisão ilegal, que se define como aquela não calcada em flagrante ou em ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). 3. A prisão temporária ou preventiva, decretada pelo Juiz competente e nas hipóteses previstas nas leis processuais penais, bem como as prisões em flagrante, não se tornam ilegais pelo simples fato de sobrevir a absolvição por qualquer motivo. Insere-se como ato imune à indenização, inclusive por dano moral, tendo em vista o conteúdo transacional decorrente dos princípios adotados pela Constituição no Estado de Direito. 4. Tem direito a indenização por dano moral o preso cujo alvará de soltura não é cumprido num prazo razoável de três dias, que é o suficiente para confirmar-se a autenticidade da ordem. Apelação provida em parte. (TJSP, AC n. 8757935200, Terceira Câmara de direito Público, Rel. Des. Laerte Sampaio, julgado em 17.3.2009).
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRISÃO PREVENTIVA - CRIME DE LATROCÍNIO - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - ALEGAÇÃO DE ERRO JUDICIÁRIO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - INEXISTÊNCIA. - Ausente a prova do comportamento ilícito do Estado, requisito indispensável para caracterizar a sua responsabilidade, inexiste a obrigação de indenizar, mesmo que tenha ocorrido absolvição criminal da parte. (TJMG, Proc n. 1.0251.05.016007-5/001(1), Rel. Des. Silas Vieira, DJ de 24.1.2008).

Dessa forma, ausente o primeiro elemento da responsabilidade civil, qual seja, a ilicitude do fato, não há falar em condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais ao autor.

Nessa esteira, tenho que a conduta do réu não está imbuída de dolo ou má-fé, representando apenas exercício regular de seu direito, sem restar demonstrada nenhuma extrapolação ou abuso que impusesse o dever de indenizar.

Eis, ainda, o entendimento do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONDENAÇÃO INJUSTA. ACUSAÇÃO EQUIVOCADA. DANOS MORAIS. DOLO. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ.
>
> 1. A absolvição criminal que enseja a reforma civil deve decorrer de atuação passível de caracterizar-se como "denunciação caluniosa", porquanto a responsabilidade judicial deve ser dolosa.

2. *In casu*, trata-se de Ação Ordinária de Indenização interposta por autor que supostamente sofreu danos morais em decorrência de impronúncia de tentativa de crime que lhe fora imputado.

3. A Corte de origem reformou integralmente a sentença *a quo*, isentando o Estado ao pagamento da indenização pleiteada, com fulcro na Responsabilidade Objetiva do Estado, calcado na análise dos fatos descritos nos autos, consoante a seguinte fundamentação, *in litteris*: "[...] Sendo assim, o indiciamento ocorreu com esteio em fortes vestígios de autoria e materialidade do crime descrito anteriormente, razão por que a autoridade policial não poderia deixar de atuar no seu exercício regular de direito, indiciando-o.

Portanto, agiu com amparo legal, consequentemente, o Estado não pode ser compelido a indenizá-lo, pois atuou em conformidade com o ordenamento jurídico.[...]. Ademais, é consabido que a absolvição na esfera criminal não enseja automaticamente a condenação do referido ente estatal a ressarcir os gastos despendidos com a sua defesa, bem como pelos possíveis prejuízos morais dele advindos, em face da independência dos setores criminais, cíveis e administrativos, pois o Estado agiu dentro dos limites estabelecidos em lei, ausente, ainda, a comprovação de abuso o poder que poderia embasar o pleito indenizatório. Além disso, o autor, ora embargante, foi impronunciado (f. 189-191 dos autos em apenso) por não existir indícios suficientes de sua autoria, motivo pelo qual, mais um fundamento para desconstituir as assertivas deduzidas pelo recorrente, eis que o fundamento do *decisum* que julgou improcedente a denúncia não se fundou na inexistência material do fato imputado na peça acusatória ou que ele não tenha sido o seu autor. (grifou-se - f. 155-166) [...]"

4. O Recurso Especial quando implica a análise de matéria fática ou quando o aresto recorrido funda-se em tema constitucional (art. 37, § 6º da CF/88) conjura a competência da Corte.

5. É inadmissível o recurso especial quando 'não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada' e 'inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo'*. (Súmulas 282/STF e 356/STF e 211/STJ), por isso que não foram prequestionados os artigos 953 e 954 do CCB.

5. A ação penal instaurada pelo Ministério Público, para apurar a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa denunciada venha a ser inocentada. *A fortiori*, para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé. Precedente: REsp n. 592.811/PB, DJ de 26.4.2004, REsp n. 494867/AM, DJ de 29.9.2003; REsp n. 470365/RS, DJ de 1.12.2003.

6. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp. n. 969097/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 17.12.2008).

DIREITO CIVIL - INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA -DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ - SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

I - Inviável o recurso especial se a questão federal que ele encerra não foi objeto de debate pelo acórdão recorrido nem opostos embargos declaratórios para sanar eventual omissão.

II - No âmbito do recurso especial, é inadmissível revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado 7 da Súmula desta Corte.

> III - Só se conhece de recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, se o dissídio estiver comprovado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.
>
> IV - Em princípio, a ação penal instaurada pelo Ministério Público, para apurar a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa denunciada venha a ser inocentada. Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé.
>
> Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 592.811/PB, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 26.4.2004) (g.n)

No caso, nenhuma dessas circunstâncias foi configurada, devendo ser afastada a responsabilidade civil e a consequente indenização.

Destarte, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, merece ser mantido em todos os seus termos, uma vez que foi lançado em estrita consonância com o ordenamento jurídico pátrio, bem como com a jurisprudência dominante.

Ante o exposto, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo intacta a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.018199-8 - Dourados
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – PUBLICAÇÃO DE EDITAL DE COBRANÇA DE TÍTULO – INDEVIDA – DANO PRESUMIDO – *QUANTUM* MANTIDO – ARBITRAMENTO EM CONSONÂNCIA COM AS PECULIARIDADES DA CAUSA E EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA N. 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – VERBA HONORÁRIA MANTIDA – VALOR RAZOÁVEL CONSIDERANDO A COMPLEXIDADE DA DEMANDA – RECURSO DO RÉU CONHECIDO E IMPROVIDO – RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Tendo o réu publicado edital de cobrança de título no nome do autor indevidamente, devida é a reparação por dano moral pleiteada, sendo desnecessária qualquer prova do prejuízo, que, nestes casos, é presumido.

Fixando-se o julgador a indenização por danos morais em valor condizente com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, não há falar em reforma da sentença para reduzi-lo ou majorá-lo.

Os juros de mora incidem desde a data do evento danoso, nos termos do enunciado de Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça.

A verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação mostra-se condizente e adequada com o trabalho realizado e complexidade da causa.

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, negar provimento ao recurso do Banco e dar provimento ao apelo de Júlio Cesar B. de Oliveira e outro, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de setembro de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Banco Abn Amro Real S.A. (incorporado pelo sucessor Banco Santander Brasil S.A.) e Júlio Cesar Bonfim de Oliveira interpõem recursos de apelação em face da sentença de f. 134-47, proferida na presente Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Indenização por Danos Morais, que o segundo move em face do primeiro, que julgou procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil

reais) a título de danos morais, valor este que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM, com aplicação de juros de mora de 1% ao mês a partir da publicação da sentença.

Condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Do recurso de Banco Abn Amro Real S.A.

Alega, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam*.

No mérito, alega, em síntese, que inexiste prova do dano experimentado pelo apelado; que não praticou nenhum ato ilícito que possa ensejar sua condenação ao pagamento de danos morais, uma vez que agia apenas como mandatário. Por fim, pelo princípio da eventualidade, requer a redução da condenação.

Do recurso de Júlio Cesar Bonfim de Oliveira

Requer, em síntese, a majoração do valor da indenização por danos morais. Alega que a correção monetária e juros devem fluir a partir do evento danoso. Por fim, o advogado do autor requer a majoração dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões às f. 182-91 às f. 216-32.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Banco Abn Amro Real S.A. (incorporado pelo sucessor Banco Santander Brasil S.A.) e Júlio Cesar Bonfim de Oliveira interpõem recursos de apelação em face da sentença de f. 134-47, proferida na presente Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Indenização por Danos Morais, que o segundo move em face do primeiro, que julgou procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais, valor este que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM, com aplicação de juros de mora de 1% ao mês a partir da publicação da sentença.

Condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Da Preliminar de Ilegitimidade passiva *ad causam*

Afasto a preliminar. Não obstante a apelante alegue que não agiu em nome próprio, mas sim em nome da sacadora pelo endosso-mandato, este fato não o isenta da responsabilidade de verificar, antes de enviar o título para protesto, se a duplicata preenche ou não os requisitos formais para esse fim.

Assim, acertada a decisão do juiz *a quo* de não excluí-la do polo passivo do feito sem ingressar no mérito da demanda.

Passo à análise conjunta dos recursos.

Do dever de indenizar

Configurado está o dever de indenizar, isto porque é incontroverso o fato de que nos dias 17 e 18 de abril do ano de 2004 foi publicado no Jornal "O Progresso", Edital de intimação n. 72/2004, expedido pelo Tabelionato Oliveira (Cartório de Protesto de Títulos), visando à cobrança de títulos que estavam para ser protestados. Bem como restou demonstrado nos autos que referida publicação foi indevida.

No mais, afasto a alegação de que o aludido dano moral não foi comprovado pelo autor, pois a jurisprudência encontra-se consolidada no sentido de ser presumível o dano moral sofrido pelo consumidor que teve seu nome indevidamente protestado ou inscrito em cadastro de inadimplentes.

Nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DA CLIENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO. VALOR DA REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. POSSIBILIDADE.
>
> REDUÇÃO DO *QUANTUM*.
>
> I - O dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplente é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato.
>
> III - Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, não ocorreu, distanciando-se o quantum arbitrado da razoabilidade.
>
> Recurso Especial provido.[1]

Do *quantum* indenizatório

Outra questão diz respeito ao valor da indenização arbitrada a título de danos morais, ou seja, R$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor este que o autor pretende ver majorado e o banco requerido pretende ver minorado.

Sabe-se que na condenação por danos morais, o importe a ser arbitrado é sempre tarefa tormentosa, mesmo porque não existem limites legais ou tabela prefixada. Porém, é consenso que, na sua fixação, o magistrado deve atentar sempre para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Deve o juiz ter em conta, principalmente, as circunstâncias que envolvem o fato, as condições pessoais, econômicas e financeiras das partes, assim como o grau de ofensa moral e sua repercussão.

Na fixação, deve também evitar que seja o valor elevado, a ponto de provocar o enriquecimento sem causa, mas ao mesmo tempo, que não seja tão irrisório que passe despercebido pelo ofensor, constituindo um provimento jurisdicional inócuo no sentido de produzir qualquer efeito pedagógico inibidor de futura reincidência.

Carlos Roberto Gonçalves assevera que, *in verbis*:

> [...] se o valor arbitrado não pode ser muito elevado, também não deve ser tão pequeno, a ponto de se tornar inexpressivo e inócuo. Daí a necessidade de se encontrar o meio-termo ideal. [2]

Diante disso, levando-se em consideração as circunstâncias que estão a emoldurar o caso em comento, entendo como justo o valor arbitrado na sentença (R$ 5.000,00), montante este que bem atende às finalidades deste instituto jurídico, quais sejam: a justa compensação e o caráter pedagógico, levando-se em consideração as nuanças que precederam a ocorrência do fato ensejador da reparação.

1 REsp n. 1105974/BA, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 23.4.2009, DJ de 13.5.2009

2 Direito civil brasileiro - responsabilidade civil. 3. ed. 2008: Saraiva. p. 387

Da correção monetária e dos juros de mora

A sentença do juiz *a quo* estabeleceu que o valor da indenização deverá ser corrigido pelo IGPM, aplicando-se juros de mora de 1% ao mês a partir da publicação da sentença.

Em sede de apelação, o autor requer que a correção monetária e os juros sejam aplicados a partir do evento danoso.

Quanto aos juros de mora, entendo que incidem a partir da data do evento danoso, ou seja, a data da publicação indevida do edital (17 de abril de 2004), em conformidade com o que dispõe a citada Súmula n. 54 do STJ.

Já quanto à correção monetária, em se tratando de sentença condenatória a indenização por danos morais, o termo inicial para a sua incidência é da data do arbitramento do *quantum* indenizatório, conforme preceitua a Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça com o seguinte verbete:

> A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Nesse sentido:

> A data da prolação da sentença é o termo inicial para incidência da correção monetária, nos casos de indenização por dano moral, enquanto os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, a teor do que dispõem, respectivamente, as Súmulas n. 362 e 54. (TJMS, AC n. 2008.022912-3, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ de 17.9.2009).

> A correção monetária, em caso de dano moral, deve incidir a partir da fixação do *quantum* indenizatório. (TJMS, AC n. 009.011403-8, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, DJ n. 28.7.2009).

Desta forma, merece parcial reforma a sentença neste tópico apenas para determinar que os juros de mora incidam desde o evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Dos honorários advocatícios

Com relação aos honorários de advogado fixados na sentença, entendo que estes não devem ser alterados, visto que se apresenta razoável, considerando o valor atribuído à causa e a complexidade da demanda.

Como se sabe, em se tratando a sentença de cunho condenatório, não resta dúvida de que os honorários advocatícios serão fixados de acordo com o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, que estabelece o arbitramento entre 10% e 20% sobre o valor da condenação.

De outro vértice, o Juiz, ao arbitrar os honorários, deve apegar-se à equidade e observar os requisitos insculpidos no supramencionado artigo, de maneira a fixá-los dignamente, atendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Portanto, o percentual fixado em 10% sobre o valor da condenação, mostra-se condizente e adequado com o trabalho realizado.

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento do recorrente, insta salientar 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"* (ED no MS n. 22067/DF).

Conclusão

Em face do exposto, conheço do recurso interposto pelo banco requerido e nego-lhe provimento. Conheço do recurso interposto pelo autor e dou-lhe parcial provimento apenas para que os juros de mora incidam a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça. Mantenho inalterada a sentença nos demais termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO E DERAM PROVIMENTO AO APELO DE JÚLIO CESAR B. DE OLIVEIRA E OUTRO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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, 28 de setembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.035623-8 - Dourados
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTE POR INADIMPLEMENTO DA MULTA PREVISTA NA CLÁUSULA DE FIDELIDADE – INDEVIDA – CLÁUSULA QUE GERA ABUSIVIDADE E ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR – PROVA DO DANO MORAL – DANO PRESUMÍVEL – *QUANTUM* – REDUZIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A jurisprudência encontra-se consolidada no sentido de ser presumível o dano moral sofrido pelo consumidor que teve seu nome indevidamente inscrito em cadastro de proteção ao crédito.

Ainda que se leve em conta o escopo punitivo e educativo da indenização por danos morais, não se pode admitir que a mencionada indenização atinja um valor excessivo, desconectado, inclusive, da sua função primordial de reparar um dano.

A previsão expressa, ou não, da chamada "cláusula de fidelização", gera abusividade e onerosidade excessiva ao consumidor, nos termos dos artigos 6º, V, e 51, IV e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual é nula de pleno direito.

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, 30 de novembro de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Americel S.A. interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 139-45, proferida na presente Ação Declaratória c/c Indenização por Danos Morais, que lhe move Cleuza de Oliveira, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, declarando inexistente o débito de R$ 625,90, referente à fatura do mês de abril de 2007. Condenou a requerida ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Por fim, condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Alega, em apertada síntese, que inexiste fato ensejador à reparação de danos morais.

Não sendo este o entendimento desta turma, quer seja o apelo provido parcialmente a fim de reduzir o *quantum* indenizatório.

Em contrarrazões às f. 169-80, a apelada requer a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Americel S.A. interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 139-45, proferida na presente Ação Declaratória c/c Indenização por Danos Morais, que lhe move Cleuza de Oliveira, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, declarando inexistente o débito de R$ 625,90, referente à fatura do mês de abril de 2007. Condenou a requerida ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Por fim, condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Alega, em apertada síntese, que inexiste fato ensejador à reparação de danos morais.

Não sendo este o entendimento desta turma, quer seja o apelo provido parcialmente a fim de reduzir o *quantum* indenizatório.

A meu juízo, a pretensão recursal é parcialmente procedente.

Configurado está o dever de indenizar. Isto porque a inclusão do nome da autora no cadastro de inadimplentes mostra-se indevida, uma vez que gerada em razão de cobrança abusiva, qual seja, cobrança de multa em razão de cancelamento de plano.

Quanto à ilegalidade da multa de fidelização, este Tribunal já decidiu:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINAR – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC E SERASA POR INADIMPLEMENTO DA MULTA PREVISTA NA CLÁUSULA DE FIDELIDADE – INDEVIDA – CLÁUSULA QUE GERA ABUSIVIDADE E ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR – PRESENTES OS REQUISITOS DO DANO MORAL PURO QUE INDENPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – INOCORRÊNCIA DE FIXAÇÃO DE FORMA DESPROPORCIONAL – VERBA DE SUCUMBÊNCIA – ART. 21, § ÚNICO E ART. 20, § 3º DO CPC – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> [...]
>
> A previsão expressa, ou não, da chamada "cláusula de fidelização", gera abusividade e onerosidade excessiva ao consumidor, nos termos dos artigos 6º, V, e 51, IV e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual é nula de pleno direito.
>
> 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 caracteriza o dano moral puro.

> Se a fixação do montante indenizatório atendeu aos critérios da razoabilidade, não há falar em sua redução.
>
> Tendo sido acolhida a integralidade do pedido deduzido pela parte-autora em sua exordial, ao réu cabem os ônus sucumbenciais, já que estes devem ser suportados pela parte-vencida.
>
> Em se tratando de ação condenatória cujo pedido fora julgado parcialmente procedente, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do artigo 20, § 3º, c/c artigo 21, parágrafo único, do CPC. (AC n. 2009.001612-7, Dourados, Terceira Turma Cível).

A jurisprudência encontra-se consolidada no sentido de ser presumível o dano moral sofrido pelo consumidor que teve seu nome indevidamente inscrito em cadastro de proteção ao crédito.

Nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DA CLIENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO. VALOR DA REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. POSSIBILIDADE.
>
> REDUÇÃO DO *QUANTUM*.
>
> I - O dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplente é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato.
>
> III - Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, não ocorreu, distanciando-se o *quantum* arbitrado da razoabilidade.
>
> Recurso Especial provido.[3]

De outro norte, entretanto, tenho que o valor da indenização arbitrado pelo juiz singular em R$ 10.000,00 (dez mil reais) deve, de fato, ser reduzido.

Com efeito, o valor fixado pelo magistrado de origem não se mostra razoável, mesmo se considerada a necessária punição à reiterada desídia da apelante para com os consumidores de seus serviços.

Ora, ainda que se leve em conta além do escopo punitivo e educativo da indenização por danos morais, corretamente considerado pelo magistrado singular, não se pode admitir que a mencionada indenização atinja um valor excessivo, desconectado, inclusive, da sua função primordial de reparar um dano.

A indenização por danos morais, destarte, deve realmente servir como uma lição ao fornecedor desidioso, mas sem exageros que, certamente, configurariam enriquecimento ilícito do consumidor.

Sopesando esses fatores, no caso dos autos, o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se razoável, sem, contudo, configurar como enriquecimento desmedido da pessoa lesada.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para reduzir a indenização por danos morais para R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

3 REsp n. 1105974/BA, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 23.4.2009, DJ de 13.5.2009

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. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 30 de novembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.012971-3 - Bonito
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – IMÓVEL ADQUIRIDO DE BOA-FÉ – AUSÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA – SÚMULA N. 375 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos da Súmula n. 375 do STJ, o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 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, 7 de dezembro de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Bonito, consistente em acolher parcialmente os embargos de terceiro opostos pelos apelados e declarado a ineficácia da penhora do imóvel objeto da constrição nos autos da ação de execução que move contra Ramão Ciriaco de Oliveira, interpõe recurso de apelação com o fito de ver reformada a decisão.

Afirma que a sentença deve ser reformada, pois os embargantes reconhecem que adquiriram o imóvel após a citação do devedor Ramão Ciriaco de Oliveira, mas que não teriam como saber da penhora sobre o bem porque não havia restrição na matrícula do imóvel e porque adquiriram o bem de terceiro, mas segundo um ofício que se encontra nos autos da ação de execução fiscal em apenso (f. 32), o mandado judicial de penhora havia sido levado para registro na matrícula do imóvel.

Além disso, não é verdade que a falta de registro impede o reconhecimento da fraude à execução.

Assim, não haveria falar em terceiros de boa-fé, devendo a sentença ser reformada e julgados improcedentes os presentes embargos.

Ao final, prequestionou a matéria.

Pugna, ao final, pelo recebimento, conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões à f. 100.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença que acolheu a pretensão dos embargantes e declarou a ineficácia da penhora realizada nos autos da ação de execução fiscal que move em face de Ramão Ciriaco de Oliveira.

O mérito da questão refere-se ao reconhecimento da boa-fé dos embargantes quando da aquisição do imóvel que foi penhorado para garantia dos autos da ação de execução fiscal que o Estado move contra Ramão Ciriaco de Oliveira.

Conforme consta dos autos, os embargantes adquiriram de Carlos Roberto Lacerda um lote de terreno contendo duas edificações. Antes desta aquisição, o bem havia sido objeto de outras quatro alienações.

De fato, após citação, Ramão alienou o terreno para Claudines dos Santos que alienou para Carlos Roberto dos Santos Ximenes que alienou para André Luiz Coggiani que alienou para Carlos Roberto Lacerda que, por fim, alienou para os embargantes.

Tais alienações deram-se ao longo de 10 anos, todas após a execução, porém não houve, em momento algum o registro da penhora na matrícula do imóvel.

Nesse contexto, ao tempo da aquisição do terreno – já com edificações – o imóvel estava em nome de Carlos Roberto Lacerda e não havia restrições na matrícula do bem.

Em sendo assim, os adquirentes ora embargantes provavelmente tomaram os cuidados necessários em relação ao proprietário do bem àquela época e não em relação à cadeia de adquirentes do mesmo bem ao longo de dez anos.

Nesse contexto, a boa-fé dos adquirentes deve ser acolhida até porque é presumida e não houve comprovação de má-fé.

Em que pese a alegação de que havia certidão nos autos afirmando que havia sido registrado a penhora, o fato é que tal não ocorreu.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento com a edição da Súmula n. 375, que dispõe: "*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.*"

Nesse contexto:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. AUSÊNCIA. REGISTRO DA PENHORA DO BEM ALIENADO. INEXISTÊNCIA. FRAUDE À EXECUÇÃO. INCARACTERIZAÇÃO. SÚMULA N. 375/STJ. MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 2. "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. (Súmula do STJ, Enunciado n. 375) [...]" (STJ, AgRg no REsp n. 1177830/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 23.3.2010).

Dessa forma, inexistindo o registro da penhora na matrícula do imóvel, bem como prova de que o terceiro adquiriu o imóvel de má-fé, não há falar em fraude à execução.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 7 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.024972-3 - Campo Grande
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MORTE – SUPOSTO ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ART. 27 DO CDC – DESNECESSIDADE DE APURAÇÃO DO FATO NA ESFERA CRIMINAL – INAPLICABILIDADE DO ART. 200 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – OCORRÊNCIA DO FATO ENSEJADOR DO PLEITO INDENIZATÓRIO OCORRIDO NO ANO 2000, SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO IMPROVIDO.

Tratando-se de ação de indenização decorrente de suposto erro médico, incide o prazo prescricional quinquenal do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

O ilícito civil, invocado como base da ação indenizatória, que não depende de apuração no Juízo criminal, não suspende o prazo prescricional, demais disso, o fato ensejador do pleito indenizatório ocorreu em 17.10.2000, quando ainda estava em vigor o Código Civil de 1916, no qual não há paralelo com o citado artigo, por isso é inaplicável ao presente caso, sob pena de violação aos princípios da irretroatividade da lei e da segurança jurídica.

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, 7 de dezembro de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Osmir José dos Santos e Iracema de Souza Ferraz Santos, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Capital, que acolheu a prescrição e julgou extinta a ação de reparação de danos morais que promovem contra Sociedade Beneficente de Campo Grande – Santa Casa –, Edvards Carmona Gomes e Eduardo Seiko Okama, interpõem recurso de apelação.

Sustentam os apelantes que não houve transcurso do prazo prescricional, uma vez que deve ser aplicado ao caso o art. 200 do CC, segundo o qual *"quando a ação se originar de fato que deva ser apurado não juízo criminal, não correrá prescrição antes da respectiva sentença definitiva"*.

Pugnam pelo recebimento, conhecimento e provimento do recurso para, afastando a ocorrência da prescrição, determinar o retorno dos autos ao Juízo *a quo* para o regular prosseguimento da ação.

Contrarrazões às f. 249-55 e f. 257-61.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Osmir José dos Santos e outra, em face da sentença que acolheu a prescrição e julgou improcedente o pedido formulado na presente ação de reparação de danos que promovem contra Sociedade Beneficente de Campo Grande – Santa Casa e outros.

Ingressaram os apelantes com a presente ação objetivando, em síntese, o recebimento de indenização por danos morais sofridos em decorrência do falecimento de sua filha Taynara, nascida em 17.10.2000, e falecida poucas horas depois, nas dependências da primeira apelada e em atendimento prestado pelos dois últimos apelados.

O magistrado *a quo* acolheu a prescrição quinquenal prevista no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e julgou extinta ação com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC.

Diante disso ingressaram os requerentes com o presente recurso aduzindo, em síntese, que não se operou o lapso prescricional, devendo ser aplicado o art. 200 do Código Civil, segundo o qual *"quando a ação se originar de fato que deva ser apurado não juízo criminal, não correrá prescrição antes da respectiva sentença definitiva"*.

Afirmam que, diante do falecimento de sua filha, fato este que fundamenta a presente demanda, foi instaurado procedimento criminal contra os apelados, que foi arquivado por sentença em 15.10.2003, data a partir da qual se iniciou o transcurso do prazo prescricional.

Portanto, diversamente do que entendeu o magistrado sentenciante, alegam os recorrentes que o prazo prescricional iniciou-se em 15.10.2003, data da sentença criminal, e não em 18.10.2000, data em que tomou conhecimento da morte de sua filha, observando-se a norma do art. 200 do CC.

A meu juízo, a pretensão recursal é improcedente.

Vejamos o que dispõe o art. 27 do CDC:

> Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento e de sua autoria.

Portanto, tendo os apelantes tomado ciência do fato em 18.10.2000 e ajuizado a ação somente em 15.3.2006, ou seja, após o transcurso do prazo de cinco anos, correto o entendimento do juiz sentenciante ao acolher a prescrição quinquenal prevista na Lei Consumerista.

Nesse sentido entende a jurisprudência:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ARTIGO 27 DO CDC. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. A orientação desta Corte é no sentido de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do CDC. Agravo Regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag n. 1.229.919/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 15.4.2010).

> APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MORTE – SUPOSTO ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO – ARTIGO 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DESNECESSIDADE DE APURAÇÃO DO FATO NA ESFERA CRIMINAL – INOCORRÊNCIA DE CAUSA SUSPENSIVA DA PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 200 DO CÓDIGO CIVIL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSOS NÃO PROVIDOS. Tratando-se de ação de indenização

> decorrente de suposto erro médico, incide o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e não o contemplado no Código Civil. O ilícito civil, invocado como base da ação indenizatória, que não depende de apuração no juízo criminal, não suspende o prazo prescricional. (TJMS, AC n. 2010.022244-9, Segunda Turma, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 14.9.2010).

Outrossim, não prospera a alegação de que a contagem da prescrição teria início com o trânsito em julgado da sentença prolatada no processo criminal, nos termos do art. 200 do Código Civil.

Como bem colocam os apelados em contrarrazões, a previsão legal acima é aplicável aos casos em que a sentença criminal é imprescindível para a identificação do ofensor e o esclarecimento de sua conduta.

No caso dos autos, não havia necessidade de tal apuração na esfera criminal para o desenvolvimento da presente ação indenizatória, tanto que, se assim fosse, esta ação deveria ter sido julgada improcedente *prima facie*, tendo em vista o arquivamento do inquérito policial.

Nesse passo, o pedido de indenização não dependia da apuração de nenhum fato no Juízo criminal, pois incontroversos o evento morte e o atendimento prestado pelos médicos apelados.

Não bastasse isso, também não é aplicável o art. 200 do Código Civil de 2002, porque o fato ensejador do pleito indenizatório ocorreu em 17.10.2000, quando ainda estava em vigor o Código Civil de 1916, no qual não há paralelo com o citado artigo, por isso é inaplicável ao presente caso, sob pena de violação aos princípios da irretroatividade da lei e da segurança jurídica.

Nesse sentido:

> O homicídio noticiado nos autos ocorreu em 28.3.1999 (f. 3), sob a égide do Código Civil de 1916 que não previa regra equivalente a do art. 200 do NCC, não se aplicando nenhuma disposição de direito material previsto no Código Civil de 2002 aos casos pretéritos, sob pena de violação aos princípios da irretroatividade da lei e da segurança jurídica e aos artigos 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/1942). (TJMG, Proc. n. 1.0024.08.126123-2, Relª. Desª. Márcia de Paoli Balbino, julgado em 9.7.2009).

Por tais considerações, merece prestígio a sentença impugnada, sendo o improvimento do recurso medida que se impõe.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 7 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.016671-4 - Campo Grande
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE EM DECORRÊNCIA DE AGRESSÕES SOFRIDAS NO INTERIOR DE CLUBE/BOATE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ART. 14 DO CDC – DEFEITO DO SERVIÇO, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MORAIS – FIXAÇÃO EM TERMOS RAZOÁVEIS – MAJORAÇÃO E REDUÇÃO INDEVIDAS – *QUANTUM* MANTIDO – DANO MATERIAL – MORTE DE FILHO MENOR – FAMÍLIA DE BAIXA RENDA – PENSIONAMENTO DEVIDO – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – REDUÇÃO – INADIMISSIBILIDADE – SENTENÇA CONDENATÓRIA – OBSERVÂNCIA DO ART. 20, § 3º, DO CPC – FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL – RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DO RÉU IMPROVIDO.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, pelo disposto no art. 14 do CDC, basta a demonstração do defeito do serviço, do dano e do nexo de causalidade, para restar caracterizado o dever de indenizar.

Não existindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento sem causa, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor.

Na esteira da jurisprudência STJ, em caso de famílias de baixa renda, como na hipótese dos autos, é devida a pensão mensal em razão da morte de filho menor equivalente a 2/3 do salário mínimo, no período entre os 14 a 25 anos de idade da vítima, e 1/3 do salário mínimo, até a data em que completaria 65 anos.

Tendo o magistrado singular fixado a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação, ou seja, no mínimo legal, nos termos do art. 20, § 3°, do CPC, não há falar em redução.

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 de José Paulo Salles e outro e negar provimento ao apelo de Neres F. dos Santos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

José Paulo Salles, Emídia Carpellini do Nascimento (autores) e Neres Fernandes dos Santos (réu), inconformados com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Capital, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação de indenização por danos morais e materiais, interpõem recursos de apelação.

Os autores pretendem a reforma da sentença e o julgamento integralmente procedente do pedido inicial, majorando a indenização por danos morais, fixada pelo magistrado *a quo* em R$46.500,00, para valor superior, sugerindo a importância de R$ 100.000,00.

Requerem também a procedência do pedido de indenização por danos materiais, devendo o réu ser condenado a lhes pagar uma pensão alimentícia de 2/3 do salário mínimo, desde a data do falecimento de seu filho, 24.9.2006, até a data de 20.8.2015, quando completaria 25 anos, e, após, reduzir a pensão pela metade, até 20.8.2055, data em que a vítima completaria 65 anos.

O réu igualmente manifesta recurso de apelação, aduzindo que o pedido deve ser julgado improcedente, uma vez que havia seguranças em número suficiente no local, além do que, o tumulto começou no interior do clube, mas as agressões ocorreram do lado de fora, não tendo responsabilidade, portanto.

Em caso de manutenção da condenação, pede a redução do *quantum* arbitrado a título de danos morais, bem como da verba honorária.

Ao final, pugnam pelo recebimento, conhecimento e provimento dos recursos.

Contrarrazões dos autores às f. 242-8 e do réu às f. 250-5.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por José Paulo Salles e outros, inconformados com a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação de indenização que José Paulo Salles e Emídia Carpellini do Nascimento movem em face de Neres Fernandes dos Santos.

Antes de adentrar na análise dos recursos, faço uma breve digressão fática dos acontecimentos.

Os autores José e Emídia ajuizaram a presente ação indenizatória aduzindo, em síntese, que em 23.9.2006 seu filho, Sílvio Paulo Carpellini Salles, faleceu em decorrência de traumatismo crânio-encefálico por agressões sofridas no interior do clube denominado Rancho do Cowboy, de propriedade do réu.

Alegam que seu filho foi até referido clube para se divertir, mas foi envolvido em uma briga juntamente com seu amigo Jandson Manoel Corrêa, tendo sido violentamente agredido por diversas pessoas e, em decorrência do fato, acabou falecendo horas depois. Afirma que o réu, responsável pelo Clube Rancho do Cowboy, tinha o dever legal de assegurar a incolumidade física dos frequentadores do local, em especial de seu filho, que, violentamente agredido, faleceu aos 16 anos de idade.

Diante disso, pleitearam indenização por danos morais e materiais (pensão alimentícia).

O magistrado da causa julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 46.500,00, rejeitando a fixação de pensão mensal.

Diante disso, ambas as partes manifestaram recurso de apelação; os autores pela majoração do *quantum* relativo aos danos morais e para condenação do réu ao pagamento de pensão e o réu pela a improcedência do pedido, ou pela redução do valor dos danos morais e da verba honorária.

Pois bem, feitas estas considerações iniciais, passo à apreciação conjunta dos recursos.

Assevera o réu, em suas razões recursais, que havia seguranças suficientes para guarnecer o local e que o tumulto se iniciou no interior do clube, tendo sido controlado imediatamente pelos seguranças, e que as agressões sofridas pelo filho dos autores ocorreram do lado de fora.

Assim, afirma que não tem nenhuma responsabilidade pelo evento e que a sentença deve ser reformada, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Sem razão o réu em seus argumentos.

Como bem destacou o magistrado sentenciante, *"todas as provas obtidas durante a instrução demonstram que a vítima foi agredida quando estava no interior do estabelecimento comercial, sendo que, após a sua retirada, foi imediatamente levada para outro local, não tendo sofrido qualquer tipo de violência ao lado de fora do estabelecimento"*. (f. 208)

Nesse sentido é a prova testemunhal produzida:

> À f. 155, a depoente Veranice Pone Corrêa declarou que *"não viu o início da briga no salão [...]; que não houve briga fora do salão[...]"*.

Não merece acolhida a alegação do réu no sentido de que o depoimento da testemunha Veranice tem interesse em favorecer os autores, porque seria parente da vítima.

Em primeiro lugar, em momento algum dos autos chega-se à conclusão de que a testemunha é parente da vítima, não passando de mera alegação desprovida de veracidade por parte do réu, em segundo lugar, a depoente foi ouvida como testemunha, devidamente alertada e compromissada, não havendo por que desmerecer suas declarações.

Ainda comprovando que as agressões sofridas pela vítima ocorreram no interior do clube, devem ser considerados os depoimentos dos supostos agressores perante o Juízo criminal, constantes às f. 172 e 178.

Portanto, conclui-se pela análise da instrução processual, que realmente a vítima foi agredida no interior do clube de propriedade do réu, que deve ser responsabilizado, aplicando-se, como corretamente fez o magistrado *a quo*, as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, pouco importa se tinha cinco ou seis ou mesmo dez seguranças no interior do clube, o fato que não conseguiram impedir as agressões sofridas pela vítima, que culminaram com seu óbito horas mais tarde.

Resta caracterizada, portanto, a falha na prestação dos serviços pelo réu, o que dá ensejo à reparação dos danos nos termos do art. 14 do CDC.

Para corroborar o entendimento até aqui expendido, transcrevo um trecho da r. sentença *a quo*:

> Portanto, haverá defeito de serviço quando este não for fornecido com a necessária segurança ao consumidor, levando-se em consideração a natureza do serviço e os riscos predeterminados.
>
> No presente caso, não há dúvidas que o consumidor do serviço de entretenimento de uma casa noturna não espera que haja o risco de sofrer qualquer tipo de agressão, acreditando que eventual entrevero será rapidamente solucionado por seus organizadores.

> A questão é que o dano oriundo de agressões físicas não pode ser incluído no rol de riscos predeterminados pelo fornecimento do serviço de entretenimento em casa noturna, cabendo, portanto, ao fornecedor do serviço a responsabilidade pelos eventuais danos causados a seus consumidores.
>
> Assim, pode-se concluir que no presente caso, em que a vítima consumiu um serviço defeituoso, ao ser agredida quando usufruía do serviço de entretenimento fornecido pelo requerido e em razão desse fato veio a falecer, cabe ao requerido o pagamento de indenização para o ressarcimento dos danos causados aos seus pais, ora requerentes.
>
> Como dito anteriormente, a fixação da responsabilidade independe da existência de culpa por parte do fornecedor do serviço. Portanto, não há necessidade de análise da sua conduta, bastando a constatação do serviço defeituoso, do dano e do nexo causal entre o defeito e o dano para a responsabilização do fornecedor.
>
> Em consequência, não há necessidade de análise da conduta dos seguranças, que trabalhavam para o fornecedor do serviço, apesar de haver fortes indícios de que os mesmos nada fizeram ao se deparar com as agressões que causaram o falecimento da vítima.
>
> Dessa forma, em sendo estabelecido que a responsabilização do requerido é objetiva, ou seja, independente de culpa, e que o serviço fornecido pelo mesmo foi feito de forma defeituosa, com a colocação da vítima a risco não predeterminado (agressões físicas), causando-lhe dano, deve ser analisada agora qual a extensão desse dano e a sua natureza.

Desse modo, resta patente a responsabilidade do réu, bem como a ocorrência dos danos morais.

Estabelecida a responsabilidade do réu pelos danos morais experimentados pelos autores, passo à análise do *quantum* indenizatório.

O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a se constituir em um meio de enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, nem para o desprestígio do Poder Judiciário e falta de punição ao ofensor, com condenação em valores irrisórios, devendo o arbitramento operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa e a extensão do dano causado.

Na hipótese dos autos, é evidente o abalo moral sofrido pelos autores ao suportar a morte do filho de 16 anos de idade. Nesse passo, a indenização por dano moral representa uma compensação pela tristeza, pelo abalo, pela perturbação infligidos injustamente aos autores.

A respeito do dano moral, com grande proficiência leciona o ilustre jurista Savatier, *in verbis*:

> [...] Dano moral é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético. À integridade de sua inteligência, as suas afeições, etc [...] **(Traité de la responsabilité civile.** vol. II. n. 525**)**.

Quanto à determinação da quantia arbitrada a título de danos morais, sabe-se que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para tanto, é uma questão subjetiva, mas que deve obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, sobretudo, traduzindo-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante. Importa deixar claro que a indenização por dano moral, para o ofendido, não leva a um ressarcimento, mas a uma compensação. Já para o causador do dano, representa uma forma de punição suficiente para inibir sua reincidência.

Acerca do tema, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula 'danos emergentes - lucros cessantes', a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado. **(Responsabilidade Civil,** 8. ed., Editora Saraiva, 2003. p. 569)

E ainda:

> 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 a atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. (Obra citada, p. 566-7)

Caio Mário também fala sobre assunto:

> quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o 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**. 8. ed. Editora Forense, 1997. p. 97)

Para tanto, há de ser observada a atividade, a condição social e econômica das partes, sem dar azo ao enriquecimento indevido do ofendido nem levar o ofensor à ruína, obedecendo, portanto, aos pressupostos essenciais da razoabilidade/proporcionalidade para a fixação do *quantum*.

Nesses termos, já decidiu este Colegiado:

> A quantificação dos danos morais deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido. (AC n. 2008.001226-7, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 28.4.2009).

> Não existindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor. (AC n. 2009.024276-0, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 29.9.2009).

Assim, tendo como norte os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a condenação arbitrada pelo juiz *a quo* em R$ 46.500,00 (100 salários mínimos à época do arbitramento) não se mostra excessiva nem irrisória para o fim almejado, qual seja, caráter punitivo ao infrator e compensatório às vítimas, além de estar em consonância com valores habitualmente utilizados nesta Corte.

Portanto, improcede a pretensão dos autores de majoração e do réu de redução do *quantum* indenizatório.

Quanto aos danos materiais (pensão mensal), tenho que assiste razão aos autores.

Na esteira da jurisprudência STJ, em caso de famílias de baixa renda, como na hipótese dos autos, é devida a pensão mensal em razão da morte de filho menor equivalente a 2/3 do salário mínimo, no período entre os 14 a 25 anos de idade da vítima, e 1/3 do salário mínimo até a data em que completaria 65 anos.

Cumpre salientar que a indenização por morte, embora deva ser feita na forma de pensionamento, não tem caráter de alimentos, mas de verdadeira reparação de danos materiais. Assim, é de se fixar o valor da forma como requerida pelos autores, que vai ao encontro do que vem sendo orientado pela jurisprudência.

Dessa forma, visando a não trazer um enriquecimento sem causa à parte, não majorando a condenação do réu e tendo em vista que parte do valor que possivelmente seria ganho por Sílvio seria despendido no seu sustento, é de se fixar a pensão a ser paga mensalmente no valor de 2/3 do salário mínimo, a ser rateado pelos autores em igual proporção até quando a vítima completaria 25 anos (isto porque é presumida esta como a idade em que contrairia núpcias) momento no qual tal valor deverá ser de 1/3 do salário mínimo, até quando o falecido completaria 65 anos de idade, ou até a morte de um dos pais, caso venha a ocorrer anteriormente, sabido que caberá ao beneficiário que sobreviver ao outro o direito de acrescer a parte do falecido. Deverá ser pago o 13º e a pensão será corrigida naturalmente, conforme a correção do salário mínimo.

Assim é a orientação jurisprudencial:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATROPELAMENTO. MORTE DE FILHO MENOR. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PENSIONAMENTO. [...] 2. A orientação do STJ está consolidada no sentido de fixar a indenização por morte de filho menor, com pensão de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos. [...] (STJ, REsp n. 817.418/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18.9.2008)
>
> Danos materiais devidos, na esteira de precedentes jurisprudenciais, em 2/3 do salário mínimo a partir da data em que o menor teria idade para o trabalho (14 anos) até a data em que ele completaria 25 anos, reduzida para 1/3 a partir de então, até os 65 anos (STJ, AgRg no REsp n. 734.987/CE, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 29.10.2009). (TJMS, AC n. 2010.024080-1, Quarta Turma, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 24.8.2010).

Destarte, cabível a fixação de pensão conforme pleiteada pelos autores.

Quanto à pretensão do réu de redução do *quantum* fixado a título de honorários de sucumbência, igualmente sem razão.

O magistrado fixou a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, ou seja, observou o julgador singular texto expresso de lei e, ademais, no mínimo, já que lei prevê o arbitramento entre 10% e 20%.

Não há, portanto, falar em redução dos honorários.

Diante do exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelos autores, a fim de condenar o réu ao pagamento de pensão mensal a estes, em virtude da morte do seu filho, sendo que o valor da pensão fixada é de 2/3 do salário mínimo nacional até a data em que o *de cujus* completaria 25 anos, quando deverá ser reduzida para 1/3 do salário mínimo, até quando completaria 65 anos, com 13º, ressaltando-se que as parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente pelo IGPM/FGV, desde a data em que deveriam ser pagas, e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, a partir do vencimento de cada parcela, sendo devido o pensionamento desde a data do evento danoso; quanto ao recurso de apelação manejado pelo réu, nego-lhe provimento. Mantém-se, no mais, inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE JOSÉ PAULO SALLES E OUTRO E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DE NERES F. DOS SANTOS, 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 Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.029650-9 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES – CANCELAMENTO DE EVENTO ARTÍSTICO – ATRASO NO VOO QUE TRANSPORTARIA OS INTEGRANTES DA BANDA ATRAÇÃO PRINCIPAL DA FESTA – FORÇA MAIOR/CASO FORTUITO – NÃO CONFIGURAÇÃO – AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MORAIS E MATERIAIS CARACTERIZADOS – *QUANTUM* MANTIDO – 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de setembro de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

VRG Linhas Aéreas S.A. interpõe recurso de apelação cível em face da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Sulayma Gleice Anne de Lima Araújo e Cristiane Pinheiro Duarte nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais c/c Lucros Cessantes.

A apelante sustenta que o atraso verificado nos voos de sua companhia na data de 14.12.2007 operou-se em razão de fortes chuvas e nevoeiros que ocorreram nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, ou seja, em decorrência de evidente caso fortuito ou força maior amplamente noticiado na mídia nacional, de modo que a responsabilidade pelos prejuízos resultantes de tal fato não pode ser a ela atribuída, nos termos do art. 393, *caput*, do Código Civil.

Defende que, caso não se entenda pela excludente de responsabilidade, nenhuma indenização é devida às apeladas, porquanto estas não comprovaram efetivamente a falta de prestação de assistência à banda musical que embarcaria no voo nem demonstraram que outras oportunidades de voo não teriam sido oferecidas aos passageiros em questão, descumprindo, assim, o art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Na sequência, argumenta que a indenização por danos morais estipulada em R$ 25.000,00 para cada apelada mostra-se em desconformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, em relação aos danos materiais, pondera que todos os valores desembolsados pelas recorridas com a promoção do evento foram devidamente utilizados para o fim a que se destinavam sem revelar prejuízo algum, de tal forma que não merece prosperar a condenação imposta pela r. Sentença.

Assim, pugna pela reforma do *decisum* atacado, com o julgamento de total improcedência dos pedidos iniciais, ou, se assim não ocorrer, requer a redução do valor da condenação imposta a título de danos morais, com a consequente condenação das apeladas ao pagamento de honorários advocatícios aos patronos da apelante, em razão da sucumbência recíproca.

Contrarrazões às f. 327-34, pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por VRG Linhas Aéreas S.A. em face da sentença que a condenou ao pagamento de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada uma das apeladas a título de danos morais e R$ 10.000,08 (dez mil reais e oito centavos) pelos danos materiais por elas sofridos.

A presente ação de indenização foi ajuizada por Sulayma Gleice Anne de Lima Araújo e Cristiane Pinheiro Duarte, ambas produtoras de eventos, em virtude dos atrasos ocorridos nos voos da companhia aérea apelante em 14.12.2007, o que impediu a chegada a esta cidade da "Banda Luxúria" que havia sido por elas contratada para realizar apresentação artística naquela data, como principal atração da festa denominada "Arrazafest" que aconteceria na boate "Tango Dancing Bar". Tal fato culminou no súbito cancelamento do evento que há meses vinha sendo divulgado e programado, gerando prejuízos de ordem material e moral às organizadoras da festa.

Nas razões recursais, a apelante sustenta que o atraso ocorrido nos voos, em que a banda musical contratada embarcaria, operou-se em razão das fortes chuvas e nevoeiros que ocorreram nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo naquele dia, de modo que se gerou intenso tráfego aéreo e inevitáveis cancelamentos de voos.

Afirma que a situação narrada nos autos configura clara e evidente hipótese de caso fortuito ou força maior que a exime de responder pelos prejuízos dele resultantes, nos termos do art. 393, *caput*, do Código Civil, tendo o mau tempo na data dos fatos sido amplamente divulgado na mídia por informações da própria Infraero.

Defende que, caso não se entenda pela excludente de responsabilidade, nenhuma indenização é devida às apeladas, porquanto estas não comprovaram efetivamente a falta de prestação de assistência à banda musical nem demonstraram que outras oportunidades de voo não teriam sido oferecidas aos passageiros em questão, descumprindo, assim, o art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Pondera que a indenização por danos morais fixada pelo magistrado singular deve ser reduzida por se revelar exorbitante e, em relação aos danos materiais, aduz que todos os valores desembolsados pelas recorridas com a promoção do evento foram devidamente utilizados para o fim a que se destinavam, de forma que não há falar em prejuízo material.

Pois bem.

A sentença não merece reformas.

Conforme bem salientou o Juiz da instância singela e a própria apelante em suas razões recursais, a responsabilidade da empresa em questão pelos prejuízos decorrentes da inadequada prestação do serviço de transporte aéreo somente poderia ser afastada diante da comprovação de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, bem como na hipótese de caso fortuito ou força maior, considerados estes como o fato necessário, cujos efeitos não se podiam evitar ou impedir.

Todavia, no caso em tela, embora se constate que no dia dos acontecimentos tenham ocorrido chuvas e nevoeiros em várias localidades do país, verifica-se que o mau tempo, invocado pela apelante como hipótese de força maior/caso fortuito, não consistiu no motivo determinante para que a Banda Luxúria não conseguisse chegar até a cidade de Campo Grande em tempo hábil para a apresentação contratada.

Isso porque a chegada dos passageiros ao destino final estava prevista para 12h30min., ao passo que o evento artístico começaria apenas às 23hs, de modo que havia tempo suficiente para que providências eficazes pudessem ser adotadas pela apelante a fim de solucionar a situação – principalmente porque várias aeronaves realizaram pousos e decolagens ao longo daquele mesmo dia –, evitando-se, assim, o incidente ocorrido, bem como as informações equivocadas e desencontradas prestadas aos integrantes da banda em questão.

Confiram-se trechos dos depoimentos prestados por Naina Caroline Hernandez Dibo, funcionária da agência de turismo que comercializou as passagens, e pela produtora da banda musical contratada, Joanna Edith Graf Accioli Jourdan, os quais comprovam a falta de organização ocorrida no dia dos fatos:

Depoimento da funcionária da agência de turismo:

> [...] Recebeu um cheque pelas sete passagens que iria ser pago dali a uma semana do show, porém, como a banda não chegou terminou não recebendo e ficou com o prejuízo. Recebeu telefonema das autoras por volta de 11:30 horas dizendo que o vôo estava atrasado, ocasião em que entrou me contato com a Gol, mas não se recorda do motivo alegado pelo atraso, sendo que foi informada que existiam outros vôos atrasados. **Como havia a informação de que embarcaria no próximo vôo a depoente através do sistema, que o próximo estava lotado, ou seja, a informação era equivocada**, pelo que **passou a se comunicar com o supervisor regional**, que prometeu um retorno assim que recebesse o e-mail da depoente que foi mandado, **mas o retorno somente veio às 17 horas, horário que não mais possibilitou à depoente comprar passagens pela TAM que não tinha mais vagas, realçando que, de manhã, a TAM possuía lugares.** Sabe que outros vôos decolaram, ainda que com atraso no aeroporto do RJ. O supervisor mandou um e-mail comunicando as providências que tinha tomado junto à Companhia para que solucionassem o caso, e em contato com a GOL, a depoente obteve a informação de que a banda chegaria às 22:35 hs, porém tal não aconteceu, embora tivessem se locomovido de um aeroporto a outro em SP.[...] (f. 186 - destaquei)

Depoimento da produtora musical da Banda Luxúria:

> [...] que houve atraso no embarque da Banda Luxúria no Aeroporto do Galeão, informando o funcionário da ré que todos os vôos estavam atrasados mas não esclareceu os motivos; que a ré propôs como solução o embarque num vôo para São Paulo que sairia até depois do horário do vôo original, e que, chegando em São Paulo, deveriam retirar suas bagagens na esteira e embarcar em um outro vôo, que sairia aproximadamente 20 minutos após sua chegada, para Campo Grande; que **caso a banda perdesse o vôo da ré, haveria um funcionário para remanejá-los para um vôo da TAM para o seu destino**; que **embarcaram para São Paulo, e, lá chegando, em razão no atraso da decolagem do Rio de Janeiro, perderam ambos os vôos** [...] (f. 203 – destaquei)

Ademais, a própria funcionária da agência afirmou que o problema poderia ter sido contornado, caso a apelante a houvesse informado da impossibilidade de a banda embarcar no voo seguinte, senão vejamos:

> [...] **Se a GOL desde o princípio tivesse informado da impossibilidade da banda embarcar no próximo vôo o problema seria contornado**, porque compraria passagens de outra empresa e eles chegariam às 22:30 horas, como de fato chegaram vôos, inclusive da GOL [...] (f. 187 - destaquei)

Assim, ao contrário do que sustenta a apelante, tenho que ao caso em exame não se aplicam as excludentes de responsabilidade previstas no art. 393 do Código Civil e art. 14, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo, pois, a empresa aérea, transportadora e prestadora de serviços, objetivamente responsável pelos prejuízos causados a passageiros e consumidores nos termos do art. 734 do CC e art. 14, *caput*, do CDC. Após tais considerações, vale destacar, ainda, que resta devidamente demonstrada nos autos a falha no serviço por parte da empresa aérea, o que afasta qualquer alegação de ofensa ao art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Quanto ao valor da condenação por danos morais, é cediço que somente cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se mostrar exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência do STJ:

> A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso. (REsp n. 203.755/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 27.4.1999).

Sabe-se que a apuração do *quantum* indenizatório 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 as peculiaridades do caso analisado e também segundo a extensão do dano, o grau de culpabilidade das partes e o poderio econômico delas, de modo que a indenização não se torne inexpressiva e insignificante, escapando à função penalizadora e pedagógica, nem venha a 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.

Nesse contexto, vejo que o valor arbitrado pelo magistrado da instância singela em R$ 25.000,00 para cada apelada atende satisfatoriamente aos critérios acima mencionados, mormente considerando que, em decorrência dos fatos narrados nos autos, as recorridas tiveram de cancelar subitamente o evento que vinha há meses sendo programado e divulgado, expondo-as ao vexame e ocasionando mácula à imagem e à honra das promotoras que não conseguiram honrar com o compromisso firmado com as pessoas que já haviam adquirido os ingressos. Não bastasse isso, calha destacar o enorme desgaste físico e psicológico por que passaram posteriormente as apeladas em decorrência do cancelamento da festa, visto que tiveram de atender ao público para devolução do valor dos convites comprados (f. 94-7), não puderam adimplir dívidas relacionadas à própria festa que seriam quitadas com o lucro auferido (f. 186), bem como enfrentaram desentendimento com o proprietário da boate em que seria realizada a festa por questões de acerto de pagamento da locação, o que culminou em discussão registrada em boletim de ocorrência policial, com divulgação do fato na mídia regional (f. 39).

Desta feita, após as devidas considerações e análise do conjunto probatório, não restam dúvidas de que o magistrado singular valeu-se de razoável prudência e senso de justiça para arbitrar a condenação a título de danos morais.

No tocante à tese levantada de inexistência dos danos materiais, novamente não assiste razão à apelante.

Sucede que o investimento feito pelas apeladas, tais como locação de veículo e do local da festa, despesas com passagens aéreas dos integrantes da banda, divulgação da festa por meio de impressos e outros meios de comunicação etc,, foi realizado integralmente para viabilizar a efetiva concretização do evento, e, com isso, auferir lucros dos quais seriam abatidas as referidas despesas, sendo inconteste que o evento somente deixou de acontecer em razão da falta da adequada prestação de serviços pela apelante, o que tornou absolutamente sem efeito todo o investimento destinado à festa.

Logo, carece de fundamento a assertiva de que os valores desembolsados com a promoção do evento foram utilizados, para o fim a que se destinavam sem revelar qualquer prejuízo.

Por fim, quanto ao pedido de condenação das apeladas ao pagamento de honorários advocatícios ao seu patrono, consigno que a pretensão deve ser improvida, porquanto, tendo havido sucumbência recíproca, o ônus da sucumbência deve ser distribuído proporcionalmente entre as partes, tal como estabelecido pelo magistrado *a quo*.

Por todo o exposto, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo intacta a sentença combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, 30 de setembro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.034764-8 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – DIREITO AUTORAL – AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS SEM AUTORIZAÇÃO DO ECAD – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N. 4.029/2003 – EVENTO ORGANIZADO PELA MUNICIPALIDADE – ARTISTAS CONTRATADOS E REMUNERADOS – OBRIGAÇÃO DE NÃO PROCEDER À EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS SEM ANTES RECOLHER TAXA DO ECAD – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

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 as preliminares e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de novembro de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Trata-se de apelação cível aforada pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD – contra sentença de f. 428-41, a qual julgou improcedente a pretensão deduzida nos autos da Obrigação de não Fazer de n. 001.06.126695-8 ajuizada em desfavor do Município de Campo Grande e Associação de Criadores de Mato Grosso do Sul – Acrissul.

A pretensão esposada na inicial nominada de ação de cumprimento de preceito legal c/pedido de liminar c/c perdas e danos diz respeito à abstenção de execução de obras musicais sem liberação ante o ECAD, sob pena de multa diária.

Instaurado conflito de competência, esta 5ª Turma firmou entendimento de que a 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos é a competente para processar e julgar o presente feito (f. 367-9).

Adoto, em parte, o relatório da sentença, a qual transcrevo:

> Alegou o autor o seguinte
>
> - o Município promoveu no chamado Parque de Exposições Laucídio Coelho, de propriedade da Acrissul, execuções musicais sob a forma de música ao vivo, sem providenciar junto ao ECAD a prévia e expressa autorização para as execuções musicais programadas mediante o pagamento do preço correlato ou realização de convênio, e, ainda, promoveu Festa Junina e a Festa das Nações também sem o devido recolhimento, descumprindo o art. 68, §§

> 2º, 3º e 4º da LDA e violando os direitos autorais devidos.
>
> - O ECAD sustenta ser parte legítima para defender esses direitos autorais,
>
> - Por isso o autor pretende que sejam suspensas as execuções musicais promovidas pelos réus nesses espaços, sem que se busque previamente a devida autorização do autor.
>
> - Por isso requereu a antecipação dos efeitos da tutela para suspender ou interromper a execução de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas pelos réus, enquanto não providenciarem, prévia e expressamente, a necessária liberação junto ao ECAD, sob pena de multa diária por violação do preceito cominatório e execução desautorizada das obras musicais, no valor de 20 vezes os valores originariamente devidos, nos termos do art. 109 da Lei Federal 9.610/98 [...].

A antecipação de tutela foi analisada às f. 179-82, na qual o magistrado *a quo* houve por bem indeferir o pedido, entendendo que não havia prova inequívoca do direito alegado.

Instruído regularmente o feito, a Juíza prolatou sentença entendendo que não assistia razão ao autor, julgou a lide improcedente (f. 428-40-v).

Razões de apelo do ECAD (f. 449-60). Suscita inconstitucionalidade, o que tornaria inaplicável a Lei Municipal n. 4.029/2003, que veda a cobrança da taxa do ECAD em eventos sem fins lucrativos; pleiteia a reforma do *decisum* singular porque prolatado em desconformidade com o entendimento desta Corte e das Instâncias Superiores; e ao final requer "*a procedência, de forma que fique decidido que o* ***ECAD,*** *ora Apelante, possui legitimidade Ativa para cobrar os valores referentes aos direitos autorais nos termos da Lei n. 9.610/98, reconhecendo por conseguinte que as Apeladas ACRISSUL e Prefeitura Municipal de Campo Grande estão obrigadas por preceito legal federal vigente, ao pagamento dos direitos autorais referentes aos Eventos por elas realizados objetos da Ação proposta, que não foram recolhidos até a presente data pelos Apelados*"; com o presente resultado, a inversão do ônus da sucumbência.

Preparo regular (f. 527-8).

Contrarrazões da Acrissul (f. 535-46), na qual aponta afronta ao princípio da dialeticidade; no mérito, requer o improvimento do recurso, mantendo-se a r. decisão objurgada.

A resposta ao recurso foi ofertada pelo Município de Campo Grande (f. 548-64), igualmente postula pelo não conhecimento do apelo, em razão da falta de dialeticidade recursal; oferece prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

A questão posta a julgamento resume-se em saber se o Município de Campo Grande e a Acrissul – Associação dos Criadores de Mato Grosso do Sul – podem proceder à execução de obras musicais sem liberação frente ao ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

Da afronta ao princípio da dialeticidade

Em contrarrazões, os recorridos suscitaram afronta ao princípio da dialeticidade.

Prefacialmente, é de se ressaltar que o recurso de apelação deve observar o princípio da dialeticidade que, nas palavras abalizadas de Araken de Assis (Manual dos Recursos. 2. ed. Revista dos Tribunais. 2008. p. 97-8):

> Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostrar-se-á impossível ao órgão ad quem avaliar o desacerto do ato, a existência de vício de juízo (*error in judicando*), o vício de procedimento (*error in procedendo*) ou o defeito típico que enseja a declaração do provimento. A motivação do recurso delimita a matéria impugnada (art. 515, *caput*). É essencial, portanto, à predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. Por outro lado, a falta da motivação prejudica o contraditório.

Analisando o apelo, tem-se que a ECAD demonstrou seu inconformismo com a r. sentença, apontando o que entende por desacerto da decisão recorrida; logo, impugnou, sim, especificamente a sentença. Aliás, este Tribunal de Justiça já manifestou esse entendimento. Vejamos:

> EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINAR REPELIDA [...]
>
> É de ser rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso, se não houve afronta ao princípio da dialeticidade, na medida em que o recorrente expôs as razões de fato e de direito pelas quais não se conforma com o resultado do julgamento. (TJMS, EI em AC n. 2008.022879-8/0001, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 27.4.2009).

Destarte, rejeito a preliminar de falta de dialeticidade.

Da constitucionalidade da Lei Municipal n. 4.029/2003

O recorrente aponta inconstitucionalidade na citada Lei Municipal, sob a assertiva de que a Lei n. 4.029/2003 está em flagrante confronto com Lei Federal n. 9.610/98.

O cerne da irresignação recursal consubstancia-se em saber se a Lei Municipal n. 4.029/2003 é constitucional, de modo a verificar se a norma nela contida se sobrepõe, ou não, às normas gerais estabelecidas na Lei Federal n. 9.610/1998.

Por oportuno, colaciono a fundamentação exarada na sentença (f. 440):

> No caso presente, além desses argumentos doutrinários e da jurisprudência, a defesa dos réus ainda se fundamenta na própria previsão de uma Lei Municipal de Campo Grande (Lei Municipal n. 4.029/2003), que desde 2003 ampara o não pagamento da taxa de ECAD em eventos realizados sem fins lucrativos, sem cobrança de ingresso e com finalidade social e filantrópica.
>
> Essa Lei Municipal n. 4.029/2003 está dentro da competência legislativa municipal para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I da CF).
>
> O texto legal está às f. 212 e é muito claro ao vedar expressamente a cobrança da taxa do ECAD em eventos sem fins lucrativos e com finalidade social e filantrópica.
>
> Tudo o que ficou exposto demonstra, assim, que o pedido do ECAD não tem procedência, neste caso concreto.

É curial afirmar que, em se tratando de matéria de interesse local, nos termos do art. 30, I, da Constituição Federal, cabe ao Município legislar, senão vejamos:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
>
> I – legislar sobre assuntos de interesse local;

In casu, a União editou a Lei n. 9.610/1998, traçando as normas gerais sobre direitos autorais, instituindo também um único escritório central para a arrecadação e distribuição das taxas arrecadas pelo uso de qualquer

natureza das obras intelectuais protegidas (ECAD). Mais precisamente, o Artigo 115 da Lei n. 5.988 de 1973 determinou a criação do ECAD, o qual foi mantido pelo art. 99 da Lei n. 9.610/98, com a finalidade de arrecadar e distribuir os direitos relativos à execução pública, inclusive pela radiodifusão, transmissão por qualquer meio e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou litero-musicais e de fonogramas;"

Veja-se o que preceitua o art. 68, *caput*, e §§ 2º e 3º, da Lei Federal n. 9.610/98, *in verbis:*

> Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
>
> [...]
>
> § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.
>
> § 3º Consideram-se locais de freqüência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares e clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

Por sua vez, no ano de 2003, mais precisamente no dia 22 de abril de 2003, o Município de Campo Grande, exercendo sua competência legislativa (art. 30, I, da CF), editou a Lei n. 4.029, que trata da isenção de taxa do ECAD nos eventos realizados sem fins lucrativos, sem cobrança de ingresso, e com finalidade social e filantrópica.

Dispõe o art. 1º da aludida Lei, *in verbis: "Art. 1º. Fica proibida a cobrança da taxa do ECAD nos eventos realizados sem fins lucrativos, sem cobrança de ingresso, e com finalidade social e filantrópica."*

Assim, a Lei Municipal n. 4.029/2003, a qual deu embasamento ao julgamento *a quo,* não é inconstitucional, seja no aspecto formal, seja aspecto material, em razão de ter sido elaborada por ente federativo competente para legislar sobre a matéria, além do que, paira sob ela a presunção de constitucionalidade, sem nenhuma medida, até o momento intentada, capaz de macular sua validade e eficácia.

No mérito

Não é demais lembrar, no Brasil, o ECAD é responsável por questões relativas a cobranças de direitos autorais, sendo que foi instituído pela Lei Federal n. 5.988/73, criado pelas associações de titulares de direitos autorais e conexos e mantida pela atual Lei de Direitos Autorais (n. 9.610/98).

Entendo como válido ressaltar que a discussão trazida a lume não diz respeito à legitimidade do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD – em realizar as cobranças dos direitos autorais, mas da legitimidade da cobrança realizada em face do Município, ou qualquer órgão que seja, ao realizar um evento com entrada franca, e de cunho social e cultural, como está pretendendo demonstrar o Município recorrente.

A matéria versada não é pacífica na doutrina, assim como na Jurisprudência. No entanto, a situação em julgamento é peculiar. Trata-se de festividades (Festa Junina e Festa das Nações), que muito embora não haja a cobrança de ingressos, o lucro obtido é evidente, haja vista a contratação de artistas de forma remunerada, parques de diversões, também com a cobrança de ingressos, além de ampla e diversificada praça de alimentação.

Assim, tanto o Poder Público Municipal quanto a Acrissul devem arcar com os direitos autorais relativos aos espetáculos organizados em local público, com a participação remunerada dos artistas, porquanto são eles os titulares dos direitos autorais, e ausente qualquer notícia de participação espontânea destes no evento.

Convém lembrar que, após a edição da Lei n. 9.610/98, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento de que, ainda que os espetáculos musicais tenham sido realizados sem cobrança de ingressos, em caráter cultural popular, são devidos direitos autorais aos titulares das obras musicais. São os ditames do artigo 68, §§ 4° e 5°, da Lei n. 9.610/98, significa dizer que o lucro obtido com a execução das obras é que gera a obrigação de pagar os direitos autorais.

Com efeito, não há deixar de reconhecer a obrigação do pagamento buscado pelo ECAD a título de direitos autorais, ainda que as músicas tenham sido executadas em evento organizado pela municipalidade, sem cobrança de ingressos.

Meu entendimento, quando relatei os Autos n. 2010.006723-8 de Campo Grande – citados, inclusive, nos autos –, o caso era outro, em que envolvia a Prefeitura (sozinha), que utilizava um local público para promover uma festa junina beneficente, de maneira objetiva e concreta. Aqui a situação é outra, existe uma entidade privada "cedendo o local" onde as promoções foram realizadas, abrangendo o pedido, situação bem diferente daquela tratada no julgamento referido.

Do prequestionamento

Quanto ao enfrentamento acerca de questões legais e constitucionais aventadas, é assente a desnecessidade de menção expressa de dispositivos invocados no julgamento do recurso, entendimento esse que encontra eco na jurisprudência desta Quinta Turma Cível:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – PREQUESTIONAMENTO – MENÇÃO EXPRESSA AOS DISPOSITIVOS DE LEI – DESNECESSIDADE – REJEITADOS. Não se exige do julgador a menção expressa aos dispositivos legais ou constitucionais invocados pelas partes, bastando-se a apreciação das questões objeto da insurgência, sendo notadamente desnecessária tal providência, mesmo para fins de prequestionamento. (TJMS, ED em AgRg em ED em AC n. 2006.004318-7/0001-02, Campo Grande, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel).

> EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – REDISCUSSÃO DA CAUSA NA VIA ESTREITA DOS DECLARATÓRIOS – VEDAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL – EMBARGOS REJEITADOS. Não se prestam os embargos de declaração para rediscutir matéria já suficientemente decidida. A especificação dos dispositivos legais que ancoram o julgado não constitui requisito essencial da sentença ou acórdão, até porque desobrigado está o magistrado de responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão. (TJ/MS, ED em AC n. 2005.006300-7/0001.00, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 6.11.2008).

E nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL – [...] – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – MATÉRIA DEBATIDA – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA [...] O acórdão dos embargos, ainda que deixando de citar expressamente o dispositivo ora invocado, cuidou da matéria debatida, não havendo falar-se em violação ao art. 535 do CPC. [...]. Recurso desprovido. (STJ, REsp n. 413005/RS, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 23.9.2002).

Rejeito, pois, a pretensão de manifestação expressa sobre cada um dos artigos de leis invocados, ainda que para efeitos de prequestionamento.

Do dispositivo

Posto isso, conheço do recurso interposto pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD –, dando-lhe provimento, especialmente para declarar a obrigação de não proceder à execução de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas pelo Município de Campo Grande e Acrissul, enquanto não providenciarem, prévia e expressamente, a necessária liberação do ECAD**.** Inverto o ônus da sucumbência, mantenho os termos da sentença *a quo,* nesse ponto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 18 de novembro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.035563-8 - Paranaíba
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO EM ASSENTAMENTO DE REGISTRO CIVIL – EXCEPCIONALIDADE E MOTIVAÇÃO – NÃO COMPROVADAS – RECORRENTE COM VÁRIOS ANTECEDENTES CRIMINAIS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E SEGURANÇA JURÍDICA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A retificação de registro civil, devidamente regulamentada pela Lei n. 6.015/73, fica restrita a casos excepcionais ou devidamente motivados, a ponto que se verifique a real necessidade da alteração, inclusão, substituição, enfim, a mudança do registro.

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 contra o parecer.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Paulo Sérgio Alves interpõe Recurso de Apelação, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível de Paranaíba-MS que, nos autos da Ação de Retificação de Registro Civil por ele ajuizada, indeferiu o pedido inicial, condenando o requerente às custas processuais.

Depreende-se dos autos que o apelante ajuizou o pedido de retificação em seu registro civil, alegando ter apenas o sobrenome do pai, por isso se sente lesado em razão da simplicidade de seu sobrenome atual, imerso em uma ocorrência de homônimos.

Afirma ser direito de personalidade, restando caracterizado pelos princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade e que a sentença não só carece de fundamento legal, como também negou vigência à lei federal.

Ao final, pediu pelo conhecimento e provimento do apelo, para que reforme a sentença recorrida e julgue procedente o pedido inicial.

Parecer do Ministério Público às f. 71-73, pelo conhecimento e improvimento do apelo, e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 80-85, pelo conhecimento e provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Paulo Sérgio Alves interpõe Recurso de Apelação, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível de Paranaíba-MS que, nos autos da Ação de Retificação de Registro Civil por ele ajuizada, indeferiu o pedido inicial, condenando o requerente às custas processuais.

Pois bem. O objeto dos autos resume-se na intenção de inclusão do sobrenome materno no registro civil do recorrente, porém resta saber se o pedido se encaixa nas hipóteses autorizadoras previstas no art. 109 da Lei n. 6.015/73, *in verbis:*

> Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório.

Afirma o apelante que se sente lesado por não possuir em sua certidão de nascimento o sobrenome de sua mãe, sinal que identifica a origem da pessoa, sendo um bem oriundo de sua personalidade.

Entendo que a questão, devidamente regulamentada pela Lei n. 6.015/73, fica restrita a casos excepcionais ou devidamente motivados**,** a ponto que se verifique a real necessidade de inclusão, substituição, enfim, a alteração do registro.

No caso dos autos, não vi demonstrada a imprescindibilidade da inclusão do sobrenome materno no registro civil do apelante, principalmente se considerarmos que o recorrente encontra-se com 38 (trinta e oito) anos e não provou ter passado por qualquer situação vexatória ou constrangedora, ou mesmo que fundamentasse a alteração de seu nome.

Ressalto ainda, concordando com o magistrado singular, que o fato de o recorrente apresentar condenações por roubo com emprego de arma, furto qualificado, dentre outros, demonstra uma situação em que a cautela deve ser muito bem empregada, pois alterar o registro civil do apelante, nessas condições, pode acarretar uma insegurança jurídica e colocar em risco a ordem pública.

Recorro a alguns trechos sentença recorrida, *in verbis:*

> Não obstante, tem-se assentado hodiernamente que o direito ao nome também apresenta um aspecto privado atinente a um direito da personalidade, ao direito de individualização e singularidade de cada indivíduo. Nesse sentido, o direito ao nome comporta certa mutabilidade, em razão das constantes mudanças a que as pessoas estão sujeitas.
>
> Essa mutabilidade, todavia, não pode colocar em risco a ordem pública ou a segurança jurídica, vale dizer, deve ser vedada quando representar prejuízos a terceiros ou à coletividade.
>
> No presente caso, após sopesar os aspectos acima mencionados, convenço-me de que deve prevalecer a regra geral de imutabilidade do nome civil.
>
> Isto porque, ao contrário do que sustenta o requerente no item 3 de f. 3 dos autos, este possui condenações por roubo com emprego de arma e furto qualificado.
>
> Tais circunstâncias recomendam redobrada cautela na análise do pedido formulado nestes autos, visto que, se de um lado não há evidências de que o requerente sofra prejuízos à sua identificação em virtude da ausência do patronímico da mãe, de outra a alteração de seu nome causará prejuízos à ordem pública, em especial no que se refere ao interesse público de que os antecedentes criminais sejam rigorosamente controlados pelos órgãos de segurança.

Ressalto ainda a ponderação feita pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da 2ª Promotoria de Justiça de Paranaíba, *in verbis:*

> [...] Assim, não sendo constatado no decorrer dos autos que a ausência do patronímico da genitora provoca prejuízo ao apelante, tampouco o expõe ao ridículo, tenho que a alteração no assento de nascimento é desnecessária.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso e, contra o Parecer da PGJ, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a r. decisão objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, 2 de dezembro de 2010.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.019205-0 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REGRESSIVA – CONTRATO DE SEGURO – TRANSPORTE DE MERCADORIAS – DANOS CAUSADOS EM DECORRÊNCIA DE MANOBRA REALIZADA PARA EVITAR A OCORRÊNCIA DE SINISTRO – RISCO INSERIDO NA COBERTURA DO SEGURO – DEVER DE INDENIZAR MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Diante da ausência de provas de que a carga estava mal acondicionada no veículo transportador ou que houve negligência do segurado nesse sentido, os danos ocasionados em decorrência de manobra realizada para evitar o sinistro devem ser inclusos na cobertura do risco do seguro.

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.

Campo Grande, 5 de outubro de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Sul América Companhia Nacional de Seguros interpõe Apelação Cível (f. 606-17) contra sentença (f. 592-600) que, na ação regressiva movida por ACE Seguradora S.A. em face de Expresso Flecha de Prata Ltda., condenou a segunda recorrida a pagar, à primeira, o montante de R$ 276.798,61 devidamente corrigido, e julgou procedente o pedido de denunciação à lide para condenar a recorrente a reembolsar a segunda apelada, em caráter regressivo, até o limite da apólice.

Sustenta a ausência de cobertura para o evento reclamado, visto que a avaria da carga transportada não ocorreu diretamente por colisão, capotagem, abalroamento ou tombamento do veículo.

Aduz que não houve qualquer acidente com o veículo transportador e que os danos causados na mercadoria se deram porque estava mal acondicionada, fato que exclui a cobertura do seguro, conforme consta na cláusula segunda limitadora do risco.

Colaciona jurisprudência em defesa de sua tese e pede o provimento do recurso para afastar sua condenação.

Contrarrazões às f. 627-35 e 637-8.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Sul América Companhia Nacional de Seguros interpõe Apelação Cível (f. 606-17) contra sentença (f. 592-600) que, na ação regressiva movida por ACE Seguradora S.A. em face de Expresso Flecha de Prata Ltda., condenou a segunda recorrida a pagar, à primeira apelada, o montante de R$ 276.798,61 devidamente corrigido, e julgou procedente o pedido de denunciação à lide para condenar a recorrente a reembolsar a segunda apelada, em caráter regressivo, até o limite da apólice.

Sustenta a ausência de cobertura para o evento reclamado, visto que a avaria da carga transportada não ocorreu diretamente por colisão, capotagem, abalroamento ou tombamento do veículo.

Aduz que não houve qualquer acidente com o veículo transportador e que os danos causados na mercadoria se deram porque estava mal acondicionada, o que exclui a cobertura do seguro, conforme consta na cláusula segunda limitadora do risco.

Colaciona jurisprudência em defesa de sua tese e pede o provimento do recurso para afastar sua condenação.

A questão cinge-se em saber se os danos provocados pelo acidente estão ou não cobertos pelo contrato de seguro.

A apelante sustenta a exclusão da cobertura alegando que os danos ocorridos não foram causados por colisão, capotagem, abalroamento ou tombamento do veículo transportador, e sim pelo fato do mau acondicionamento da mercadoria.

Em que pesem os argumentos, a sentença deve ser mantida.

Conforme se vê do boletim de acidente de trânsito de f. 92, o policial rodoviário narrou que *"o V1 ao desviar repentinamente de outro veículo que estava parado no acostamento com parte da carroceria na pista de rolamento, teve as amarras da carga rompidas e, em consequência, projetou-as no acostamento."* (destacado)

Nesse passo, conclui-se que, ao revés do que sustenta a apelante, não há prova nos autos de que a carga estava mal acondicionada ou que houve negligência do segurado nesse sentido. Pelo contrário, extrai-se dos fatos que as máquinas transportadas estavam fixadas de forma regular em cima da carroceria, tanto que as amarras se romperam com a pressão provocada na manobra realizada no veículo para evitar a colisão.

O mesmo ocorre em relação à causa do acidente, pois, apesar de o dano não ter sido provocado em decorrência de colisão, capotagem, abalroamento ou tombamento do veículo transportador (cláusula 1 do contrato - f. 266), a manobra do motorista foi realizada exatamente para evitar que acontecesse uma dessas hipóteses, o que causaria consequências certamente mais sérias e com prejuízos maiores.

Saliente-se que a cláusula de cobertura deve ser interpretada à luz da razoabilidade e proporcionalidade, em obediência aos princípios de boa-fé e de equidade que norteiam a relação contratual, haja vista que a causa do acidente (manobra para evitar colisão ou abalroamento) está inserida no risco dentre as hipóteses previstas no contrato, de maneira que se impõe o dever de indenizar.

Acresça-se que o artigo 779 do Código Civil de 2002 dispõe que *"o risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa."*

Pertinente a lição do doutrinador Jones Figueirêdo Alves[1] ao comentar a matéria:

> [...] Percebe-se, pela clareza do artigo, que foi excluída do contrato de seguro a não-responsabilização do segurador na parte que diga respeito aos danos conseqüentes da tentativa de preservação do bem assegurado. O teor afirmativo da norma, sem facultar restrições na apólice, torna incontroverso o interesse da lei, em melhor proteger o segurado, em face dos estragos ocasionados para "evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa", todos por sua origem incluídos no risco. Assim, o segurador responderá por todos os prejuízos decorrentes do risco assumido.

A propósito:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO DE PREJUÍZOS – SEGURO DE MERCADORIAS – APLICABILIDADE DO ART. 47 DO CDC – QUEDA DE MERCADORIA EM DECORRÊNCIA DE FREADA BRUSCA E DE OCORRÊNCIA DE SAQUE POR POPULARES NÃO PREVISTA – RELAÇÃO DOS RISCOS NÃO COBERTOS – PREVALÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – LIMITAÇÃO DA IDADE DO VEÍCULO UTILIZADO PARA TRANSPORTAR MERCADORIA E PREVISÃO DE DEDUÇÃO DE 20% DO VALOR A SER RESTITUÍDO, POR NÃO ACIONAMENTO DA ASSISTÊNCIA 24 HORAS – CLÁUSULAS ANULADAS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – VALOR ESTIPULADO NA INICIAL – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> Se na apólice de seguro não restou expressamente afastada a relação de riscos não cobertos às hipóteses de queda de mercadoria em decorrência de freada brusca e de ocorrência de saque por populares, prevalece o dever de indenizar, visto que àquela é taxativa.
>
> [...]. (AC n. 2005.008387-2, Dourados, Terceira Turma Cível, Rel. desig. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 22.8.2005).

Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado de primeiro grau, a sentença combatida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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 Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 5 de outubro de 2010.

***

1 SILVA, Regina B. T. da. **Código Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 707-8.

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.023571-4 - Dourados
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA – PRAZO DE CARÊNCIA – CIRURGIA EM CARÁTER DE EMERGÊNCIA – DANOS MORAIS REDUZIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em se tratando de casos de urgência ou emergência que ensejem necessidade de cirurgia, o prazo de carência para a autorização do plano de saúde é de apenas 24 horas, nos termos do art. 12,V, c, da Lei n. 9.656/98.

O valor da reparação não deve constituir enriquecimento sem causa ao ofendido, mas de desestímulo à repetição da conduta ofensiva.

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

Campo Grande, 19 de outubro de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Unimed de Dourados – Cooperativa de Trabalho Médico – interpõe Apelação Cível (f. 248-57) contra sentença (f. 234-43) que, na ação anulatória de cláusula contratual c/c obrigação de fazer e danos morais movida por Anderson Mendes Batista, julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar nula a Cláusula IX do contrato, que exclui a cobertura de prótese/órtese, por ser abusiva, e condenou-a a pagar os custos referentes à prótese-catéter e demais gastos decorrentes da cirurgia realizada no Hospital Santa Rita, desde que comprovados mediante documentos idôneos, mais danos morais no valor de R$ 10.000,00, devidamente corrigidos.

Inicialmente, pede a apreciação do agravo retido interposto contra decisão que indeferiu a denunciação da lide à empresa contratante do plano, Comércio de Bebidas Gran Dourados Ltda. No mérito, sustenta que a negativa de cobertura deu-se pelo simples fato de o apelado estar no período de carência para cirurgia (300 dias) e que o resultado seria outro se o médico tivesse declarado que o procedimento era de caráter de urgência ou de emergência, casos de exceção que exclui a limitação. Alega a inexistência de dano moral, pois sua atitude não foi ilegal nem agiu com má-fé, já que cumpriu o contrato. Ao final, pede provimento do recurso e prequestiona dispositivos de lei.

Contrarrazões às f. 264-72.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Unimed de Dourados – Cooperativa de Trabalho Médico – interpõe Apelação Cível (f. 248-57) contra sentença (f. 234-43) que, na ação anulatória de cláusula contratual c/c obrigação de fazer e danos morais movida por Anderson Mendes Batista, julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar nula a Cláusula IX do contrato, que exclui a cobertura de prótese/órtese, por ser abusiva, e condenou-a a pagar os custos referentes à prótese-catéter e demais gastos decorrentes da cirurgia realizada no Hospital Santa Rita, desde que comprovados mediante documentos idôneos, mais danos morais no valor de R$ 10.000,00, devidamente corrigidos.

Inicialmente, pede a apreciação do agravo retido interposto contra decisão que indeferiu a denunciação da lide à empresa Comércio de Bebidas Gran Dourados Ltda., contratante do plano. No mérito, sustenta que a negativa de cobertura deu-se pelo simples fato de que o apelado estava no período de carência para cirurgia (300 dias) e que o resultado seria outro se o médico tivesse declarado que o procedimento era de caráter de urgência ou de emergência, casos de exceção que exclui a limitação. Alega a inexistência de dano moral, pois sua atitude não foi ilegal nem agiu com má-fé, já que cumpriu o contrato. Ao final, pede provimento do recurso e prequestiona dispositivos de lei.

Do agravo retido

A denunciação da lide com base no art. 70, III, do Código de Processo Civil tem como justificativa prestigiar celeridade e economia processuais, uma vez que, admitindo-se a demanda do réu contra o denunciado nos mesmos autos da ação principal, aquele ficará dispensado de mover ação regressiva.

No caso, a apelante denunciou à lide a empresa contratante, Comércio de Bebidas Gran Dourados Ltda., alegando ser a responsável pela situação, visto que não aderiu às coberturas asseguradas pela Lei n. 9.656/98.

A respeito da matéria, estabelece o Código de Processo Civil:

> Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:
>
> [...].
>
> III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Da análise dos autos, constata-se a inaplicabilidade do dispositivo, visto que os alegados danos morais e materiais não ocorreram por atuação da pretensa denunciada, seja em razão da lei, seja em razão de contrato.

Ademais, o documento de f. 24 demonstra, de forma satisfatória, que a apelante foi a única responsável pela negativa de autorização do procedimento por não ter expirado o prazo de carência, ocorreu, portanto, defeito na prestação de seus serviços.

A propósito:

> APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRENTE – DENUNCIAÇÃO À LIDE – INCABÍVEL – DIREITO À SAÚDE – PRÓTESE/ÓRTESE LIGADA AO ATO CIRÚRGICO – URGÊNCIA – CLÁUSULA EXCLUDENTE NULA – APLICAÇÃO DO CDC – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGPM-FGV – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO CONFIGURADA – RECURSO DA REQUERIDA PROVIDO PARCIALMENTE.

> [...]
>
> Para que seja autorizada a denunciação à lide, é necessário que a sucumbência da denunciante gere, automaticamente, a responsabilidade do denunciado em ressarcir os valores despendidos, o que não ocorreu na hipótese em exame.
>
> [...] A 'válvula biológica EPIC' está diretamente ligada ao ato cirúrgico, de forma que é obrigação da Unimed fornecer o material, mostrando-se nula a cláusula excludente, ferindo a boa-fé e equidade que deve permear os planos de saúde. [...]. (AC n. 2009.025878-7, Dourados, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, julgado 31.5.2010).

Assim, voto por se negar provimento ao agravo retido.

Do mérito

O recurso deve ser parcialmente provido.

Da cobertura do plano de saúde

A Lei n. 9.656/98, que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde, estabelece que é de 24 (vinte e quatro) horas o prazo de carência para os casos de urgência e emergência (art. 12, V, c).

Assim, a cláusula de carência invocada pela apelante não pode ser motivo para a negativa da cobertura, tão pouco sobrepor ao quadro de emergência apresentado pelo segurado, que estava no pleno gozo de seus direitos de associado.

Saliente-se que, ao revés dos seus argumentos, entende-se que, pela natureza emergencial do atendimento, não se revelou legítima a negativa do plano para a cobertura do procedimento cirúrgico. Aliás, os fatos apontam que a internação se realizou no dia 14.2.2009 e a cirurgia ocorreu no dia 17.2.2009, ou seja, após três dias, deixando evidente que foi medida de extrema necessidade.

Querer exigir do segurado, diante do quadro de saúde que apresentava (dor intensa), que aguardasse a transposição do prazo de carência que iria ocorrer dois meses após (25.4.2009), refoge aos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, beirando à má-fé.

O fato de o médico ter indicado o caráter de internação como "eletiva" não é suficiente para descaracterizar a natureza de emergência, pois a informação deu-se no início da internação.

O documento de f. 25 revela que houve, além da "prorrogação da internação", a "mudança de procedimento", o que leva a concluir que o quadro do paciente piorou, havendo necessidade da intervenção cirúrgica com urgência, decisão que cabe ao profissional que está acompanhando o paciente.

Na verdade, o que se procura é tolher o profissional da saúde de escolher a alternativa que melhor convém à cura. Aliás, o saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes de Direito, quando foi relator do REsp n. 668.216, asseverou:

> [...] Isso quer dizer que o plano de saúde pode estabelecer que doenças estão sendo cobertas, mas não que o tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Assim, por exemplo, se está coberta a cirurgia cardíaca, não é possível vedar a utilização de *stent*, ou, ainda, se está coberta a cirurgia de próstata, não é possível impedir a utilização de esfíncter artificial para controle da micção. O mesmo se diga com relação ao câncer. Se a patologia está coberta, parece-me inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de que a quimioterapia é uma das alternativas possíveis para a cura da doença. Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor

> do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor. Assim, no caso, não havendo exclusão do câncer na apólice do autor, não há como impedir a cobertura do seguro para o tratamento por quimioterapia em regime ambulatorial ou de internação.

Destarte, a apelante não se desincumbiu do seu ônus em provar que o procedimento cirúrgico realizado no segurado não era de caráter emergencial, limitando-se a questionamentos.

Do dano moral

Conforme orientação do Superior de Tribunal de Justiça, é cabível indenização por danos morais nos casos de recusa à cobertura de tratamento médico, em razão do agravamento da aflição psicológica e angústia no espírito do paciente. A propósito:

> CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SEGURO SAÚDE. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO PARA A INTERNAÇÃO DE URGÊNCIA. PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. DANO MORAL.
>
> - Tratando-se de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de conseqüências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica.
>
> - Conforme precedentes da 3ª Turma do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito.
>
> Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 657.717/RJ, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 23.11.2005).

Assim, verificado abuso da empresa ao deixar de prestar o serviço contratado, mostra-se viável e, por vezes, necessária sua condenação ao ressarcimento dos danos de ordem extrapatrimonial causados injustamente, de modo a se preservar a boa-fé no agir das partes, assim como a perfeita execução dos pactos, evitando a banalização de descumprimentos injustificados.

Desta forma, tendo a Unimed-Dourados dado causa à tristeza, desgosto e angústia pela injusta recusa em fornecer o serviço médico contratado, deve indenizá-lo na exata proporção do gravame ensejado, seja como forma de compensar a situação vexatória pela qual passou, seja para atuar como sanção ou fator de desestímulo à prática de atos similares e lesivos.

No caso em tela, o dever de indenizar advém da injusta recusa em fornecer o serviço médico esperado pelo consumidor, em momento de extrema angústia e sofrimento físico.

Norteada pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se esta 2ª Turma Cível:

> AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL DE CONTRATO C/C INDENIZATÓRIA – DANO MATERIAL – COMPROVAÇÃO – DANO MORAL – LIMITAÇÃO DE INTERNAÇÃO EM UTI – RECUSA INDEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.[...] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a recusa indevida à cobertura médica enseja reparação a título de dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já fragilizado pela própria doença. (AgRg em AC n. 2009.009552-5, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 17.11.2009).

Ocorre, entretanto, que a indenização extrapatrimonial deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação constitua um meio de enriquecimento sem causa para o ofendido (beneficiário da gratuidade judiciária – f. 22), com manifestos abusos e exageros, nem para o desprestígio do Poder Judiciário, com condenação em valores irrisórios, devendo o arbitramento operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa e a extensão do dano causado.

Nesse passo, não é caso de exclusão da condenação como quer a apelante, mas a sua redução, uma vez que o montante de R$ 10.000,00 se mostra excessivo, já que o agravo à honorabilidade do apelado não foi tão intenso e não propiciou grande repercussão, razão pela qual ela deve ser reduzida para R$ 4.000,00 (quatro mil reais), em face dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir o valor arbitrado a título de danos morais, fixando-o em R$ 4.000,00 (quatro mil reais), corridos desde a data da sentença, a qual fica mantida nos demais termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E 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 Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 19 de outubro de 2010.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.025212-9 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – LICENÇA PARA ESTUDO REMUNERADA – RETORNO SEM O CUMPRIMENTO DO PERÍODO DE 2 ANOS – EXONERAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR OS CUSTOS AO ESTADO – IMPENHORABILIDADE NÃO COMPROVADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O servidor tem a obrigação de restituir os custos da remuneração recebida do Estado durante afastamento para estudo, se nos dois anos subsequentes ao seu término ocorrer sua exoneração.

A impenhorabilidade de bens deve ser comprovada, não bastando mera alegação.

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.

Campo Grande, 5 de outubro de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Jacqueline Valerio Ribeiro de Campos interpõe Apelação Cível (f. 133-8) contra sentença (f. 122-8) que, nos embargos à execução fiscal opostos em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos formulados que visavam à nulidade da Certidão de Dívida Ativa, decadência do crédito, reconhecimento de pagamento e impenhorabilidade do imóvel constritado na execução.

Sustenta que tentou, por várias vezes, quitar o débito por meio de prestação de serviços, contudo não foi consentido pelo apelado, até que, em contato com a direção do Palácio Popular da Cultura, na pessoa da Sra. Elza Maria Verlangieri Loschi, ela permitiu que desse expediente naquele local como médica durante nove meses, de forma que a dívida estaria paga. Aduz que o imóvel penhorado é bem de família porque, embora não resida lá por conta de sua deficiência física (não pode subir escadas), depende do aluguel para pagar a casa onde está morando. Ao final, juntando laudo e declarações, pleiteia a quitação do débito em razão da prestação de serviços médicos no consultório do Palácio Popular da Cultura, bem como o cancelamento da penhora.

Contrarrazões às f. 148-55.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Jacqueline Valerio Ribeiro de Campos interpõe Apelação Cível (f. 133-8) contra sentença (f. 122-8) que, nos embargos à execução fiscal opostos em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos formulados que visavam à nulidade da Certidão de Dívida Ativa, decadência do crédito, reconhecimento de pagamento e impenhorabilidade do imóvel constritado na execução.

Sustenta que tentou, por várias vezes, quitar o débito por meio de prestação de serviços, contudo não foi consentido pelo apelado, até que, em contato com a direção do Palácio Popular da Cultura, na pessoa da Sra. Elza Maria Verlangieri Loschi, ela permitiu que desse expediente naquele local como médica durante nove meses, de forma que a dívida estaria paga. Aduz que o imóvel penhorado é bem de família porque, embora não resida lá por conta de sua deficiência física (não pode subir escadas), depende do aluguel para pagar a casa onde está morando. Ao final, juntando laudo e declarações, pleiteia a quitação do débito em razão da prestação de serviços médicos no consultório do Palácio Popular da Cultura, bem como o cancelamento da penhora.

Colhe-se dos autos que a apelante, servidora estadual, obteve licença para estudo (residência médica) com direito aos vencimentos no período compreendido entre 1.3.1993 e 31.12.1994 (vinte e um meses). Ao retornar, permaneceu até 5.10.1995, quando pediu exoneração para tomar posse em outro cargo público (médica do Município de Campo Grande).

Sustenta que tinha ciência de que deveria restituir ao Estado a remuneração recebida durante o afastamento porque não completou o mínimo de dois anos de exercício do cargo após o retorno (art. 163, § 2º, da Lei n. 1.102/90[1]) e que, por isso, propôs o pagamento mediante o desconto de 20% sobre os seus vencimentos, o que foi indeferido.

Não obstante, aduz que se manteve à disposição da Administração e propôs o pagamento mediante a prestação de serviços como médica no Palácio Popular da Cultura, sem recebimento de salário, dando ensejo ao processo administrativo iniciado em 11.7.1997, findo em 18.8.1998, no qual lhe foi indeferido o pedido, quando já trabalhava há quase ano e meio, sendo que não lhe foi cientificado o resultado, pelo que continuou a trabalhar naquele local até completar o tempo necessário. Assim, alega que já efetuou o pagamento.

A irresignação não prospera.

Nos termos do artigo 163 da Lei n. 1.102/90, o servidor licenciado na forma do artigo 162, inciso I, será obrigado a restituir os custos da remuneração recebida e as despesas que o Estado arcou com o seu estudo, se nos dois anos subsequentes ao término desse afastamento ocorrer sua exoneração, demissão ou licença para trato de interesse particular.

No caso, a recorrente afastou-se de suas atividades e após o seu retorno permaneceu por apenas 8 meses.

Como se vê, ela não quitou o débito no prazo estipulado na lei, ensejando a inscrição em dívida ativa e desta obrigação estava ciente, tanto que juntou cópia de dois processos administrativos: o primeiro autuado em 12.9.1995, solicitando a renegociação da dívida (f. 34-46), que foi indeferido; o segundo autuado em 11.7.1997, requerendo o pagamento por meio da prestação de serviços médicos ao Estado, também indeferido (f. 6-33).

No que concerne à prestação de serviços no Palácio Popular da Cultura, esta forma não foi aceita pelo Estado porque, segundo o Ente, a hipótese não tem previsão legal e burla o processo licitatório.

1 Art. 163. O servidor licenciado na forma do art. 162 será obrigado a restituir os custos da remuneração recebida e as despesas que o Estado arcar com o seu estudo, se nos dois anos subseqüentes ao término desse afastamento ocorrer sua exoneração, demissão ou licença para trato de interesse particular. [...] § 2º A exoneração a pedido, ou a licença, somente serão concedidas após a quitação com o Estado.

Outrossim, na tentativa de comprovar a prestação de serviços, a recorrente junta na apelação duas declarações, a primeira firmada pela Diretora-Geral do Centro de Convenções e a segunda pela Gestora de Programação de Eventos (f. 143-4, respectivamente), ambas do Palácio Popular da Cultura.

Contudo, tais documentos não servem para comprovar a quitação do débito por meio da prestação de serviços.

É que ocorreu a preclusão consumativa, porque poderiam ter sido produzidos ao tempo da contestação, momento processual adequado para tanto. O artigo 396 dispõe que "*Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283) ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações*".

A discussão em torno da quitação do débito não é nova e vem sendo objeto de debate desde o início da lide, de forma que poderia ter requerido a produção de prova testemunhal, e não o fez. Ademais, não apresentou nenhuma justificativa plausível para juntada somente nesta fase recursal.

E, ainda que tais declarações pudessem ser aceitas, não servem para comprovar a quitação do débito, visto que na de f. 143, datada de 22.4.2010, Elza Maria Verlangieri Loschi, afirma que a recorrente trabalhou no ano de 1998 no Centro de Convenções – Palácio Popular da Cultura –, cedida pela Secretaria de Saúde no Cargo de Médica e que havia registro de frequência. Já na outra, com a mesma data, Izabel Cristina Araujo Correa, declara que a apelante prestou serviços nos últimos seis meses de 1997 e o ano inteiro de 1998 (f. 144).

Contudo, não colacionou nos autos qualquer documento que comprove a existência da cessão e a frequência da apelante, ou seja, não há comprovação da natureza do vínculo. E mais, não restou esclarecido de quem partiu a autorização para que a apelante permanecesse naquele local, já que o Estado havia indeferido seu pedido.

De outro lado, a tese sobre a impenhorabilidade do imóvel constritado também não convence.

Na inicial, a recorrente alegou que o apartamento penhorado é bem destinado à sua moradia (f. 4).

A magistrada de primeiro grau indeferiu o levantamento da penhora nos seguintes termos (f. 127):

> Conforme se observa do executivo fiscal, o endereço que consta na CDA como sendo o da embargante (f. 3) não coincide com o do imóvel penhorado (f. 80-81).
>
> Além disso, a embargante foi citada em outro endereço, ao que indica a certidão de f. 10 – verso, seu local de trabalho, e, posteriormente, foi intimada da penhora de numerário em local totalmente diverso (f. 124), não se podendo concluir que ela realmente mora no imóvel cuja impenhorabilidade alegou ou que o mesmo, de fato, trata-se de bem de família.

Agora, em sede de apelação, mudou a alegação, dizendo que, de fato, não mora no apartamento por conta de sua deficiência que não permite subir escadas, mas que, com o produto de sua locação, paga os custos da nova casa, e para tanto junta atestado com a indicação de seu problema físico (f. 145).

Ocorre que o documento apenas serve para atestar sua deficiência, mas não a impenhorabilidade do apartamento, visto que não juntou cópia do contrato de aluguel nem dos custos da nova casa.

Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão da magistrada de primeiro grau, a sentença combatida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por negar provimento à apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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 Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 5 de outubro de 2010.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.016387-7 - Maracaju
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – AGRAVO RETIDO – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – PEDIDO DE DENUNCIAÇÃO À LIDE – NÃO COMPROVADA A NOTIFICAÇÃO DE CESSÃO DE CRÉDITO – ENDOSSO – AUSÊNCIA DE PODERES PARA NEGOCIAR – IMPROVIDO.

Não restando comprovada a notificação de cessão de crédito, por disposição do art. 290 do CC, esta não tem eficácia em relação ao devedor.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA – MONTANTE DEVIDO FIXADO EM DÓLARES A SEREM CONVERTIDOS EM REAIS NA DATA DO PAGAMENTO, UTILIZANDO COTAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL – CUMPRIMENTO DO CONTRATO – MULTA CONTRATUAL PREVISTA SOMENTE EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DO VENDEDOR – CONTRATO LIVREMENTE PACTUADO – AUSÊNCIA DE VÍCIO APARENTE – APLICAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL AFASTADA – PROVIDO.

Não havendo previsão de multa contratual por inadimplemento da compradora, ora apelante, não há aplicar a condenação ao pagamento de 10% sobre o valor do contrato.

As disposições contratuais livremente pactuadas pelas partes, em instrumento que não possua vícios aparentes, devem ser mantidas.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA – APLICAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL – ART. 412 DO CC – PREJUDICADA PELO PROVIMENTO DO RECURSO DA PARTE CONTRÁRIA – ART. 400 CC – PAGAMENTO DA DÍVIDA EM ESTIMATIVA MAIS FAVORÁVEL AO DEVEDOR – OBRIGAÇÃO ADIMPLIDA – LIDE EMBASADA EM PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO EM FORMA DIVERSA DA CONTRATADA – AFRONTA AO DEVER DE PROBIDADE – ART. 17, INCISOS I E II, DO CPC – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – MULTA E INDENIZAÇÃO DO ART. 18, *CAPUT* E § 2°, DO CPC – IMPROVIDO.

A condenação por litigância de má-fé é possível quando ocorrer quaisquer das hipóteses do art. 17 do CPC.

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 agravo retido e dar provimento ao recurso de Celeiro Armazéns Gerais Ltda., e negar provimento ao recurso de José Alfredo Buainain.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

José Alfredo Buainain e Celeiro Armazéns Gerais Ltda., irresignados com a sentença de f. 528-40, que julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória c/c Cobrança que o primeiro move em desfavor da segunda, condenando a empresa nas sanções da cláusula penal contratualmente estipulada, reduzida para 10% do valor do contrato, além do pagamento de 1/3 dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, interpõem recursos de apelação (f. 545-60 e 563-88).

José Alfredo Buainain, em razões recursais de f. 545-60, alega que devida à oscilação diária do preço do produto, mesmo um único dia de inadimplemento é suficiente para gerar grandes prejuízos.

Afirma que não há disposição legal vedando a cumulação de cláusula penal com os prejuízos do atraso no pagamento, nos termos do art. 398 do Código Civil, tampouco há restrições quanto à aplicação do art. 400 do mesmo *Codex*.

Destaca que *"a despeito de ser possível a redução da cláusula penal quanto a obrigação tiver sido cumprido conforme prevê o art. 412 do CC/2002, este mesmo dispositivo exige que seja observada a natureza e a finalidade do negócio"* (f. 557).

Argumenta que o valor da cláusula penal foi livremente pactuado, em total obediência ao art. 412 do Código Civil; que o percentual de 30% não é excessivo e deve ser aplicado, sob pena de não ser atendida a finalidade de punição.

Pede o provimento do recurso, reformando a sentença atacada, para reconhecer a procedência do pedido de condenação da apelada ao pagamento da diferença do preço da saca de soja previsto no contrato e aquele praticado no mercado no dia do efetivo pagamento, por ser esta a estimativa mais favorável ao devedor, conforme autoriza o art. 400 do CC.

Pleiteia ainda a condenação da apelada nas sanções da cláusula penal na forma pactuada, reformando-se a sentença no que toca à redução perpetrada.

Contrarrazões às f. 614-37.

Igualmente irresignada, Celeiro Armazéns Gerais Ltda., interpõe recurso de apelação às f. 563-88.

Pede a análise e provimento do agravo retido interposto em audiência de conciliação, para deferir a denunciação à lide, em face da transferência da Cédula de Produto Rural por meio de endosso para a pessoa jurídica Seara Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários Ltda.

Alega o cumprimento absoluto do contrato e a inexistência de atraso no cumprimento da obrigação; a impossibilidade de aplicação da multa moratória em razão da ausência de estipulação contratual; a violação ao princípio da proibição ao comportamento contraditório por parte do apelado.

Argumenta sua ausência de culpa no suposto descumprimento da obrigação, em face da transferência do título de crédito por meio de endosso à Seara, impugna o valor da multa moratória e aponta a necessidade de compensação dos honorários advocatícios.

Pede o conhecimento e provimento, para reformar a sentença, julgando totalmente improcedente o pedido do apelado, afastando assim qualquer condenação sobre a recorrente.

Em não sendo este o entendimento, que a multa moratória seja reduzida para um patamar não superior a 0,5% sobre o valor do contrato e que seja determinada a compensação dos honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 596-612.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

José Alfredo Buainain e Celeiro Armazéns Gerais Ltda., irresignados com a sentença de f. 528-40, que julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória c/c Cobrança que o primeiro move em desfavor da segunda, condenando a empresa às sanções da cláusula penal contratualmente estipulada, reduzida para 10% do valor do contrato, além do pagamento de 1/3 dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, interpõem recursos de apelação (f. 545-60 e 563-88).

Do recurso interposto por Celeiro Armazéns Gerais Ltda.

Do agravo retido

Com o agravo retido apresentado em audiência (f. 290-2), busca a agravante ver deferido seu pedido de denunciação à lide, em face da transferência da Cédula de Produto Rural por meio de endosso para a pessoa jurídica Seara Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários Ltda. (f. 120).

Argumenta que o agravado concordou com o endosso por sua procuradora e aponta a necessidade do deferimento do pedido *"para que eventual condenação, a agravante possa cobrar a denunciada"* (*sic*, f. 291).

Contudo não merece guarida tal alegação.

Não consta nos autos que a agravante tenha notificado o agravado José Alfredo da cessão de crédito da Cédula de Produto Rural de f. 117-9, firmada com a pessoa jurídica Seara Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários Ltda.

Também não procede a alegação de que José Alfredo concordou com o endosso por meio de sua procuradora, a Coopsema – Cooperativa Serra de Maracaju.

Embora o agravado seja associado à referida cooperativa, esta é terceira estranha à lide.

Não há no contrato qualquer menção a poderes de negociação outorgados pelo agravado à cooperativa para que atuasse em seu nome, nem sequer nos autos há procuração nesse sentido.

Deste modo, o improvimento do agravo retido é medida que se impõe.

Da apelação

Alega a apelante o cumprimento absoluto do contrato, afirmando que o valor negociado em 20.11.2006 foi estabelecido em US$ 56.000,00, que deveriam ser convertidos em reais na data do pagamento, ou seja, 10.3.2007 (sábado), utilizando-se a cotação da moeda americana do dia anterior ao do pagamento.

Afirma que, como o dia do pagamento era um sábado, prorrogou-se o prazo para o primeiro dia útil subsequente, segunda-feira.

Argumenta que, como durante os finais de semana não há cotações, aguardou até a terça-feira para realizar o pagamento, utilizando a cotação do dólar americano apurada no dia anterior.

Ressalta, ainda, que depositou na conta corrente do apelado a quantia de R$ 118.909,90, maior do que a devida, uma vez que o valor devido no dia em que o pagamento foi realizado, utilizando-se o dólar americano cotado na segunda-feira (R$ 2,096), perfazia o total de R$ 118.367,50.

Razão assiste ao apelante.

Para melhor elucidação da questão, transcrevo trecho do compromisso particular de compra e venda firmado entre as partes:

> 2 - O valor de referida mercadoria é de R$ 24,41 (vinte quatro reais quarenta um centavos), por saca de 60 kg, valor este correspondente a US$ 11,30 (onze dólares e trinta centavos de dólar), dólares norte-americanos, por saca de 60 kg. Perfazendo um total de R$ 122.050 (cento vinte dois mil cinquenta), equivalentes a US$ 56.500 (cinquenta seis mil quinhentos), dólares norte-americanos.
>
> 2.1 – Os valores descritos acima são livres de impostos, ficando o VENDEDOR responsável pelo pagamento, em havendo, das taxas relativas ao recebimento/carregamento.
>
> 2.2 – O preço estipulado pelas partes será pago da seguinte forma:
>
> Pagamento em 10 de março de 2007, o valor de US$ 56.500 (cinquenta seis mil quinhentos), dólares norte-americanos que serão convertidos em reais na data do pagamento utilizando a taxa do dólar SISBACEM cotação 'PTAX' compra, na data do respectivo pagamento, referente ao fechamento do dia anterior. (*sic*, f. 38)

Consultando o Sisbacen – Sistema do Banco Central –, afere-se que a cotação da moeda americana para compra na segunda-feira, dia anterior ao que o pagamento foi realizado, era R$ 2,09540.

Realizando a conversão do valor de US$ 56.500,00 para reais, fazendo uso da cotação supramencionada, o montante devido perfazeria R$118.390,10.

Como demonstra o extrato de f. 42, o valor depositado na conta corrente do apelado no dia 13.3.2007 (terça-feira), foi de R$ 118.909,10.

De tal monta que procede à alegação de cumprimento do contrato.

Assim, não há falar em aplicação de multa contratual, a qual, ressalte-se, não é prevista no contrato por inadimplemento da recorrente-compradora, como consta na cláusula 6:

> 6 – No caso de inadimplência, ou seja, se não houver entrega total da mercadoria na data estipulada, ficará o VENDEDOR em mora, independente de interpelação, respondendo pelos prejuízos que seu atraso der causa, sem prejuízo de multa de 30% acumulada esta com perdas e danos, cobráveis tanto na rescisão, como na execução do contrato, podendo também a COMPRADORA optar a seu critério pela restituição da mercadoria com base no valor atual de mercado na data da entrega do produto adquirido, tendo como base, o preço médio estipulado de 3 (três) corretoras para a praça de Paranaguá. [...]

Vê-se claramente que a cláusula somente prevê condenação no caso de descumprimento do acordo por parte do vendedor, ora apelado.

O compromisso de compra e venda foi livremente pactuado pelas partes e, não havendo nenhum vício aparente, devem ser mantidas suas disposições.

Não havendo previsão de multa contratual por inadimplemento da compradora, ora apelante, não há aplicar a condenação ao pagamento de 10% sobre o valor do contrato, como proferido em sentença.

Do recurso interposto por José Alfredo Buainain

O recorrente afirma que não há disposição legal vedando a cumulação de cláusula penal com os prejuízos do atraso no pagamento, nos termos do art. 398 do Código Civil, tampouco há restrições quanto à aplicação do art. 400 do mesmo *Codex*.

Destaca que *"a despeito de ser possível a redução da cláusula penal quanto a obrigação tiver sido cumprido conforme prevê o art. 412 do CC/2002, este mesmo dispositivo exige que seja observada a natureza e a finalidade do negócio"* (f. 557).

Argumenta que o valor da cláusula penal foi livremente pactuado, em total obediência ao art. 412 do Código Civil; que o percentual de 30% não é excessivo e deve ser aplicado, sob pena de não ser atendida a finalidade de punição.

Pede o provimento do recurso, reformando a sentença atacada, para reconhecer a procedência do pedido de condenação da apelada ao pagamento da diferença do preço da saca de soja previsto no contrato e aquele praticado no mercado no dia do efetivo pagamento, por ser esta a estimativa mais favorável ao devedor, conforme autoriza o art. 400 do CC.

Não obstante as alegações apresentadas pelo apelante, a análise do recurso resta prejudicada em face do total provimento da apelação interposta pela parte contrária.

Insta salientar a impossibilidade de condenação da recorrida ao pagamento da diferença do preço da saca de soja previsto no contrato e aquele praticado no mercado no dia do efetivo pagamento, como pleiteia o apelante, uma vez que o compromisso pactuado determinava o pagamento de forma diversa, qual seja, a conversão de montante previamente fixado em dólares americanos, transformando-o em reais utilizando-se cotação da moeda americana apurada no dia anterior ao do pagamento, como dispõe claramente a cláusula 2.2 do compromisso de compra e venda firmado entre as partes.

Como constou na sentença ora combatida, quer-se crer que o real motivo da lide reside na variação do preço da soja, que foi superior ao do dólar americano, pois, como se percebe, o preço da saca de soja fixado no contrato, em US$ 11,30 (R$ 24,41 – f. 38), ficou aquém da cotação em reais da leguminosa à época do pagamento (R$ 28,00 – f. 61).

Ora, não restam dúvidas de que a conduta do apelante reflete no descumprimento do dever de probidade contido no art. 14, I, II e III, do CPC, configurando, assim, a litigância de má-fé, na figura do art. 17, I (parte final) e II, do mesmo estatuto adjetivo, prática que deve ser evitada e coibida, porquanto configura ato atentatório à dignidade da Justiça, atravanca mais ainda a máquina judiciária, além de aumentar a morosidade da resposta ao jurisdicionado, deve, por isso, o recorrente ser condenado pela litigância de má-fé.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> MULTA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – EMBARGANTE QUE ALTERA A VERDADE DOS FATOS - CONDENAÇÃO MANTIDA.
>
> Mantém-se a condenação do embargante ao pagamento de multa, por alterar intencionalmente a verdade dos fatos, infringindo o princípio da lealdade processual (AC n. 2003.010106-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 12.9.2004, DJ n. 897 de 30.9.2004).
>
> A pena por litigância de má-fé, prevista no art. 18 do CPC, pode ser aplicada *ex officio* pelo juiz da causa. A dedução em juízo contra fato incontroverso, subsume-se a espécie do inciso I do art. 17 do mesmo *codex,* devendo, o autor, sofrer a sanção em referencia, que possui natureza de pena pecuniária e busca coibir o mau uso do processo (AC n. 455956, Dourados, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 10.9.1996, DJ de 17.10.1996, p. 6). (RJTJMS n.119/62).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido interposto por Celeiro Armazéns Gerais Ltda. Contudo, dou provimento ao recurso interposto pela referida parte, afastando a condenação ao pagamento de 10% sobre o valor do contrato.

Por outro lado, nego provimento ao recurso de apelação interposto por José Alfredo Buainain que, em face da total improcedência da ação, deverá arcar exclusivamente com os ônus sucumbenciais.

Com fulcro no art. 18, *caput* e § 2º, do CPC, condena-se o apelante José Alfredo Buainain ao pagamento da multa de 1% e da indenização de 10%, ambas sobre o valor da causa, por litigância de má-fé.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE CELEIRO ARMAZÉNS GERAIS LTDA., E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE JOSÉ ALFREDO BUAINAIN.

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 novembro de 2010.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.026309-8 - Dourados
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA E ANULAÇÃO DE ASSEMBLEIA – AGRAVO RETIDO – IMPROCEDENTE – ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS – ASSEMBLEIA EXTRAORDINÁRIA – FIXA VALOR DA QUOTA DOS ASSOCIADOS RETIRANTES – VALOR NÃO ATRELADO AO PATRIMÔNIO DA ASSOCIAÇÃO – LEGALIDADE – RECURSO PROVIDO.

Não há falar em nulidade da decisão por falta de fundamentação, se, embora sucinta, apreciou o fato e deu a razão de seu convencimento.

Tratando-se de associação civil, sem fins lucrativos, todo o patrimônio e receita gerada pela pessoa jurídica deve ser empregado no fomento de suas atividades.

Inexistindo ilegalidade na Ata de Reunião de Assembleia Geral Extraordinária que aprovou o valor das cotas dos associados desligados da Associação, a validade do ato não pode ser afastada.

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

Campo Grande, 30 de novembro de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Associação Belmiro Barroso da Silva contra a sentença de f. 204-10, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na ação de cobrança e anulação de assembleia que lhe moveu José Luiz Censi.

Alega preliminar de nulidade da sentença, por ofensa ao princípio do devido processo legal, visto que, em vez de se aguardar o prazo de 30 dias concedido em audiência, o feito foi sentenciado em 4.9.2009, sem analisar o agravo retido (protocolado em 8.6.2009) interposto contra a decisão que indeferiu as provas postuladas, que só foi juntado aos autos após a prolação da sentença.

Consigna que é imperiosa a análise e conhecimento do agravo retido, com exercício de posterior juízo de retratação, enfatizando que o retido sustenta questão fundamental a respeito da produção de provas.

Diz que a sentença não analisou detidamente todos os fundamentos aviados na contestação; que a Associação tem direito de preferência sobre a quota associativa daquele que se retira; que o valor da cota associativa é padrão, estipulada em R$ 1.000,00, porque representa o que cada um contribuiu para agregar ao patrimônio da Associação; que os apelados são associados, e não tem direito de receber uma quota associativa atrelada ao patrimônio; as doações pertencem à Associação.

Pondera que os apelados pediram para se retirar da Associação; que é regular a assembleia que definiu o valor da quota associativa.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do agravo retido; seja acolhida preliminar de nulidade da sentença; e no mérito, pede seja julgada improcedente a ação, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, o recorrido requereu o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto pela Associação Belmiro Barroso da Silva contra a sentença de f. 204-10, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na ação de cobrança e anulação de assembleia que lhe moveu José Luiz Censi.

Busca o apelante o conhecimento e provimento do agravo retido; seja acolhida preliminar de nulidade da sentença; e no mérito, pede seja julgada improcedente a ação, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, o recorrido requereu o improvimento do recurso.

Do agravo retido

O agravante pede seja acolhida a preliminar de nulidade da decisão agravada, por falta de fundamentação; e/ou determinar a produção de provas especificadas pela agravante.

Inicialmente, cabe asseverar que, embora a decisão que indeferiu a produção de provas tenha sido sucinta, apreciou o fato e deu a razão de seu convencimento, não há, portanto, falar em nulidade.

No que tange à alegação da necessidade de produção de provas, melhor sorte não lhe assiste, uma vez que os documentos juntados aos autos são suficientes ao julgamento da causa.

Assim, julgo improcedente o agravo retido.

Do mérito

O recorrente alega preliminar de nulidade da sentença, visto que o feito foi sentenciado sem analisar o agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu as provas postuladas, no entanto a preliminar se confunde com o mérito, e com ele será analisado.

A sentença atacada julgou parcialmente procedente o pedido inicial, a fim de tornar insubsistente a decisão tomada na assembleia geral extraordinária pela parte ré, condenando-a a complementar a cada um dos autores o valor da diferença encontrada na subtração do importe de R$ 4.411,76, em relação ao valor pago de R$ 1.000,00 (a ser atualizado pelo IGPM), a ser pago em 6 (seis) parcelas mensais.

A apelante por sua vez, pugna pelo improvimento do recurso sob o argumento de que a Associação tem direito de preferência sobre a quota associativa daquele que se retira; que o valor da cota associativa é padrão, estipulada em R$ 1.000,00, porque representa o que cada um contribuiu para agregar ao patrimônio da Associação; que os apelados são associados, e não tem direito de receber uma quota associativa atrelada ao patrimônio; as doações pertencem à Associação; e que é regular a assembleia que definiu o valor da quota associativa.

Inicialmente, cabe ponderar que a apelante-requerida trata-se de associação civil, sem fins lucrativos, e, partindo dessa premissa, fica claro que tem como principal característica não ter o lucro como objetivo.

Nesse passo, o capital porventura arrecadado pela pessoa jurídica não será repartido proporcionalmente entre seus associados, o que significa dizer que o patrimônio e toda receita gerada será empregada inteiramente na pessoa jurídica, para fomento de suas atividades.

No caso em tela, os autores pretendiam receber valores compatíveis com as suas cotas, considerando o patrimônio da Associação, o que é incompatível com a natureza da associação, uma vez que, quando da constituição da Associação, não tinham como finalidade o lucro.

Por conseguinte, os autores não demonstraram qualquer ilegalidade na Ata de Reunião de Assembleia Geral Extraordinária (f. 27), realizada em 18.6.2006 que, em segunda chamada, votou, por unanimidade, a aprovação quanto ao limite de indenização das cotas dos autores em R$ 1.000,00 para cada um.

Ora, como a assembleia foi instalada em segunda convocação, ela se faz com qualquer número de associados habilitados, isto é, com a quantidade de associados presentes, não se fazendo necessária a presença de todos os associados.

Em assim sendo, pelas razões acima expendidas, a validade do ato assemblear não pode ser afastada, sob pena de ilegal intervencionismo do Poder Judiciário em deliberações de natureza meramente particulares.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença atacada, a fim de julgar improcedente o pedido inicial. Por fim, inverto o ônus da sucumbência, ficando sobrestada a condenação, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E 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 Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 30 de novembro de 2010.

***

Segunda Turma Cível
Agravo n. 2010.030524-8 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PENHORA DE BENS CONTRA TERCEIRO ESTRANHO À LIDE – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE SUCESSÃO DA EMPRESA EXECUTADA – PROVIDO.

Uma vez que não figura no título executivo, não é possível que terceiro que tenha seus bens penhorados pagar um débito que até o momento inquestionavelmente não é seu, sem que antes lhe seja oportunizada a chance de refutar os ataques promovidos pela exequente.

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, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Zeus Comércio de Metais Ltda., irresignada com o despacho de f. 126, proferido nos autos da Ação de Cumprimento de Sentença movida por Keila da Silva em desfavor de Pégasus Comércio de Jóias Ltda., onde foi determinada a penhora de bens da agravante, interpôs o presente recurso.

Explicou que a ação na qual foi proferida a decisão atacada é de cumprimento de sentença, onde a empresa Pégasus Comércio de Jóias Ltda. foi condenada ao pagamento de indenização por danos materiais e morais à agravada.

Argumentou que não é devedora, uma vez que não está reconhecida como tal no título executivo e que sua inclusão no polo passivo da demanda alterou a sentença exequenda, em total desconformidade com as hipóteses trazidas pelo art. 463 do Código de Processo Civil.

Asseverou que, uma vez que não figura no título executivo, não é possível sua simples intimação para pagar um débito que até o momento inquestionavelmente não é seu, sem que antes lhe seja oportunizada a chance de refutar os ataques promovidos pela agravada e, com isso, contribuir para a formação do livre convencimento do magistrado, o que fere os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo a decisão agravada nula de pleno direito.

Pediu a concessão de efeito suspensivo ativo, para afastar a aplicação de multa e penhora de seus bens.

Ao final, pleiteou o provimento do recurso, para reformar a decisão atacada, excluindo a agravante do polo passivo da ação de cumprimento de sentença.

O agravo de instrumento foi recebido, sendo-lhe concedido efeito suspensivo (f. 138).

Intimada, a agravada apresentou contraminuta às f. 143-9, manifestando-se pela manutenção da decisão.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto por Zeus Comércio de Metais Ltda. contra o despacho, proferido na Ação de Cumprimento de Sentença ajuizada por Keila da Silva, que deferiu o pedido de penhora sobre bens da agravante (f. 126).

O agravo merece provimento.

Consoante os autos, trata-se de cumprimento da sentença proferida na ação de reparação de danos materiais e morais que a agravada moveu em face da empresa Pégasus Comércio de Jóias Ltda. (f. 46-9), a qual, conforme contrato social, era formada pelos sócios João Carlos César e Glória Maria Sebben (f. 21-3), com o CNPJ n. 01.332.534/0001-88 e sede na Av. Afonso Pena, n. 2440, 5º andar, baixada em 8.10.2007, conforme certidão expedida pelo Ministério da Fazenda (f. 150).

Todavia, a empresa agravante, Zeus Comércio de Metais Ltda., constituída pelos sócios Paulo Giovani Rodrigues dos Santos e Laura dos Santos Romani em 6.11.2008 (f. 18-9) (mais de um ano após o encerramento das atividades da executada) e aberta em 15.12.2008, possui o CNPJ n. 10.496.296/0001-7 e está localizada na rua Maracaju, n. 709, sala 2, conforme se constata do Alvará de Localização e Funcionamento expedido pela Prefeitura Municipal de Campo Grande (f. 14).

Portanto, como se vê, com exceção à afirmação da agravada (f. 122), nenhum indício há nos autos que se leva a concluir se tratar a empresa agravante Zeus de uma sucessora da executada Pégasus, razão pela qual a reforma da decisão é medida que se impõe.

Pelo exposto, dá-se provimento ao agravo para cassar o despacho agravado que deferiu o pedido de expedição de mandado de penhora de bens da empresa Zeus Comércio de Metais Ltda.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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 novembro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.032098-9 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CREDOR HIPOTECÁRIO – LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – IMÓVEL DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA – REGISTRO À MARGEM DA MATRÍCULA – POSTERIOR DAÇÃO EM PAGAMENTO – ANTECEDENTE À PENHORA – MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA – FRAUDE AFASTADA – HONORÁRIOS MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO.

O credor hipotecário tem legitimidade ativa para interpor embargos de terceiro.

A dação em pagamento antecedente à penhora, ainda que desprovida de registro, não tem o condão de indicar fraude à execução.

Mantêm-se os honorários fixados quando condizentes com o valor da execução e do imóvel objeto da constrição a que se referem os embargos de terceiro.

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, 15 de dezembro de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Miguel Mandetta Atalla interpõe recurso de apelação visando a reformar a sentença que, julgando procedente pedido formulado em embargos de terceiros contra si proposto por Simarelli – Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. –, determinou o cancelamento da penhora no imóvel matriculado sob n. 48.837, no CRI da 2ª Circunscrição de Registro de Imóveis desta Capital, efetivada nos autos de Execução n. 001.07.134347-5.

Para tanto, alega o ajuizamento da execução em desfavor de Rui Pizzinato em 18.9.2007, a citação em 17.12.2007, a dação em pagamento do bem em litígio pelo executado para o apelado em 22.4.2008, enquanto os embargos de terceiro, além de terem sido protocolados no dia 31.7.2008, indicam a apelada como adquirente de coisa litigiosa, e não credora hipotecária, como entendeu o magistrado, situação que lhe extrai a legitimidade ativa *ad causam*.

Defende a evidência, por via de consequência o reconhecimento, da fraude à execução [...] *por não ter sido registrado o acordo firmado entre o Sr. Rui Pizzinatto (executado) e a apelada para dação em pagamento, esse não vale contra*

terceiros exequente) (f. 160); ser a citação do devedor o *marco temporal para fins de configuração da fraude* (f. 162), sendo irrelevante as datas de deferimento da constrição ou mesmo a sua concretização.

Diz serem elevados os honorários fixados, dada a falta de complexidade da lide e o trabalho realizado, requerendo a extinção do feito sem resolução de mérito e/ou reconhecimento da fraude à execução, invertendo-se a sucumbência.

Nas contrarrazões (f. 17-190), há prequestionamento do § 1º do art. 1.245, inc. IX, do art. 1.225 e art. 1.422 do Código Civil; inc. II do art. 615 do CPC, art. 340, alínea '5', inc. I; art. 167 da Lei n. 6.015/73.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

O apelante devolve a este tribunal a apreciação da ilegitimidade ativa da apelada para os embargos de terceiro, por ser adquirente de coisa litigiosa, e não credora hipotecária e a hipótese de fraude à execução por ter o executado transferido o bem penhorado após haver sido citado na execução.

A sentença não merece reparos, quer no afastamento da ilegitimidade ativa da apelada para o manejo dos embargos de terceiro, quer no afastamento da fraude à execução.

Em relação à ilegitimidade ativa da apelada porque, ao contrário do alegado pelo apelante, o documento de f. 31-v comprova ter sido o imóvel penhorado na execução gravado com hipoteca no dia 16.2.2007, enquanto o registro levado a efeito em 19.6.2007, antes, portanto, do ingresso da ação de execução.

Não há falar da necessidade da comunicação ao credor, ora apelante, do gravame hipotecário no imóvel em litígio porque, como posto, este ocorreu muito antes da propositura da ação de execução.

De lado outro, se o inciso II do art. 1.047 do Código de Processo Civil dá cobertura ao credor com garantia real para obstar alienação judicial do objeto hipotecado, com muito mais razão é assegurada a legitimidade do detentor da posse e do domínio transmitidos por dação em pagamento, contrariando, deste modo, a alegação do apelante de que o apelado interpôs os embargos *na qualidade de adquirente de coisa litigiosa* (f. 153).

A formalização da dação após o ingresso da execução e a citação do executado não tem o condão de qualificar a apelada como adquirente de coisa litigiosa, pois, conforme consta da sentença, o bem foi *dado em garantia hipotecária à embargante (f. 34 – 16.2.2007) antes da mesmo* (sic) *da assinatura da nota promissória que deu origem à execução ora embargada (f. 5 dos autos em apenso), atribuindo à mesma, pois, a condição de credora hipotecária em data anterior à propositura da propalada ação executiva e, como se sabe, "Detém legitimidade ativa o credor hipotecário para interpor embargos de terceiro, a fim de obstar a penhora do imóvel objeto da hipoteca"* (TJMS, AC n. 2002.00762-8, Segunda Turma Cível, Rel. Luiz Carlos Santini, julgado em 16.11.2004)*, de modo que, então, deve tal prefacial, desde logo, ser rejeitada* (f. 134-5).

No que diz respeito à fraude de execução, também com acerto o seu afastamento em razão de não contar o processo com qualquer indício desse vício nem mesmo a ausência de registro da dação, quer porque havia sido levado a registro a constituição da hipoteca, quer porque a penhora ocorreu após a dação, mesmo porque a singela citação do executado não é suficiente para configurar a fraude.

Os autos indicam, à exaustão, que o imóvel dado em pagamento o foi em decorrência de dívida anterior, gravada com hipoteca registrada na matrícula imobiliária anteriormente ao ajuizamento da execução, e a transferência ocorreu antes da penhora dos imóveis, sobre os quais não havia nenhuma restrição quanto à alienação, no Registro Imobiliário.

Há entendimento pacífico, aliás sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, de que, não havendo registro da penhora, é necessária a demonstração cabal de que o terceiro tinha pleno conhecimento da demanda quando da aquisição do bem.

Nesse particular, vejam-se os precedentes:

> Súmula 375. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.[1]

> Ante a ausência do registro da penhora, a decretação de fraude à execução depende da prova do conhecimento, por parte do adquirente do imóvel, da existência de ação pendente contra o devedor capaz de reduzi-lo à insolvência (Súmula STJ/375). [2]

> 1. A orientação deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em relação a terceiros, é necessário o registro da penhora para a comprovação do *consilium fraudis*, não bastando, para tanto, a constatação de que o negócio de compra e venda tenha sido realizado após a citação do executado. Precedentes. [3]

> 1. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*.

> 2. Não-demonstrado que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado. Precedentes. [4]

Conforme se depreende dos autos, a transferência de domínio do imóvel registrado sob n. 48.837, no SRI da comarca de Campo Grande-MS, por dação em pagamento em favor da apelada, teve origem em escritura pública firmada em 16.2.2007, garantida com ônus real (hipoteca), com o executado Rui Pizzinatto (f. 31-v).

O magistrado singular informa na sentença (f. 136) que a execução movida pelo apelante em face do executado Rui Pizzinatto foi ajuizada em 18.8.2007, posterior, portanto, à averbação da hipoteca, e a penhora da execução manejada pelo apelante que recaiu sobre os imóveis em 15.5.2008 posterior também à dação em pagamento, afastando a má-fé da apelada, ou conluio desta com o executado, devendo ser mantida a sentença que afastou a ocorrência de fraude de execução.

Nesse sentido, há jurisprudência dos Tribunais dos Estados, *in verbis*:

> 2 - Acertada é a decisão que desconstitui a penhora incidente sobre bem que não mais se encontra no acervo patrimonial do devedor, tendo em vista a evidente falta de utilidade da constrição.

> 3 - Não configura fraude à execução a dação em pagamento realizada em razão de garantia hipotecária conferida a terceiro muito antes da penhora efetivada pelo posterior exeqüente, tendo em vista que o mesmo apenas obteria o valor relativo ao bem penhorado após a quitação do débito anterior com o terceiro, em razão da hipoteca.[5]

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA DE BEM ANTERIORMENTE HIPOTECADO. FRAUDE A EXECUCAO. Inexiste fraude à execução se a penhora sobre o imóvel se deu em data posterior a dação em pagamento que o

1 CORTE ESPECIAL, julgado em 18.3.2009, DJ de 30.3.2009.

2 AgRg no Ag n. 1069714/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Benetti, julgado em 6.8.2009.

3 REsp n. 417.075/SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 11.12.2008.

4 AgRg no REsp n. 1046004/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 10.6.2008.

5 TJSC, Ag n. 20020020050100, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Vasquez Cruxên, julgado em 13.10.2003, DJ de 10.12.2003, p. 38.

> devedor fez ao Banco do Brasil em razão de escritura pública de confissão de divida, na qual dita área estava hipotecada a referida instituição financeira. A penhora só se perfectibiliza com a assinatura do termo e não apenas com a nomeação feita pelo devedor. Ademais, a hipoteca em favor do banco era anterior ao ajuizamento da própria execução. Não fosse isto, também inviável a penhora sobre imóvel hipotecado em razão de dívida regida pelo Decreto-Lei n. 167/67. Inteligencia do Art-69, do referido diploma legal. Agravo provido. [6]
>
> Para caracterização da fraude à execução, não estando a penhora registrada no Cartório de Registro de Imóvel, cabe ao credor provar a ausência de boa-fé do terceiro adquirente, ou seja, que ele tinha conhecimento da constrição sobre o imóvel adquirido.[7]

Outro ponto impugnado pelo apelante foi o *quantum* fixado pelo juiz singular, a título de honorários advocatícios, isto é, R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

A apelada havia atribuído à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais). No entanto, após o incidente de impugnação, o valor da causa passou a ser de R$ 230.485,02.

O valor da execução, aliado ao valor atribuído aos embargos, por si só, justifica os honorários fixados.

Em se tratando de ação de conhecimento de natureza constitutiva, o juiz deve fixar os honorários atento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Foi o que ocorreu. O juiz não se louvou no valor inicialmente fixado para a causa nem pelo valor afinal reconhecido. Louvou-se no critério do zelo profissional e da relevância da matéria discutida. Assim, apresenta-se razoável o valor de R$ 2.500,00 a título de honorários, fixados pelo juiz *a quo*.

Posto isto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo integralmente a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, 15 de dezembro de 2010.

***

6 TARS, Ag n. 198033417, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, julgado em 25.6.1998.

7 TJMS, AC n. 2010.022897-7, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 14.9.2010.

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.033323-0 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS E DANOS MORAIS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, NOS TERMOS DO ART. 6º, VIII, DO CDC – COMPRA E VENDA DE VEÍCULO USADO – APRESENTAÇÃO DE DEFEITOS – NÃO CONFIGURAÇÃO DE VÍCIOS OCULTOS – AUSÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I – A hipossuficiência prevista no CDC não exime o consumidor de demonstrar de forma cabal o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o resultado danoso, a fim de que seja constituído o seu direito. O fato de a responsabilidade civil do fornecedor de serviços ser objetiva e independente da verificação do dolo ou da culpa, não significa que a lei consumerista tenha dispensado a comprovação do nexo causal entre a conduta e o resultado para a caracterização da responsabilidade civil.

II – No contrato de compra e venda de veículo com muitos anos de uso deve o adquirente averiguar, de forma prudente, suas reais condições, não podendo reclamar por eventuais defeitos de fácil constatação, mormente quando assina declaração afirmando que o bem se encontrava em bom estado no momento da compra.

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, 9 de dezembro de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Sulamita Linsmayer Santos interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 139-45) que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial da ação de rescisão contratual c/c pedido de restituição de valores pagos e danos morais, ajuizada em desfavor de Siqueira Automóveis.

Em suas razões recursais (f. 155-63), sustenta, em síntese, que não foi invertido o ônus da prova; que há nos autos farta comprovação testemunhal e material de que o veículo objeto dos autos foi adquirido com vários defeitos ocultos no motor, identificados após a tradição e utilização do bem, sendo que não foi possível a constatar tais avarias no momento da compra.

Assim considerando, requer o provimento.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sulamita Linsmayer Santos com relação à sentença proferida nos autos da ação de rescisão contratual c/c pedido de restituição de valores pagos e danos morais, ajuizada em desfavor de Siqueira Automóveis Ltda..

O *decisum* singular consiste na improcedência dos pedidos formulados na inicial (f. 139-45).

Em suas razões recursais (f. 155-63) sustenta, em síntese, que não foi invertido o ônus da prova; que há nos autos farta comprovação testemunhal e material de que o veículo objeto dos autos foi adquirido com vários defeitos ocultos no motor, identificados após a tradição e utilização do bem, sendo que não foi possível constatar tais avarias no momento da compra.

1. <u>Da inversão do ônus da prova</u>

Não obstante incidirem neste caso as normas protetivas ao consumidor, como a inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, do CDC), tais regras não têm o condão de atribuir veracidade a todas as alegações do consumidor, mormente quando estas vêm dissociadas de qualquer prova e são impugnadas pela parte contrária, que apresenta documentos consistentes no sentido de desconstituir a pretensão discriminada na inicial. A hipossuficiência prevista no CDC não exime o consumidor de demonstrar de forma cabal o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o resultado danoso.

Apesar de a responsabilidade civil do fornecedor de serviços ser objetiva e independente da verificação do dolo ou da culpa, não significa que a lei consumerista tenha dispensado a comprovação do nexo causal entre a conduta e o resultado para a caracterização da mencionada responsabilidade.

As tendências protetivas, regulamentadas pelo estado no CDC (Lei n. 8.078/90), devem ser apreciadas com moderação e cuidado, sob pena de desviarem-se da sua finalidade instrumentalizadora e garantidora de direitos, de modo a descambar-se para um estímulo às atitudes casuísticas, destoante do sistema, privilegiando abusos.

Peço vênia para transcrever passagem do voto do desembargador Sérgio Cavalieri Filho, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível n. 2004.001.11794, *in verbis*:

> [...] O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não pode existir ilícito, portanto os atos praticados pela apelada no exercício regular do seu direito, não podem causar nenhum prejuízo a ninguém. Não violou a apelada nenhum dever jurídico pelo que nada tem a responder. Atuou em conformidade com os comandos da lei e do contrato, o que exclui a responsabilidade por eventuais aborrecimentos decorrentes da culpa do próprio apelante.

2. <u>Do vício redibitório</u>

Quanto ao pedido de rescisão contratual c/c restituição de valores e danos morais, em razão de possíveis defeitos ocultos no motor do veículo adquirido pela apelante, um automóvel marca Fiat, modelo Tempra 16v, ano e modelo <u>1993</u>, observa-se, pelo documento de f. 65 (recibo de venda), que a apelante concordou em adquirir o veículo no estado em que se encontrava. Veja-se o teor do referido ato negocial:

> [...] FORMA DE PAGAMENTO sendo R$ 8.330,00 financiado p/B. Finasa. R$ 870,00 em 6 x de R$ 145,00 NP/LOJA. A compradora concretiza o negócio neste ato, a loja assumindo uma dívida de R$ 7.191,18 do monza HQI 8808 bem como sua reforma. E de acordo como combinado entre as partes a compradora também dispensa a loja vendedora de qualquer manutenção desta data em diante, motor, cambio, GNV etc. Uma vez que o veículo fora testado e aprovado pela adquirente. E que a mesma só assinará o DUT do monza após a loja quitá-lo [...]. [*sic*]

Bem como o teor da declaração assinada pela apelante, logo em seguida:

> Declaro para os devidos fins que o(s) veículo(s) acima descrito(s) é (são) de minha propriedade, e que assumo total responsabilidade pela procedência do(s) mesmo(s), e que sobre o(s) mesmo(s) não pesa qualquer ônus, penhora, multa, embargo ou ação judicial colocando o adquirente a salvo dos riscos da evicção, assumindo ainda toda a responsabilidade pelas declarações aqui expressas. Por ser verdade firmo a presente em 2 vias de igual teor e forma.

Salienta-se que a apelante confirma, mediante sua assinatura no documento de f. 65, que formalizou o negócio, tendo experimentado e aprovado o veículo.

Cumpre esclarecer que, ao adquirir um veículo com muitos anos de uso, deve o comprador averiguar as condições do bem que está adquirindo antes de concretizar a compra.

No caso versando, a apelante comprou um veículo Fiat Tempra com mais de 11 (onze) anos de uso, presumindo-se que eventuais defeitos sejam decorrentes do desgaste natural do veículo, mormente quando sua principal reclamação cinge-se em avarias no motor.

É certo que a adquirente poderia detectar as alegadas deficiências do automóvel se procurasse um profissional da área, ou seja, se tivesse a diligência de uma prudente compradora, o que é essencial para alegação de vício oculto.

Ademais, as alegações de falhas e avarias no motor causadores da falta em seu desempenho não podem ser consideradas como vícios ocultos, já que são de fácil e pronta constatação.

O juiz *a quo*, ao abortar a questão relativa ao vício redibitório, assim fundamentou o seu decidir:

> [...] Do excerto citado, o que se denota, portanto, é que não há que se falar na ocorrência de vício redibitório, uma vez que muito embora a autora tenha demonstrado, através do depoimento prestado por Maria de Lourdes Alencar (f. 137), que o veículo adquirido possuída defeitos, não comprovou que estes fossem anteriores à tradição, ônus que lhe cabia (art. 333, I, CPC).
>
> [...]
>
> Não vieram aos autos quaisquer provas no sentido de que as avarias alegadas pela Requerente – que sequer mencionou quais/que tipos de defeitos o veículo apresentou – já que existiam anteriormente à realização do negócio jurídico.
>
> Como ponderado pela doutrina citada, para que haja o reconhecimento do vício redibitório, é necessário que o titular da pretensão exposta na inicial demonstre, por força do art. 333, inciso I do CPC, que os defeitos já existiam antes do recebimento do bem e que, inclusive, não poderiam ser identificados pelo home médio num primeiro exame da coisa.
>
> Sendo possível a fácil visualização, não se pode admitir seja o vício redibitório/oculto.

De igual forma, não demonstrou a autora que a Requerida tinha conhecimento dos aludidos defeitos, que, inclusive, não foram pormenorizados ou sequer amplamente descritos na inicial ou réplica. Também não vieram aos autos documentos comprobatórios das mencionadas cinco avarias apresentadas no veículo.

Não há, portanto, vício redibitório, porque não foi comprovado que eventual defeito tenha sido oculto ou já existisse no momento da tradição, razão pela qual a Requerida não deve ser compelida a indenizar a Requerente por um vício superveniente à tradição do bem, de modo que os orçamentos constantes às f. 81-88 devem ser desconsiderados, mesmo porque, não tendo vindo aos autos a descrição de qual defeito específico o veículo apresentou, não haveria como verificar se os itens lançados diriam mesmo respeito à respectiva avaria.

Ou seja, é sabido que com a tradição a coisa passa a ser de propriedade do adquirente, o qual passa a sofrer as consequências das perdas. No entanto, se a coisa perecer em razão de vício existente ao tempo da tradição, o alienante é que deve arcar com a responsabilidade, nos termos do que preceitua o art. 444 do Código Civil. Até chega a ser admitida a cláusula de renúncia à responsabilidade pelos vícios redibitórios, mas desde que o alienante desconheça a existência dos vícios, o que não foi corroborado pela prova dos autos.

Supõe-se, ainda, que quando da experimentação do veículo nas dependências da Requerida, tenha a autora tomado todos os cuidados acerca da constatação das suas reais condições. Assim, não tendo se desonerado do ônus que lhe cabia, não pode a Requerida ser condenada a lhe restituir as quantias pagas pelo veículo e, sequer, às perdas e danos (encargos do financiamento firmado perante o Banco Finasa S/A).

De igual forma, não há como acolher o pedido de indenização por danos morais, notadamente porque nas circunstâncias do caso em apreço, o que se viu foram alguns dissabores próprios à situação havida, mas que não podem ser atribuídos exclusivamente à Requerida, na medida em que a autora teve a oportunidade de averiguar previamente o veículo que estava adquirindo.

Lembre-se que meros dissabores ou descontentamentos, não fazem nascer o dever de indenizar a título de danos morais, mas tão apenas aquele abalo que seja tal capaz de influenciar o ânimo do cidadão perante terceiros e si próprio. Isso, indiscutivelmente, não se viu no caso em estudo.

Por fim, improcede o pleito da Requerida quanto a litigância de má-fé, já que a meu ver, não se verificam nenhuma das hipóteses previstas no art. 17 do Código de Processo Civil. É que a requerente apenas exercitou seu direito de ação previsto constitucionalmente, pretendendo ver satisfeita a sua pretensão, circunstância que afasta o dolo específico causador de dano processual.

Além disso, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que 'na litigância temerária, a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação cominada na lei visa a compensar' (STJ, REsp n. 76.234-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 24.4.1997, DJU de 30.6.1997, p. 30.890). [...]

Assim, não assiste razão à apelante, pois tinha ela plena consciência do estado do veículo e, mesmo sabendo que estava adquirindo um bem com muitos anos de uso, não tomou as cautelas necessárias para aquisição, preferindo assinar declaração dizendo que o automotor estava em bom estado, isentando o vendedor de toda e qualquer responsabilidade.

3. Dos danos morais

O pedido de reparação por danos morais não encontra guarida. Primeiro, porque as provas dos autos revelaram que a apelante tinha plena ciência do negócio que realizou, não só em relação ao tempo de uso do veículo, como, também, pela declaração de desoneração da vendedora; segundo, porque a relação envolvendo operação de venda e compra de bem, por escrito, quando muito, revela mero aborrecimento, não dá ensejo a reparação moral, mormente diante de desídia da apelante, ao não levar o veículo adquirido para que pessoa com habilitação técnica pudesse avaliar suas condições.

Portanto, deve ser mantida incólume a sentença, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, até para que se evite desnecessária tautologia.

Conclusão

Posto isso, 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. Luiz Tadeu Barbosa 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, 9 de dezembro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.034030-7 - Dourados
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – CONTRATO DE LOCAÇÃO – RESSARCIMENTO AO LOCADOR DE DESPESAS COM REPAROS DE AVARIAS NO IMÓVEL – AUSÊNCIA DE TERMO DE VISTORIA INICIAL – TERMO DE VISTORIA FINAL ELABORADO UNILATERALMENTE – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO LOCATÁRIO – REGRA DO ÔNUS DA PROVA – ART. 333, I, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I – Afasta-se a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade, se as razões recursais atacam diretamente o que foi decidido na sentença.

II – Laudo de vistoria, apenas final, elaborado unilateralmente pelo locador, sem a participação ou o conhecimento prévio do locatário, não se presta a comprovar os danos decorrentes da locação.

III – Consabido é que ao autor incumbe a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, conforme estabelece o artigo 333, inciso 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, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Julio Toshio Morikava interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 160-2) que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial da ação de cobrança ajuizada em desfavor de Aldo Santos Ferreira Filho e Valdecir Nunes Costa.

Em suas razões recursais (f. 168-75), reitera os argumentos lançados na inicial, destacando que há nos autos provas robustas de que os locatários descumpriram as normas constantes do contrato de locação celebrado, visto que o imóvel foi entregue com muitas avarias e em situação precária.

Aduz que é totalmente irrelevante o fato de ter sido feita apenas uma vistoria, por ocasião da saída do imóvel, de forma unilateral e sem notificação, devendo ser ela considerada verossímil, visto que realizada pelo funcionário vistoriador da imobiliária.

Ressalta que há nos autos documentos hábeis a comprovar a efetiva necessidade de reparos no importe apresentado na inicial, destacando que o imóvel não foi restituído no estado em que foi entregue aos locatórios, em total desrespeito ao que estabelece o art. 23, III, da Lei n. 8.245/91.

Finaliza, frisando que fez prova do fato constitutivo do seu direito, nos moldes do art. 333, I, do CPC, o que não foi observado corretamente pelo juízo singular.

Assim considerando, requer o provimento.

Nas contrarrazões, os apelados argúem a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, refutam as teses expendidas pelo apelante e defendem a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Julio Toshio Morikava contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos lançados na inicial da ação de cobrança ajuizada em desfavor de Aldo Santos Ferreira Filho e Valdecir Nunes Costa.

O apelante, em suas razões recursais (f. 168-75), sustenta que: **a)** há nos autos provas robustas de que o locatário e o fiador descumpriram as normas constantes do contrato de locação celebrado, visto que o imóvel foi entregue com muitas avarias e em situação precária; **b)** é de total irrelevância o fato de ter sido feita apenas uma vistoria, por ocasião de saída do imóvel, de forma unilateral e sem notificação, devendo ser ela considerada verossímil, visto que realizada por funcionário vistoriador da imobiliária; e **c)** o conjunto probatório colacionado aos autos é apto a comprovar a efetiva necessidade de reparos no importe apresentado na inicial, destacando que o imóvel não foi restituído no estado em que foi entregue ao locatário, em total desrespeito ao que estabelece o art. 23, III, da Lei n. 8.245/91, pelo que fez prova do fato constitutivo do seu direito, nos moldes do art. 333, I, do CPC.

Da preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade

Afasto, de pronto, a alegada ofensa ao princípio da dialeticidade suscitada pelos apelados em sede de contrarrazões.

Analisando de maneira atenta as razões recursais, chega-se à conclusão de que o apelante enfrentou as questões principais trazidas pelo juiz *a quo*, de modo que não houve ofensa ao referido princípio. Impugnou, pois, os fundamentos da sentença, embora também fazendo referência à inicial.

Rejeito tal preliminar e passo à análise da apelação interposta.

2. Mérito

No mérito melhor sorte não socorre o apelante.

Segundo a inicial e documentos que a instruem, o autor-apelante locou ao réu-apelado, para fins não residenciais, o imóvel localizado na Rua José de Alencar, n. 1.859, Vila Esperança, na cidade de Dourados-MS, em 24 de novembro de 2005 com prazo de duração de 36 (trinta e seis) meses (f. 15-7).

Quando da devolução das chaves, em 16 de julho de 2008, o locador constatou que o imóvel apresentava diversos danos não qualificados como desgaste natural do uso do bem (f. 38-55). Alega que foram retirados vários equipamentos que estavam integrados ao imóvel, tais como gavetas de prateleira embutida, lâmpadas, disjuntores elétricos, trincos e chaves de algumas portas etc. (f. 7-8 e 18-21). A pintura não foi renovada, além de terem sido constatados muitos danos nas partes interior e exterior do imóvel.

Com efeito, o artigo 23, inciso III, da Lei n. 8.245/91 impõe ao locatário a obrigação de restituir o imóvel, ao final da locação, no mesmo estado em que o recebeu, ressalvadas apenas as deteriorações decorrentes do seu desgaste natural.

Para dirimir controvérsias advindas da real situação da coisa quando da locação, torna-se imprescindível a realização de vistoria no imóvel no momento de sua entrega ao locatário, na presença deste e preferencialmente assinada por duas testemunhas, certificando o estado do bem no início do contrato, assim quando de sua devolução, para que seja possível aferir, de forma inequívoca e cristalina, eventuais danos, bem como a necessidade de reformas, observando-se o disposto no art. 23, III, da Lei n. 8.245/91, quanto às deteriorações decorrentes do seu uso normal.

No caso versando, ao que se observa, o laudo de vistoria de f. 18-21 acostado aos autos não possui valor probatório, já que não foi firmado de acordo com os ditames da lei pertinente à matéria. Além disso, não há saber se tal vistoria foi mesmo elaborada quando da desocupação do imóvel, conforme afirmado na inicial, ou se por ocasião de sua entrega inicial.

Observe-se, ainda, que é incontroverso nos autos que as chaves foram entregues no dia 16 de julho de 2008 e os reparos empreendidos pelo apelante começaram apenas em meados do mês de setembro do mesmo ano, ou seja, depois de mais de 2 (dois) meses da entrega das chaves, sendo impossível, sem Laudo de vistoria inicial, aferir o momento exato em que as avarias demonstradas nos autos foram feitas.

De igual forma, o documento de f. 7-8 não possui nenhum valor probante, uma vez que elaborado unilateralmente pelo apelante, sem qualquer comprovação, por mínima que seja, de que os apelados foram notificados da realização da vistoria no imóvel.

Sobre a falta de documentação inidônea para amparar o direito pretendido pelo autor na inicial, o juízo *a quo* assim fundamentou o seu decidir:

> [...] O autor não se desincumbiu de seu ônus probante. As testemunhas ouvidas não disseram nada que pudesse demonstrar a culpa dos réus pelos danos constantes no imóvel em questão.
>
> Ademais, restou incontroverso que quando da desocupação do imóvel as partes não fizeram uma vistoria em conjunto no imóvel ora discutido, conforme constou do termo de assentada de f. 127 (item 6).
>
> Ora, consoante já decidiu o E. TJMS: 'Não havendo nos autos prova de que a vistoria de saída foi realizada de forma bilateral, bem como o locatário tenha sido notificado para acompanhá-la, é de se reputar não devida verba decorrente de reparo representada por nota fiscal cobrada pelo locador' (AC n. 2007.011161-0, Dourados, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 5.6.2007). E o caso dos autos.[...]

Desse modo, mesmo que atribuído valor probatório às fotos trazidas com a inicial (f. 38-55), estas, por si sós, não comprovam os fatos alegados pelo autor, ora apelante, porquanto não é possível afirmar com

segurança, que a situação do imóvel, ali retratada, não é contemporânea ao início do contrato de locação, mormente por estarem tais provas desacompanhadas de, pelo menos, termo de vistoria inicial.

Sabe-se que, na verdade, é indispensável a realização de vistoria ao início do contrato, preferencialmente com a presença das partes ou até mesmo de duas testemunhas, a fim de comprovar a verdadeira necessidade de pintura ou de realização de reparos no imóvel.

Alegam os réus que restituiu o imóvel em perfeitas condições, de acordo com o art. 23, III, da Lei do Inquilinato, de modo que, examinando as provas colacionadas aos autos, há dúvida quanto às responsabilidades a eles atribuídas.

Vê-se que a pretensão condenatória encontra fundamento no inadimplemento de obrigações do locatário, previstas em contrato escrito de locação havido entre as partes, competindo ao autor constituir, mediante robusta prova documental, os direitos pretendidos na inicial. Não o fazendo, ignora o ônus processual que lhe incumbe, como já mencionado, a teor do que dispõe o dispositivo processual pertinente, qual seja, o art. 333, I, do CPC.

Meras alegações genéricas, sem maiores detalhes nem respaldo nas provas dos autos, não se prestam a constituir os direitos invocados pelo autor na inicial.

> Sobre o ônus da prova, intimamente relacionada ao princípio dispositivo, leciona Ovídio Baptista da Silva que:
>
> [...] como todo o direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar a sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes [1].

Assim, entendo que o apelante não se desincumbiu do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, nos moldes estabelecidos no art. 333, I, do Código de Processo Civil, não havendo condenar os apelados ao ressarcimento das despesas realizadas na reforma do imóvel.

Nesse sentido:

> AÇÃO DE COBRANÇA - CERCEAMENTO DE DEFESA - LOCAÇÃO - RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM PINTURA - TERMO DE VISTORIA EM CONJUNTO - AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO LOCATÁRIO.
>
> 1 - Inocorre cerceamento de defesa, quando a prova testemunhal mostra-se irrelevante para o deslinde da causa, que exige essencialmente prova pericial ou vistoria. 2 - Termo de Vistoria em Conjunto mostra-se de nenhuma valia quando não assinado pelo locatário ou por seu representante. 3 - Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (TJDFT, AC n. 273203, Quinta Turma Cível, Relª. Desª. Haydevalda Sampaio, DJU de 21.6.2007).

Conclusão

Posto isso, conheço do recurso interposto e, rejeitada a preliminar, nego-lhe provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos.

1 **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 344.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, 2 de dezembro de 2010.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.029990-7 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – EXTINÇÃO POR AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DO DETRAN/MS – CASSAÇÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – RENOVAÇÕES – ATO NULO – IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO – NECESSIDADE DE SUBMISSÃO A NOVO PROCESSO DE HABILITAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O Mandado de Segurança tem rito especial que exige requisitos específicos, quais sejam, ato ilegal ou ofensivo a direito líquido e certo, sem os quais impossível seu cabimento.

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 retificado oralmente, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Jair Rodrigues Barbosa**,** inconformado com a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 001.10.035386-0, impetrado contra o Diretor Presidente do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul, em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Capital, que indeferiu o presente *writ* por ausência de direito líquido e certo, interpôs o presente recurso de apelação.

Preliminarmente, pleiteou a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Requer a suspensão da Portaria DETRAN/MS n. 370, a fim de que seja permitida a renovação de sua CNH e, posteriormente, a anulação do ato que cancelou o seu direito de dirigir, por ofensa aos princípios da publicidade, ampla defesa e contraditório.

Aduz que, entre a decisão constante da referida Portaria de cancelamento da CNH (f. 22) e o requerimento à procuradoria (f. 30), transcorreram mais de 5 (cinco) anos, argumentando, ainda, que a sanção imposta foi efetivada quase dezessete anos após o início do processo administrativo, o que ofende a segurança jurídica.

Diante disso, alega que resta prescrita a pretensão punitiva do Estado.

Defende a ocorrência de ofensa aos princípios da legalidade, publicidade, ampla defesa e contraditório, sob o argumento de que as três portarias do Detran que cancelaram sua CNH não foram publicadas no Diário Oficial.

Alega que a segunda portaria, de 28.11.2003 (f. 63), apesar de não ter sido publicada, deu origem ao Ofício n. 919/03, de 2.12.2003, para notificar o autor da decisão de cassação de sua CNH, expedida mais de 10 anos do início do processo administrativo e que também não obedeceu à norma legal, já que não deu ciência da abertura do processo administrativo, mas somente da decisão de cassação.

Aduz que, de maneira inexplicável, a carta registrada remetida ao seu endereço residencial foi devolvida pelo motivo "casa vazia" e "mudou-se", sem qualquer tentativa de esgotar outros meios para a notificação do impetrante.

Argumenta que não há nenhum documento ou prova que confirme a recusa do impetrante de submeter-se a exame pedagógico, a fim de comprovar o alegado analfabetismo deste, e que o alegado pouco conhecimento das letras (f. 17) não justifica a conclusão automática de que seja analfabeto.

Sustenta que, no exame realizado em 19.2.2010, restou comprovada a acuidade visual do impetrante e ficou demonstrada a ilegalidade do processo administrativo em questão, pleiteia, por isso, o conhecimento e provimento do presente recurso.

O juízo *a quo* julgou deserto o recurso, mas, em agravo de instrumento, foi deferido ao impetrante-apelante os benefícios da justiça gratuita (f. 156-8).

O representante do Ministério Público em primeira instância apresentou parecer às f. 162-7, opinando pela denegação da segurança com o consequente improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela cassação da sentença recorrida, a fim de que seja dado regular processamento ao feito em primeira instância (f. 170-9).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jair Rodrigues Barbosa em face da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 001.10.035386-0, impetrado contra o Diretor Presidente do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul**,** que indeferiu o presente *writ* por ausência de direito líquido e certo.

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço do presente apelo e passo à análise de seus fundamentos.

Consta dos autos que o impetrante foi habilitado em 31.8.1967 para conduzir veículos, na categoria "C" (f. 23), tendo sido, entretanto, quando da renovação desta, em 21.9.1993, considerado analfabeto em exame médico, uma vez que se recusou a efetuar o exame pedagógico ao qual fora submetido (f. 18-18-v), o que corroborou a emissão da Portaria n. 620, de 27.10.1993, para cancelamento de sua CNH (f. 22).

Entretanto, por motivos não justificados, em 1994, o impetrante conseguiu renovar sua carteira de habilitação.

Com efeito, em 1999 foi aberto novo procedimento administrativo para apurar a responsabilidade funcional do agente público que permitiu a renovação da referida habilitação, anteriormente cassada, mas que, entretanto, foi arquivado pelo decurso do prazo prescricional para sanção (f.).

Novamente por motivos não justificados, em 2006, foi emitida nova carteira de habilitação ao impetrante-apelante, em que pese a pretérita cassação, bem como a ausência de comprovação da alfabetização, que havia motivado a cassação.

Em 21.2.2010, o impetrante sustenta que *"Teve acesso agora ao processo administrativo, mas em nenhum momento foi notificado da decisão de cancelamento, tanto que efetuou em 1994, 2001 e 2006 a renovação de seus exames, com validade até 2009"*, pleiteando, urgentemente, *"decisão autorizando a renovação e emissão de nova CNH, já que foi aprovado no exame do município de Dourados em 2009 ou a informação de que providência deverá adotar para regularizar sua situação, pois não tem culpa dos erros provocados pelo DETRAN ou por despachantes"* (f. 208).

Diante desse requerimento administrativo, o Departamento de Trânsito Estadual, sob o argumento de que o vício constatado nas reiteradas renovações da CNH do impetrante é insanável, determinou *"o cancelamento da última CNH emitida 18558425-5 f. 53, bem como o Registro 017009868-50*", sugerindo que o impetrante se submetesse a novo processo de habilitação, materializado na Portaria DETRAN/MS "T" n. 370, de 27.4.2010 (f. 112-7).

Em razão desta decisão, o impetrante-apelante manejou o presente *writ* para pleitear o cancelamento do referido ato administrativo (Portaria DETRAN/MS 370, de 20.4.2010).

O juízo *a quo*, entretanto, indeferiu o presente *mandamus* sob o fundamento de que *"o que se verifica, em verdade, é que o impetrante foi beneficiado por um erro do sistema de informações do Departamento de Trânsito e dos agentes públicos que não adotaram a cautela necessária quando das emissões irregulares das renovações"* (f. 120).

Concluindo, assim, que *"inexiste ato coator na hipótese sub judice, pois a autoridade coatora está corretamente cumprindo o Código de Trânsito Brasileiro"*.

Além disso, o magistrado de primeira instância assentou que *"A negativa injustificado do impetrante em submeter-se ao procedimento legal e imposto a todos, indistintamente, não se consubstancia em direito líquido e certo à habilitação"* (f. 121).

Diante deste cenário, o impetrante-apelante manejou o presente recurso arguindo, preambularmente, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, bem como a ofensa aos princípios da legalidade, publicidade, ampla defesa e contraditório, sob o argumento de que as três portarias do Detran que cancelaram sua CNH não foram publicadas no Diário Oficial.

Aduziu que não há nenhum documento ou prova que confirme a recusa do impetrante de submeter-se a exame pedagógico, a fim de comprovar o alegado analfabetismo deste e que o alegado pouco conhecimento das letras (f. 17) não justifica a conclusão automática de que seja analfabeto.

Sustenta que, no exame realizado em 19.2.2010, restou comprovada a acuidade visual do impetrante e ficou demonstrada a ilegalidade do processo administrativo em questão, pleiteia, por isso, o conhecimento e provimento do presente recurso.

Todavia, tenho que melhor sorte não socorre o impetrante-apelante.

Estabelece o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*;*

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[1], o mandado de segurança é "*meio processual constitucional colocado à disposição da pessoa física ou jurídica, bem como de ente com personalidade judiciária (espólio, massa falida, condomínio etc.) para a proteção, não amparado por Habeas corpus ou habeas data, de direito difuso, coletivo ou individual ameaçado ou violado, por ato ilegal ou abusivo, omissivo ou comissivo, praticado por autoridade de qualquer dos poderes públicos*", sendo o direito líquido e certo aquele "*que pode ser comprovado prima facie, por documentação inequívoca que deve ser juntada com a petição inicial do MS*".

Entretanto, no caso dos autos, abstrai-se da explanação dos motivos utilizados pelo impetrante-apelante, que não se faz presente um dos pressupostos necessários para concessão do *mandamus*, porquanto não logrou comprovar o seu direito líquido e certo, pois as alegações trazidas necessitam de dilação probatória.

Conforme a doutrina acima mencionada, a existência de direito líquido e certo, a justificar a impetração de mandado de segurança, deve repousar em indiscutibilidade dos fatos, por intermédio de prova documental vinda com a inicial, em face da impossibilidade de dilação probatória neste rito especial.

Neste sentido, já se posicionou este Tribunal de Justiça:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – INEXISTÊNCIA DE PROVA DO ATO REPUTADO ILEGAL – PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – AUSÊNCIA DE ATO ILEGAL COATOR OU OFENSIVO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CARÊNCIA DE AÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> *In casu*, não houve demonstração de ilegalidade por parte da autoridade apontada como coatora, sendo que os atos administrativos possuem presunção de legitimidade devendo o autor fazer prova de que contém algum vício. Nesse contexto, verifica-se a necessidade de dilação probatória, conduta impossível na via estreita do writ.
>
> O Mandado de Segurança é ação especial com requisitos específicos, quais sejam, ato ilegal ou ofensivo a direito líquido e certo, sem os quais não há sequer seu cabimento. (TJMS, AC n. 2008.025984-1, Dourados, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 23.2.2010).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – COMPROVAÇÃO PROPRIEDADE DO VEÍCULO – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – INCOMPATÍVEL COM O PROCEDIMENTO DO MANDAMUS – RECURSO IMPROVIDO.
>
> O mandado de segurança não comporta dilação probatória, devendo o impetrante comprovar, de plano, a ofensa ao seu direito líquido e certo. (AC n. 2008.016690-0, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 29.10.2008).

Ante todo o exposto**,** conheço do recurso interposto por Jair Rodrigues Barbosa e, contra o parecer da PGJ, nego-lhe provimento, a fim de manter a sentença recorrida.

O Sr. Procurador de Justiça Dr. Marcos Antônio Martins Sottoriva.

Esta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Revisor)

Acompanho o relator.

1 BRASIL. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 194-5.

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

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER RETIFICADO ORALMENTE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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 Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.031606-9 - Dourados
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE LOTES A PRAZO – SUPOSTOS DANOS CAUSADOS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE OUTORGA DA ESCRITURA DEFINITIVA – INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL DAS PARCELAS PELO COMPROMISSÁRIO-COMPRADOR – ATO DOS COMPROMITENTES-VENDEDORES AMPARADO PELA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO – INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO – RECURSO IMPROVIDO.

I. Não há falar em existência de ato ilícito ensejador do dever de reparar se um dos contratantes age amparado pelo princípio do *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), atualmente positivado no artigo 476 do Código Civil/2002.

II. A reparação de eventuais danos por defeito no negócio jurídico (erro, dolo, coação, simulação etc.) imprescinde do efetivo reconhecimento do vício e consequente anulação do negócio, mostrando-se inadequada, para tal intento, a ação de indenização sem cumulação de pedidos.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Manoel Lito Valdez, qualificado nos autos da Ação de Indenização (feito n. 002080102664, da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS) que promove contra Helio Itiro Sakaguti e Tiduko Sakaguti, também qualificados, inconformado com a sentença prolatada pelo Juízo *a quo* às f. 72-76, que julgou improcedente sua pretensão inaugural, interpôs a presente Apelação Cível (f. 82-94).

Em suas razões, o requerente-apelante alega que o Juízo monocrático incorreu em equívoco ao julgar improcedente se pedido condenatório.

Afirma que logrou êxito em comprovar o ato ilícito ensejador da responsabilidade civil extracontratual. Isso porque, os requeridos-apelados lhe venderam um imóvel irregular (não loteado) e prometeram que, após a devida quitação das parcelas referente ao contrato particular de compromisso de compra e venda de lote, promoveriam a devida transferência do bem junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

Em vista desta circunstância, e considerando que foi induzido pelos alienantes a investir seu capital na edificação de benfeitorias no imóvel, em vez de pagar integralmente o valor do contrato, bem como que ficou impossibilitado de dar o bem em garantia para aquisição de financiamentos, aduz que deve ser indenizado.

Por tais razões, pede o conhecimento e provimento do presente recurso para, em reformando a sentença hostilizada, condenar os requeridos-apelados a reparar os danos sofridos.

Devidamente intimados (f. 97), os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 99-105), oportunidade em que rebateram a pretensão da parte *ex adversa* e pugnaram pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por compromissário-comprador em face de compromitentes-vendedores, objetivando a reforma da sentença proferida em primeiro grau, a fim de condenar os alienantes ao pagamento de indenização em razão da suposta venda irregular de um imóvel.

Uma vez preenchidas as condições e os pressupostos recursais, conheço do recurso e passo à análise do mérito.

Consoante afirmações do requerente apelante, restou comprovado nos autos o ato ilícito ensejador da responsabilidade civil extracontratual, uma vez que os requeridos-apelados lhe venderam um imóvel irregular (não loteado) e prometeram que, após a devida quitação das parcelas referente ao contrato particular de compromisso de compra e venda de lote, promoveriam a devida transferência do bem no Cartório de Registro de Imóveis.

Em vista desta circunstância e considerando que foi induzido pelos alienantes a investir seu capital na edificação de benfeitorias no imóvel, em vez de pagar integralmente o valor do contrato, bem como que ficou impossibilitado de dar o bem em garantia para aquisição de financiamentos, aduz que deve ser indenizado.

Por isso, pede o conhecimento e provimento do presente recurso para, em reformando a sentença hostilizada, condenar os requeridos-apelados a reparar os danos sofridos.

Tenho que a sentença proferida no Juízo *a quo* não merece reparos.

Pelo que se denota da petição inicial de f. 2-16, o requerente-apelante ajuizou esta ação pleiteando, além da transferência definitiva do imóvel para seu nome, a condenação dos requeridos-apelados ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes, já que, em apertada síntese, os alienantes deixaram de transferir a escritura definitiva do imóvel em razão das irregularidades no loteamento, fato este que estancou seu comércio, "*deixando-o à margem da sociedade, à beira do ostracismo, haja vista a impossibilidade de dispor do bem adquirido*".

Como se percebe, o requerente-apelante fundamentou sua pretensão na suposta aquisição do imóvel e ausência de outorga de escritura definitiva do bem, o que teria lhe causado diversos danos.

Todavia, restou incontroverso nos autos que o compromissário comprador, ora requerente apelante, nem sequer cumpriu com sua obrigação de quitar integralmente as prestações do contrato particular de compromisso de compra e venda, circunstância esta que lhe retira o direito de exigir dos compromitentes-vendedores o cumprimento das obrigações opostas, dentre elas a outorga da escritura.

Sobre as provas carreadas as autos, o Juízo singular assim deliberou:

> Analisando-se a prova produzida nestes autos, verifica-se que a parte autora instruiu a inicial apenas um recibo de sinal de negócio (f. 20) no valor de R$ 720,00 (no qual consta uma observação escrita manualmente de que desse valor R$ 240,00 seria pago no ato e o

> restante seria dividido em 30 e 60 dias junto com o pagamento das duas primeiras parcelas), mencionando, ainda, o restante do saldo a ser pago em 60 meses de 2,88 (dois vírgula oitenta e oito salários-mínimos) e uma cópia da matrícula n. 61.928 de um imóvel com área total de 30,0 has, no qual foi desmembrado em vários lotes irregulares.
>
> Com efeito, a parte autora não comprovou, como lhe incumbia, que estava em dia com o pagamento das prestações, não tendo sequer encartado os comprovantes de pagamentos das parcelas que teria pago nem tampouco impugnado a contestação da parte ré de que não teria quitado integralmente o sinal do negócio.

Desta forma, não há falar em existência de ato ilícito se um dos contratantes age amparado pelo princípio do *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), atualmente positivado no artigo 476[1] do Código Civil/2002.

A propósito, a Cláusula Oitava do contrato juntado à f. 45 prevê expressamente que "*A escritura definitiva de compra e venda, em cumprimento do presente compromisso, será outorgada contra o pagamento da parcela final do preço avençado, dentro de 30 (trinta) dias [...]*".

Ora, se ainda não houve o pagamento da parcela final, não pode o compromissário-comprador exigir a transferência do bem nem alegar que sofreu lesões por conta da ausência de outorga da escritura definitiva.

Frise-se que a reparação de eventuais danos por defeito no negócio jurídico (erro, dolo, coação, simulação etc.) imprescinde do efetivo reconhecimento do vício e consequente anulação do negócio, mostrando-se inadequada, para tal intento, a ação de indenização sem cumulação de pedidos.

Assim, inexistindo comprovação do fato constitutivo do direito à indenização, uma vez que ausente o ato ilícito ensejador do dever de reparar, improver o recurso para manter incólume a sentença de improcedência é medida de rigor.

Dispositivo

Por todo o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo recorrente Manoel Lito Valdez, 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. 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 Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 16 de novembro de 2010.

***

1 Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.034589-5 - Ivinhema
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL C/C CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – COMPANHEIRA DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – PEDIDO ADMINISTRATIVAMENTE INDEFERIDO – REEXAME NECESSÁRIO SUSCITADO DE OFÍCIO – TERMO INICIAL – DATA DO ÓBITO – DECLARAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – EFEITOS RETROATIVOS – JUROS DE MORA DA CITAÇÃO – APLICABILIDADE DO ART. 1º- F DA LEI N. 9.494/97 COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 29.9.2009 – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – PARTE VENCIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS – APRECIAÇÃO EQUITATIVA – RECURSO E REEXAME CONHECIDOS E EM PARTE PROVIDOS.

I - Declarando-se que a autora-apelada faz jus ao benefício requerido no inicial, conquanto atendidos os requisitos legais, tem-se, como consectário lógico, a ilegalidade da decisão administrativa que o indeferiu, é, portanto, devido o benefício desde a data em que a beneficiária adquiriu o direito ao recebimento, ou seja, desde a data do óbito de seu companheiro, nos termos do art. 6º, inciso I, c/c art. 55, ambos da Lei Estadual n. 2.207/2000.

II - Tratando-se de condenação imposta em desfavor de autarquia pública estadual, deve ser aplicado o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, já com a redação determinada pela Lei n. 11.960, de 29.6.2009, considerando a data de citação da ré.

III - A designação da companheira como dependente para fins de obtenção do benefício da pensão por morte é prescindível.

IV - Nas condenações impostas à Fazenda Pública, embora devam eles ser fixados de forma equitativa, segundo dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, é perfeitamente possível ao magistrado fixar a verba honorária entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% previsto no *caput* do § 3º.

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, conhecer do apelo voluntário e do reexame e dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de novembro de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Agência Estadual de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV –**,** inconformada com a sentença de procedência proferida nos autos da ação declaratória de união estável c/c concessão de benefício

previdenciário (pensão por morte) ajuizada por Vera Lúcia Mena, em trâmite perante a 2ª Vara da Comarca de Ivinhema, MS, interpõe o presente recurso de apelação, objetivando sua reforma.

Aduz que a sentença recorrida é constitutiva e, por isso, somente possui apenas efeitos *ex nunc*, isto é, a partir de seu trânsito em julgado, sem a possibilidade de retroagir à data do requerimento administrativo, como determinado pelo juízo de origem.

Sustenta que, de acordo os dispositivos legais aplicáveis ao caso dos autos, a habilitação da autora como beneficiária da pensão por morte dar-se-á somente do trânsito em julgado da sentença recorrida.

Alega que os juros moratórios deverão ser fixados na taxa de 6% ao ano, a partir da citação válida, a teor do que dispõe a Súmula n. 204 do STJ; argumenta, outrossim, que o pagamento do benefício deverá ocorrer a partir da citação válida e não da data do óbito, acrescido de correção monetária pelo INPC.

Por fim, defende a impossibilidade de ser condenada ao pagamento das verbas sucumbenciais, sob o argumento de que não deu causa ao ocorrido, uma vez que agiu em conformidade com a lei aplicável ao caso.

Às f. 142-3, a ré-apelante comprovou a implementação do benefício em favor da autora-apelada.

A autora-apelada apresentou contrarrazões (f. 150-154), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Agência Estadual de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV – em face da sentença de procedência proferida nos autos da ação declaratória de união estável c/c concessão de benefício previdenciário (pensão por morte) ajuizada por Vera Lúcia Mena, em trâmite perante a 2ª Vara da Comarca de Ivinhema, MS, objetivando sua reforma.

A ré-apelante visa à reforma da sentença nos seguintes pontos: termo inicial para o pagamento da pensão por morte do servidor João Roberto Rosa em favor da autora-apelada; percentual de juros de mora; índice de correção monetária; e, por fim, condenação a honorários advocatícios.

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço do presente apelo e passo à análise de seus fundamentos.

A sentença recorrida julgou procedente o pedido inicial, *para o fim de reconhecer a existência da união estável e dependência econômica em relação ao servidor público estadual JOÃO ROBERTO ROSA (falecido em 22.5.2009),* determinando, consequentemente, que a ré-apelante implementasse em favor da autora o benefício da pensão por morte, de acordo com o salário de contribuição do servidor falecido.

Por fim, o juízo *a quo* condenou a ré-apelante ao pagamento de uma só vez de todos os valores vencidos da respectiva pensão, a contar da data do requerimento administrativo (28.5.2009), atualizado pelo IGPM desde o vencimento de cada pensão e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação e também ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 15% (quinze por cento) do valor do débito vencido até a data da sentença.

Superado o juízo de admissibilidade, uma vez que presentes os pressupostos e condições recursais em ambos os apelos, passo à análise em conjunto das insurgências trazidas a este Tribunal de Justiça.

Outrossim, não obstante a omissão do juízo *a quo*, pertinente esclarecer que o caso envolve também o imperativo reexame necessário (art. 475, I, do CPC), que será aferido em conjunto com o recurso voluntário manejado pela autarquia demandada.

Portanto, de ofício, procedo também ao reexame necessário do julgado recorrido.

Compulsando os autos, entendo que foi acertada a decisão de primeira instância quanto ao reconhecimento da união estável alegada pela autora, uma vez que restaram cabalmente demonstrados os requisitos inerentes à concessão do benefício previdenciário buscado nos autos, seja por meio de prova documental (f. 12-12 v, 17 e 33-5), seja por meio das testemunhas ouvidas em juízo (f. 94-7).

Esta conclusão é corroborada com a atitude da autarquia estadual demandada que, mesmo antes do trânsito em julgado, procedeu à implementação do benefício em favor da autora-apelada (f. 142-3).

Desta feita, passo à análise individual de cada um dos tópicos a serem analisados por esta Turma Cível.

Termo inicial para o pagamento da pensão por morte do servidor falecido

Primeiramente cumpre afastar a alegação da ré-apelante quanto à impossibilidade de extensão retroativa dos efeitos da sentença recorrida, que reconheceu a união estável existente entre a autora-apelada e o servidor público estadual falecido, deferindo-lhe o benefício de pensão por morte.

Isso porque, declarando-se que a autora-apelada faz jus ao benefício requerido no inicial, conquanto atendidos os requisitos legais, tem-se, como consectário lógico, a ilegalidade da decisão administrativa que o indeferiu (f. 26-9), é, portanto, devido o benefício desde a data em que a beneficiária adquiriu o direito ao recebimento, ou seja, desde a data do óbito de seu companheiro, nos termos do art. 6º, inciso I, c/c art. 55, ambos da Lei Estadual n. 2.207/2000, *in verbis*:

> Art. 6º São beneficiários do regime de previdência social de que trata esta Lei, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira ou o companheiro; [...]
>
> Art. 55. Por morte do servidor, o dependente faz jus a uma pensão mensal, a partir da data do óbito, de valor correspondente ao do provento a que teria direito o segurado se aposentado fosse na data de seu falecimento.

No mesmo sentido, o termo inicial para pagamento do benefício de pensão por morte é disciplinado pelo art. 45 da Lei Estadual n. 3.150/2005, confira-se:

> Art. 45. A pensão por morte será devida aos dependentes a contar: I - do dia do óbito; II - da data da decisão judicial, no caso de declaração de ausência; III - da data da ocorrência do desaparecimento do segurado por motivo de acidente, desastre ou catástrofe, mediante prova idônea.

Sobre o assunto, seguem os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

> EMENTA – APELAÇÃO E RECURSO OBRIGATÓRIO – AÇÃO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE – REQUISITOS LEGAIS VERIFICADOS – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA – DATA DE INÍCIO DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO – RECURSOS IMPROVIDOS.
>
> 1. A pensão por morte é devida aos pais, conforme determina o art. 16, II, da Lei n. 8213/91, quando comprovada a dependência financeira daqueles em relação ao *de cujus*. A percepção de auxílio social (LOAS) não impede a concessão do benefício, conquanto provisório e notadamente insuficiente para a manutenção digna do beneficiário.

> **2. O benefício de pensão por morte é devido desde a data do falecimento do servidor, nos termos do art. 55 da Lei Estadual n. 2.207/2000.** (TJMS, AC n. 2010.005014-7, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 10.6.2010) Destaquei.
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA POR MORTE – PRESCRIÇÃO – AFASTADA – PENSÃO POR MORTE – SEPARAÇÃO DE FATO – UNIÃO ESTÁVEL DEMONSTRADA NOS AUTOS – DIREITO DA COMPANHEIRA – TERMO INICIAL DO PENSIONAMENTO – ÓBITO DO SERVIDOR – RATEIO DA PENSÃO ENTRE A CÔNJUGE E COMPANHEIRA – POSSIBILIDADE – ERRO MATERIAL NA PARTE DISPOSITIVA – NOME INCORRETO – CORREÇÃO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.
>
> "O direito ao recebimento da pensão é imprescritível, prescrevendo-se, apenas, as parcelas quinquenais anteriores a citação. Precedentes do S. T. J." (REsp n. 12.409/SP).
>
> Restando demonstrada a união estável entre o falecido e dita companheira por diversos elementos de convicção, é de reconhecer o direito da companheira de concorrer com a ex-esposa do falecido, da qual já era separado de fato, à percepção de pensão por morte.
>
> **Nos termos do art. 55 da Lei n. 2.207/00, a pensão por morte de servidor é devida a seu dependente a partir da data do óbito.**
>
> Precedentes do STJ permitem o rateio igualitário da pensão entre a companheira e a viúva.
>
> Corrige-se o erro material da sentença consubstanciado no lançamento de nome de pessoa estranha à lide no dispositivo. (TJMS, AC n. 2009.003006-2, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 4.5.2009) Destaquei.

Até mesmo porque, o *Superior Tribunal de Justiça já sufragou o entendimento no sentido de que, comprovada a vida em comum por outros meios, a designação da companheira como dependente para fins de obtenção do benefício da pensão por morte é prescindível* (STJ, REsp n. 576667/PE, REsp n. 2003/0134650-0, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 17.10.2006).

Na hipótese dos autos, considerando que, entre a data do óbito (22.5.2009 - f. 13) e o pedido administrativo (28.5.2009 - f. 10), transcorreram apenas 6 (seis) dias, não merece reparo a sentença recorrida, que fixou como termo inicial a data do requerimento administrativo formulado pela autora-apelada perante a autarquia apelante.

Incidência de juros de mora e correção monetária

A ré-apelante alega que os juros moratórios deverão ser fixados na taxa de 6% ao ano, a partir da citação válida, a teor do que dispõe a Súmula n. 204 do STJ.

Entretanto, tratando-se de condenação imposta em desfavor de autarquia pública estadual, deve ser aplicado o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, já com a redação determinada pela Lei n. 11.960, de 29.6.2009, considerando a data de citação da ré (4.11.2009 – f. 43).

O termo inicial dos juros de mora é a data da citação inicial, pois, nos termos do *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil, este é o ato que constitui o devedor em mora, posicionamento já reiterado neste Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

ARGÜIÇÃO GENÉRICA. DIVERGÊNCIA CALCADA EM DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JUROS DE MORA. QUESTÃO JULGADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 1.º-F DA LEI N. 9.494/97. APLICAÇÃO SOMENTE AOS PROCESSOS INICIADOS APÓS SUA VIGÊNCIA.

1. Consoante consignado na decisão agravada, não houve contrariedade ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, verifica-se que a Recorrente limitou-se a argüir que o Tribunal *a quo* não se manifestou a respeito das questões suscitadas nos embargos de declaração, não tendo esclarecido de maneira específica, ponto a ponto, quais as questões, objeto da irresignação recursal, não foram debatidas pela Corte de origem. Incide, no caso, portanto, a Súmula n. 284 do Pretório Excelso.

2. No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifico que a referida alegação está fulcrada no art. 37, inciso II, da Carta Magna, o que de plano identifica a impossibilidade de análise da divergência na via estreita do recurso especial.

3. A questão relativa à aplicação da norma contida no art. 1.º-F da Lei n. 9.949/97, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, foi afetada à Terceira Seção, de acordo com a disciplina estabelecida pela Lei n. 11.672/2008 e pela Resolução n. 8/2008 desta Corte para os chamados "recursos especiais repetitivos", por meio do REsp n. 1.086.944/SP, da relatoria da Minª. Maria Thereza de Assis Moura.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que, nos casos em que sucumbente a Fazenda Pública, nas ações que versem sobre verbas remuneratórias de empregados e servidores públicos, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 6% ao ano, se proposta a ação após a vigência da referida Medida Provisória, e **contados a partir da citação válida.**

5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp n. 1149525/ES, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 4.2.2010, DJ de 1.3.2010) Destaquei.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – SERVIDOR PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS – AÇÃO DE COBRANÇA – DIFERENÇA VERIFICADA NA CONVERSÃO DE CRUZEIRO REAL PARA UNIDADE REAL DE VALOR – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – AFASTADA – ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – INPC – JUROS DE MORA – DEDUÇÃO DO DUODÉCIMO – LIMITAÇÃO TEMPORAL E COMPENSAÇÃO COM OS REAJUSTES SUPERVENIENTES – ADIN N. 1.797/PE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há falar em prescrição, pois, na ação de cobrança de verba indenizatória, o prazo prescricional começa a correr quando a apelada adere ao Programa de Demissão Incentivada – PDI.

2. A servidora pública tem direito de receber a diferença de 11,98% decorrente da conversão equivocada de valores.

3. O INPC/IBGE é o índice oficial para atualização de valores pleiteados por servidor público em face da Administração.

4. **Nas obrigações impostas à Fazenda Pública, os juros moratórios são de 6% ao ano, contados a partir da citação válida.**

> 5. Sem amparo legal a pretensão de que a diferença a ser paga ao servidor seja descontada do duodécimo repassado ao Tribunal de Contas.
>
> 6. Incabível a pretendida compensação com os reajustes supervenientes, nos termos da decisão vinculante, prolatada no julgamento da ADIN n. 1.797/PE, uma vez que tal decisão somente vincula os processos que envolvem servidores federais. (TJMS, AC n. 2009.004004-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 26.4.2010) Destaquei.

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA E ORDINÁRIA DE COBRANÇA – REEXAME NECESSÁRIO – NECESSIDADE – PENSÃO POR MORTE – BENEFÍCIO QUE DEVE CORRESPONDER À TOTALIDADE DOS PROVENTOS DO FALECIDO – ARTIGO 40 DA CF – DIFERENÇA ENTRE O VALOR EFETIVAMENTE PAGO E O VALOR DEVIDO – JUROS DE MORA DE 6% AO ANO – LEI N. 9.494/97 – TERMO INICIAL – CITAÇÃO VÁLIDA – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Sendo a sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública, condenando-a ao pagamento de valor incerto, faz-se indispensável que o *decisum* seja submetido ao reexame necessário (artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil). 2. Infere-se da redação do artigo 40 da CF/88, apesar das alterações de seus parágrafos pelas EC 20/98 e 41/2003, que sempre restou garantido o benefício da pensão por morte correspondente à totalidade da remuneração a que faria jus o servidor se vivo fosse e estivesse na ativa. Assim, não tendo sido observado tal regramento constitucional, impõe-se sua correção, bem como o pagamento das diferenças dos valores efetivamente pagos com os valores devidos, acrescidos dos consectários legais. 3. O legislador constituinte ao consignar, no artigo 40, § 5º, da CF/88 (redação anterior a EC 20/98), a expressão "até o limite estabelecido em lei" pretendeu apenas determinar que o benefício por morte deveria atender aos tetos impostos aos proventos e aos vencimentos dos servidores conforme o cargo ou a lotação prevista na própria administração, e não fixar pensão por morte em valor inferior à totalidade da remuneração do ex-servidor se vivo fosse. **4. Deve ser aplicado o percentual de 6% (seis por cento) ao ano, a título de juros de mora, por estar em conformidade com a Lei n. 9.494/97. 5. O termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data de sua citação válida, uma vez que é nesta oportunidade que o recorrente foi constituído em mora, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.** (TJMS, AC n. 2007.003195-8, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 11.4.2007) Destaquei.

Com relação ao índice de correção monetária, observa-se que o INPC, calculado e divulgado pelo IBGE, é o que melhor reflete a perda do poder aquisitivo da moeda, índice este que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, é o oficial e o mais adequado para atualização de valores da espécie, deve, portanto, a sentença ser retificada nesse ponto.

Neste sentido é o posicionamento desta Terceira Turma Cível:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PENSÃO POR MORTE – PRESCRIÇÃO – PRELIMINAR REJEITADA – SERVIDOR – PENSÃO POR MORTE INDEFERIDA – COMPANHEIRA – PREFERÊNCIA DOS FILHOS – VIOLAÇÃO ART. 226, § 3°, CF – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE – ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA – INPC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Tendo a prescrição sido enfrentada em decisão interlocutória transitada em julgado, diante da ausência de recurso das partes no momento oportuno, foi atingida pelo instituto da preclusão, não podendo ser reanalisada neste momento processual, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública. Ademais, como cediço, o direito de reclamar a pensão é imprescritível.

2. A companheira de servidor falecido é equiparada à cônjuge e deve receber o mesmo tratamento dispensado à esposa e aos filhos, não havendo falar em ordem de preferência para pagamento da pensão por morte, sob pena de afronta ao art. 226, § 3°, da CF, bem como ao princípio constitucional da isonomia.

3. Em se tratando de atualização de valores pleiteados em face da administração pública, deve ser aplicado o INPC como índice de correção monetária, e não o IGPM, por se tratar aquele, de indexador oficial. (TJMS, AC n. 2008.014611-1, Amambai, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 25.1.2010).

Assim, considerando a data de citação da ré, até 29.6.2009 os benefícios vencidos deverão ser corrigidos pelo INPC desde o vencimento de cada pensão, de modo que, a partir de 30.6.2009, para fins de atualização monetária e juros do valor da condenação haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO OBRIGATÓRIO – AÇÃO PREVIDENCIÁRIA – NULIDADE DO DECISUM – SENTENÇA *EXTRA PETITA* – REJEITADA – MÉRITO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – NECESSIDADE DE QUE A INCAPACIDADE DO AUTOR SEJA RELATIVA AO EXERCÍCIO DE SUA ATIVIDADE LABORAL HABITUAL – BENEFÍCIO CONCEDIDO – TERMO INICIAL – DIA SEGUINTE DA EFETIVA CESSAÇÃO DO PAGAMENTO DO AUXÍLIO-DOENÇA – JUROS DE MORA – PATAMAR DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS ATÉ A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.960/09 – CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA DESDE O VENCIMENTO DE CADA PARCELA ATÉ A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.960/09 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR FIXADO NA FORMA PREVISTA NO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC – JUROS DE MORA SOBRE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INCIDÊNCIA A PARTIR DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADA – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDO.

Em se tratando de questão previdenciária, é possível conceder benefício diverso daquele pleiteado, sem que isso caracterize julgamento *extra* ou *ultra petita*.

Ficando comprovado que em razão de acidente de trabalho o empregado ficou totalmente incapaz para as atividades que exercia anteriormente, faz jus ao recebimento do benefício de aposentadoria.

O termo inicial para a concessão da aposentadoria por invalidez é da efetiva cessação do auxílio doença.

A contar de 1.7.2009, para fins de atualização monetária e juros haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, na forma prevista no art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009.

Tendo sido a verba honorária fixada em estrita observância ao princípio da razoabilidade, não pairam dúvidas quanto a impossibilidade de que o valor arbitrado venha a ser objeto de modificação.

Os juros de mora sobre o valor dos honorários advocatícios devem incidir somente a partir do seu trânsito em julgado. (TJMS, AC n. 2010.029529-1, Dourados, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 19.10.2010).

Honorários advocatícios

A réu-apelante insurge-se, ainda, em face da condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais, sob o argumento de que não deu causa ao ocorrido, uma vez que agiu em conformidade com a lei aplicável ao caso.

Melhor sorte não assiste à autarquia recorrente, uma vez que, ao contrário do que argumenta, a ré-apelante deu causa ao ajuizamento da ação, devendo, portanto arcar com os ônus sucumbenciais.

Até mesmo porque, como dito alhures, o *Superior Tribunal de Justiça já sufragou o entendimento no sentido de que, comprovada a vida em comum por outros meios, a designação da companheira como dependente para fins de obtenção do benefício da pensão por morte é prescindível* (STJ, REsp n. 576667/PE, REsp n. 2003/0134650-0, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 17.10 2006).

Ademais, em que pese nas condenações em face da fazenda pública os honorários advocatícios devam ser fixados de forma equitativa, é perfeitamente possível a utilização de percentual estabelecido no § 3º do art. 20 do CPC.

Neste sentido é o entendimento do STJ:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. ARTS. 260 E 535, II, DO CPC. VIOLAÇÃO GENÉRICA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO EM PERCENTUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. *QUANTUM*. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. TEMPO DE SERVIÇO. SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE PRIVADA. SIMULTANEIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. APLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Não se conhece do recurso especial no que concerne à suposta ofensa a dispositivos constitucionais, por se tratar de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.
>
> 2. A indicação genérica de ofensa aos arts. 260 e 535, II, do CPC, sem particularizar, quanto a este último, qual seria a suposta omissão da Corte de origem que teria implicado ausência de prestação jurisdicional, importa em deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula n. 284/STF.
>
> 3. **Nas condenações impostas à Fazenda Pública, embora devam eles ser fixados de forma eqüitativa, segundo dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, é perfeitamente possível ao magistrado fixar a verba honorária entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% previsto no caput do § 3º.**
>
> 4. Não é possível, na via especial, a reapreciação do quantum fixado pelo magistrado a título de honorários advocatícios, bem como da extensão da sucumbência das partes, porquanto seria necessário, para tanto, o reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 7/STJ.
>
> [...] (REsp n. 859.598/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 10.6.2008, DJ de 1.9.2008).

Logo, mantenho a sentença também neste aspecto.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do apelo voluntário e do reexame necessário, suscitado de ofício, e dou-lhes parcial provimento para reformar em parte a sentença, a fim de substituir o IGPM-FGV pelo INPC, como índice de correção monetária das parcelas previdenciárias em atraso, desde o vencimento de cada pensão, determinando que a partir de 30.6.2009, para fins de atualização monetária e juros do valor da condenação incidirão, uma única vez, até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, já com a redação determinada pela Lei n. 11960 de 29.6.2009, mantida a condenação acerca dos ônus sucumbenciais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM DO APELO VOLUNTÁRIO E DO REEXAME E DERAM-LHES PARCIAL PROVIMENTO, 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 Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 23 de novembro de 2010.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2009.014313-2 - Capital
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIGÉSIMA PRIMEIRA VAGA DE DESEMBARGADOR – CARGO DISPUTADO PELAS CLASSES DE MAGISTRADOS, ADVOGADOS E INTEGRANTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NÚMERO FRACIONÁRIO – ARREDONDAMENTO – SEGURANÇA CONCEDIDA EM PROL DA CLASSE DOS MAGISTRADOS.

Ao lado do princípio do quinto constitucional em favor do MP e da OAB, coexiste o princípio dos quatro quintos, em favor da Magistratura, em ordem de que o art. 94 da Constituição Federal em vigor requer, sempre, interpretação consoante essa coexistência de garantias, a dizer, a composição dos Tribunais se dá em obediência estrita e rigorosa a essa norma, de modo que a intangibilidade do princípio do quinto constitucional não há de se sobrepor ao dos quatro quintos em favor da magistratura.

Deflui, daí, que, resultando uma fração na divisão do número das vagas para se aquilatar o critério de seu preenchimento, o arredondamento há de beneficiar a classe cuja fração mais se aproxime do número inteiro, isto como forma de apaziguar esse aparente conflito que vem ínsito na redação do texto dessa norma constitucional.

Segurança concedida à Amansul e negada ao Ministério Público.

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 maioria e contra o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de setembro de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

O Presidente deste Tribunal de Justiça lançou o Edital n. 066.049.016/2009, que foi publicado no Diário da Justiça n. 1958, de 7.5.2009, página 2, por meio do qual, *in verbis, "[...] no cumprimento das disposições do artigo 28 do Regimento Interno deste Tribunal, torno público que, em virtude da criação de 2 (dois) cargos de Desembargador, por meio da Lei n. 3.658, de 30 de abril de 2009, ocorreu a vaga destinada ao quinto da Ordem dos Advogados do Brasil/MS".*

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso Do Sul, representado por seu Procurador-Geral de Justiça, impetra, então, mandado de segurança com pedido de concessão da medida *in limine litis* contra esse ato, imputado ao Excelentíssimo Senhor Presidente deste Tribunal de Justiça, Desembargador Elpípio Helvécio Chaves Martins, apontando a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Mato Grosso do Sul como litisconsorte necessário, que foi autuado sob n. 2009.012706-6, datado de 18.5.2009.

Por sua vez, a Associação dos Magistrados do Estado de Mato Grosso do Sul – Amansul -, associação que congrega os magistrados estaduais, também impetrou mandado de segurança coletivo com pedido de concessão da medida *in limine litis* contra esse mesmo ato, autuado, este, sob n. 2009.014313-2, datado de 29.5.2009.

Por entender, *a priori,* que essas pretensões mandamentais, deduzidas em ações distintas, podem ser objeto de julgamento simultâneo, lavrando-se acórdão único e, por óbvio, com idêntico teor, determinei a reunião dos processos, isto para atender aos princípios da economia e celeridade processual.

Passo, então, ao relato dos pedidos.

Mandamus do Ministério Público

Alega o Ministério Público que:

> No dia 7 de maio de 2009, foi publicado no Diário da Justiça n. 1958 o Edital n. 066.049.0017/2009, expedido em 6 de maio, pelo Presidente deste egrégio Sodalício, Desembargador Elpídio Helvécio Chaves Martins, comunicando que, em virtude da criação de dois cargos de Desembargador pela Lei n. 3658, de 30 de abril de 2009, verificou-se a abertura de vaga destinada ao quinto constitucional, sendo ela reservada à Ordem dos Advogados do Brasil (f. 3).

Sustenta, daí, que o critério adotado no ato em relevo fere direito líquido e certo do Ministério Público, de ter preenchida uma das vagas de Desembargador por um de seus membros.

Aduz, para tanto, o que segue:

> - o Ministério Público tem legitimidade para impetrar o presente mandado de segurança, inclusive capacidade postulatória;
>
> - a interpretação que decorre da atual Constituição sul-mato-grossense, aliada às disposições da Lei Complementar n. 31/77, bem como das Leis Estaduais n. 39, de 18.12.1979; n. 726, de 24.6.1987; n. 1.054, de 19.6.1990; n. 2.049, de 16.12.1999; n. 3.507, de 7.5.2008, e, ainda, da Lei Complementar n. 35, de (LOMAN), em seu art. 100, § 2º, de 14.3.1979, que preconiza os princípios da alternatividade e da sucessividade no preenchimento das vagas de Desembargador deste Tribunal de Justiça nas vagas reservadas ao quinto constitucional, levam à conclusão de que um dos cargos de Desembargador dos dois que foram criados pela Lei Estadual n. 3.658, de 30.4.2009, deve ser reservado a integrantes do Ministério Público Estadual.

Segundo a impetração, *in verbis:*

> Na integração do denominado quinto constitucional, a paridade de representatividade da classe dos advogados e do Ministério Público é o princípio geral, expresso na norma constitucional.
>
> Subsidiariamente a este, estabeleceu a Lei Orgânica da Magistratura, atentando-se à regra da Constituição Federal, o princípio da alternância, impondo o provimento das vagas destinadas ao quinto constitucional de forma alternada e sucessiva (f. 10-1).

Entende o impetrante que, se a última vaga de Desembargador destinada ao quinto constitucional foi reservada à Ordem dos Advogados do Brasil, com a nomeação do então advogado e hoje Desembargador Luís Tadeu Barbosa Silva, por certo que a vaga hoje existente deve ser reservada ao Ministério Público.

Giza que o entendimento ora externado também decorre do que assentou o então Tribunal Pleno deste Tribunal de Justiça quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 71854-3, relatados pelo Desembargador José Augusto de Souza.

A medida liminar foi deferida com base na seguinte fundamentação:

> Registro, por primeiro, afigurar-se da competência deste Tribunal de Justiça o julgamento deste mandado de segurança, a despeito da indicação da OAB/MS, autarquia federal, como litisconsorte no feito.
>
> É o que se infere do que assentou o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 26.179-0/MA, Relator Ministro Sepúlveda Pertence (julgado em 28.3.2007, DJU de 13.4.2007), cujo aresto, no que aqui interesse, assim ficou ementado:
>
> 1. Não compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o mandado de segurança impetrado por entidade privada, que atua em defesa de interesses de membros do Ministério Público Estadual contra decisão do Tribunal de Justiça, pela qual se reservou vaga criada naquele Tribunal a representante da classe de advogado.
>
> 2. No caso, a OAB figura como litisconsorte passivo, atuando ao lado da autoridade coatora e não contra ela – única hipótese em que se poderia considerar a aplicação da alínea f do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, conforme ocorreu no julgamento do MS n. 25.624 (Pleno, Pertence, DJ 10.8.2006).
>
> De igual modo, detém o Ministério Público a capacidade postulatória para, de per se, ingressar com mandado de segurança, na esteira do que decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.042-2/RR, Relator Ministro Moreira Alves (julgado em 17.4.1996, DJU de 14.11.1996), de cujo voto relato destaco a seguinte passagem:
>
> Quanto à alegada falta de capacidade postulatória, também essa preliminar deve ser rejeitada. Com efeito, é indispensável que os membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, têm capacidade postulatória, e a defesa das prerrogativas da instituição aí necessariamente se inserem, não estando, portanto, abrangida pela vedação constitucional, imposta a seus membros, do exercício da advocacia em nome próprio ou em favor de terceiro, bem como da representação judicial de entidade pública.
>
> Por isso mesmo, no MS n. 21.239, impetrado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, que firmou a inicial, contra o Exmo. Sr. Presidente da República na defesa e prerrogativa constitucional da Chefia do Ministério Público Federal, esta Corte lhe reconheceu expressamente a capacidade de ser parte, invocando a doutrina de Hely Lopes Meireles e Alfredo Buzaid, e, implicitamente, sua capacidade postulatória.
>
> De outra parte, também já assentou o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.323-5/SP, Relator Ministro Carlos Veloso (julgado em 28.9.1995, DJU de 19.4.1996), que:
>
> II. – Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal. Esta é uma norma constitucional expressa, que ha de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre da norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e de membros do Ministério Público Federal, quatro quintos serão dos juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica – a norma expressa prevalece sobre a norma implícita – força é convir que, se o número total da composição não for múltimo de cinco, arredonda-se a fração – superior ou inferior a meio – para cima, obtendo-

se, então, o número inteiro seguinte. É que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal, com descumprimento da norma constitucional (C.F., art. 94 e art. 107, I).

O mesmo entendimento foi reafirmado quando do julgamento da Ação Ordinária n. 493-7/PA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Octávio Gallotti (julgado em 6.6.2000, DJU de 10.11.2000).

Deduzidas estas considerações iniciais, passo, então, propriamente, ao pedido de concessão da medida *in limine litis*.

Extrai-se do art. 7º, II, da Lei n. 1.533, de 31.12.1951, que, para a concessão da liminar em mandado de segurança, necessário estarem presentes dois pressupostos, quais sejam: a) a relevância da fundamentação do pedido de segurança; e b) a possibilidade de ineficácia do mandado de segurança que vier a ser, ao final, concedido. Nesse sentido, leciona Hely Lopes Meirelles:

Para a concessão de liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – *fumus boni juris* e *periculum in mora*. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direito; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustentando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.[1]

Pois bem.

As regras da paridade e da alternatividade para preenchimento nos Tribunais das vagas de Desembargador destinadas ao quinto constitucional ensejam algumas situações díspares, que assim podem ser sintetizadas:

quando o número reservado ao quinto constitucional for par, fica respeitada a classe de origem;

quando for ímpar, procede-se ao critério de alternância, independentemente da classe de origem, resultando que, em determinado momento histórico, uma das classes ficará com maior número de desembargadores;

quando houver criação de novo cargo de Desembargador, ensejando um número par, será observada a regra da paridade, com o preenchimento da vaga por integrante da classe que estiver em menor número;

e uma derradeira, que é a hipótese dos autos, quando a criação de um novo cargo de Desembargador ensejar um número ímpar de membros reservados ao quinto constitucional.

Neste último caso, quatro alternativas podem ser alvitradas:

aplicação da regra da alternância tendo em vista a última nomeação;

aplicação da regra da alternância tendo em perspectiva a composição imediatamente anterior, antes do número se tornar par;

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 77.

aplicação da regra da sucessividade, de molde a manter a nomeação de acordo com o primeiro provimento; e

uma quarta, ainda, de se levar em conta o histórico da composição do Tribunal.

No caso da hipótese da alínea 'c', iniciando a nomeação por uma classe, as vagas decorrentes do número ímpar serão preenchidas por pertencentes a essa mesma classe, destinando-se as relativas ao número par aos da classe distinta.

E, quanto a esta última hipótese, a alínea 'd', não parece demais afirmar que esta decorre do que restou decidido no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso em Mandado de Segurança n. 24.992-GO, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi (julgado em 18.12.2007, DJU de 17.3.2008), de cujo ementa destaco as seguintes conclusões:

3. Nesse contexto, a 7ª vaga, de natureza impar, por ser a vaga de rodízio, isto é, aquela que vem quebrar a paridade existente entre as classes representantes do quinto constitucional, deve ser destinada à classe que se manteve em inferioridade numérica no histórico da composição do Tribunal de Justiça. Precedentes do STF.

Na hipótese, a representação em maior número pela classe dos advogados perdurou de 18.4.1969 até 15.5.1979, com a criação da 4ª vaga destinada ao quinto constitucional pela edição da Lei Estadual n. 8.614/79, quando então tornou-se a equilibrar a representatividade perante o Tribunal de Justiça de Goiás: dois assentos para cada entidade.

5. Dessa forma, em homenagem ao princípio da alternância, a prevalência da representação 'quintista' agora deve caber ao Ministério Público do Estado de Goiás.

Tendo em perspectiva o critério da sucessividade, teve início com a classe dos advogados, consubstanciada pela nomeação do Desembargador Higa Nabukatsu; as terceira e quinta vagas, pelos Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Horácio Vanderley Nascimento Pithan. As pares, da classe do MPE, a segunda pelo Desembargador Nélson Mendes Fontoura e a quarta pelo Desembargador José Benedito de Figueiredo.

A partir daí houve quebra dessa seqüência em razão de ter sido aplicado o critério da alternatividade, vindo o Des. Carlos Eduardo Contar, do MPE, a substituir o Des. Horácio Vanderley N. Pithan, da OAB/MS, destinando-se a sexta vaga ao Des. Luís Tadeu Barbosa Silva.

A seu tempo, o histórico da paridade e da alternatividade na composição deste Tribunal de Justiça assim pode ser registrado:

PERÍODO	COMPOSIÇÃO	NOMES
30.01.1979 31.01.1980	1 Advogado	Higa Nabukatsu
01.02.1980 24.06.1987	1 Advogado	Higa Nabukatsu
	1 do MP	Nélson Mendes Fontoura
07.08.1987 01.08.1990	2 Advogados	Higa Nabukatsu Claudionor Miguel Abss Duarte
	1 do MP	Nélson Mendes Fontoura
02.08.1990 02.03.2000	2 Advogados	Claudionor Miguel Abss Duarte
		Carlos Stephanini (Higa Nabukatsu)
	2 do MP	Nélson Mendes Fontoura
		José Benedito de Figueiredo
02.03.2000 20.11.2007	3 Advogados	Claudionor Migues Abss Duarte
		Carlos Stephanini
		Horácio Vanderley Nascimento Pithan
	2 do MP	João Batista C. Marques (Nélson M. Fontoura)
		Tânia Garcia de F. Borges (José B. Figueiredo)
29.08.2007 28.07.2008	3 do MP	João Batista Costa Marques
		Tânia Garcia de F. Borges
		Carlos Eduardo Contar (Horácio V.M. Pithan)
	2 Advogados	Claudionor Miguel Abss Duarte
		Sérgio Fernandes Martins (Carlos Stephanini)
28.07.2008 -	3 do MP	João Batista Costa Marques
		Tânia Garcia de F. Borges
		Carlos Eduardo Contar
	3 Advogados	Claudionor Migues Abss Duarte
		Sérgio Fernandes Martins
		Luís Tadeu Barbosa Silva

Desse modo, na história da composição deste Tribunal de Justiça, o Ministério Público manteve um número superior de membros destinados ao quinto constitucional apenas no período de 29.7.2007 a 28.7.2008, bem inferior ao lapso verificado para a OAB/MS.

Em resumo, dependendo do prisma pelo qual se visualize a hipótese versada neste mandado de segurança, haverá uma solução diversa, ora beneficiando o impetrante, ora em favor do litisconsorte.

Assim, entendo presente o *fumus boni júris*.

Como conseqüência, e imbricada a essa questão, afigura-se também presente o outro requisito, qual seja, o *periculum in mora*.

Neste caso, é certo que o mandado de segurança não perderia seu objeto com o preenchimento por advogado da vaga em disputa, ou seja, tal ato não conduziria inexoravelmente à ineficácia da medida, pois a concessão do *mandadus* teria o condão de restaurar o *status quo* ante, nem mesmo na invalidação dos atos jurisdicionais praticados pelo eventual Desembargador, isto na consideração do princípio do funcionário de fato, conforme se pode ver, por exemplo, na decisão singular proferida em 30.10.2007 pelo eminente Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança n. 26.970/MS (DJU n. 215, de 8.11.2007), interposto pela ora litisconsorte OAB/MS.

Todavia, não se pode negar o clima de incerteza que por certo irá perdurar até o julgamento da segurança, agravado pelos invencíveis transtornos que a concessão da segurança poderá causar não só para o Tribunal de Justiça, como para o eventual desembargador que tiver invalidada sua investidura.

Desse modo, concedo a medida liminar para suspender, até o julgamento do mandado de segurança, o andamento dos atos destinados ao preenchimento da vaga de Desembargador mencionada nestes autos, desencadeados por meio do Edital n. 066.049.0017/2009, divulgado no DJE n. 1.958, de 7.5.2009 (f. 99-106 dos respectivos autos).

Mandamus da Amansul

Aduz a impetrante que, *"Nada obstante o respeito que merece a autoridade coatora, o ato praticado, além de violar preceito constitucional, está fundado em interpretação errônea da matéria Constitucional que rege o preenchimento das vagas criadas, razão pela qual a impetrante, visando à defesa dos direitos de seus associados intenta a presente ação, uma vez que, segundo o seu entendimento, a 31ª vara deverá ser preenchida por membro da magistratura e não por membro oriundo do Quinto Constitucional"* (f. 7), pois, ocorrendo fração, "*o arredondamento do número de vagas destinadas ao quinto constitucional deve ser feito sempre para baixo"* (f. 7).

Ancora sua pretensão "*em quatro argumentos",* assim externados:

1) que, num ambiente republicano o ingresso no serviço público se dá, como regra, mediante concurso público de provas e títulos conforme preconizam os arts. 37, II e 93, I, da Constituição de 1988;

2) que, sendo o artigo 94 da Constituição Federal uma exceção à regra, há de ser interpretado restritivamente;

3) que o histórico do preenchimento das vagas destinadas ao quinto constitucional, neste Sodalício, demonstra que estas sempre foram feitas em 5º lugar e,

4) que a interpretação jurisprudencial sobre o artigo 94 da Carta Magna, tem sido realizada de forma errônea, não podendo subsistir na atual conjuntura (f. 7).

Segundo a impetração, *in verbis:*

> Pela análise pura e simples destes dispositivos, verifica-se que a regra de ingresso na magistratura se dá por concurso público de provas e títulos, na forma do art. 93-I, da Constituição da República de 1988, sendo regra excepcional aquela prevista no artigo 94, ou seja, de que um quinto das vagas nos Tribunais será reservado aos membros do Ministério Público e aos advogados.
>
> Dentro desta ótica, a norma do artigo 94 da Constituição Federal é nitidamente uma norma de exceção e, como tal, deve ser interpretada restritivamente.
>
> Carlos Maximiliano, em sua interpretação a respeito do assunto, nos traz excelente posição doutrinária:
>
> 'Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, ou indivíduos, excluem outras, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias de propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral'.
>
> Sendo regra de interpretação restritiva, não havendo falar em interpretação hermenêutica de que se trata de 'regra expressa' em contrariedade à 'norma implícita', o que se verá adiante, quando houver fração do número de vagas destinadas ao quinto constitucional, deve-se proceder ao arrendamento para baixo, quer seja ela superior ou inferior à metade.
>
> Nas decisões do STF, encontramos memorável Acórdão do ano de 1950, proferido no Mandado de Segurança n. 1060/ES, onde se decidiu que no cálculo para inclusão de advogados e membros do Ministério Público deve ser feito no sentido de restringir o número de representantes destas classes quando não for possível uma divisão exata (f. 10-1).

Invoca, também, no *writ,* a impetrante, o *princípio da proporcionalidade,* o qual, segundo entende, direciona para a afirmação de que "*não se mostra razoável que a 31ª vaga, criada pela lei em questão, sendo apenas uma do 7º quinto, seja preenchida pelo quinto constitucional, porque, se assim admitirmos estaremos invertendo os valores, uma vez que a única vaga deste 7º quinto, seja preenchida em detrimento das demais vagas, ainda que se admitisse ser regra constitucional implícita, relativa a 4/5, destinados aos membros da classe da magistratura"* (f. 8).

E continua:

> Também, porque se preenchida pelo quinto, termos maior número de cadeiras destinadas ao quinto constitucional, uma vez que sendo sete o número de integrantes desta classe, tal quantidade é maior do que um quinto, uma vez que a divisão de 31 por 5 é igual a 6,2 (seis inteiros e dois décimos), fato este que contraria o próprio texto do artigo 94 da Carga Magna, uma vez que esta 31ª vaga estará sendo preenchida pela quarta parte.
>
> Por outro lado, mesmo que se admita que a regra do art. 94 da Constituição, relativa ao quinto constitucional, seja expressa, em detrimento da regra implícita dos 4/5 das demais vagas, como se decidiu naquele mandado de segurança, não é isto que a norma estabelece.
>
> Já se disse que se as vagas decorrentes do quinto constitucional, quando a divisão não desse número exato, fossem preenchidas pelas classes do MP e da OAB, necessário seria que a Constituição disse que se assegura o lugar para cada cinco ou fração.
>
> Mas, não é isso que está expresso no texto constitucional. Está expresso que se assegura um quinto das vagas. E, nem de longe, se estará cerceando este direito, se a vaga for preenchida em 5º lugar, depois de preenchido os 4/5 de magistrados de carreira.

> E, mais, quando a constituição diz que se assegura um quinto, não está dizendo que este quinto deve ser o primeiro quinto, como foi decidido pela autoridade dita coatora, que destinou a única vaga do 7º quinto, para a classe dos advogados, contrariando, s,m.j., o próprio texto constitucional e o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. (f. 17).

A medida liminar ao pleito também foi concedida, isto com fulcro no seguinte:

> Passo, então, ao exame do pedido de concessão da medida liminar.
>
> Extrai-se do art. 7º, II, da Lei n. 1.533, de 31.12.1951, que, para a concessão da liminar em mandado de segurança, necessário estarem presentes dois pressupostos, quais sejam: a) a relevância da fundamentação do pedido de segurança; e b) a possibilidade de ineficácia do mandado de segurança que vier a ser, ao final, concedido. Nesse sentido, leciona Hely Lopes Meirelles:
>
> 'Para a concessão de liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – *fumus boni juris* e *periculum in mora*. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direito; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustentando provisoriamente os efeitos do ato impugnado'.[1]
>
> Anoto, em primeiro lugar, que, na hipótese vertente, ainda que os efeitos do ato atacado ainda se encontrem suspensos por força de liminar concedida no Mandado de Segurança n. 2009.012706-6, impetrado pelo Ministério Público Estadual, conforme decisão publicada no DJE de 1.968, de 21.5.2009, tenho que o exame deste novo pedido, agora formulado pelo organismo de classe que representa os Magistrados, não se revela desarrazoado, isto tendo em perspectiva a causa de pedir e pedidos deduzidos neste writ, que revelam pretensão contrária ao preenchimento da vaga de Desembargador mencionada nos autos pelo chamado quinto constitucional, o que, em linha de princípio com o instituto processual da oposição (CPC, art. 56), revela-se excludente de igual direito pretendido pela classe dos advogados e dos integrantes do Ministério Público.
>
> Pois bem.
>
> A afirmação da impetrante de que o art. 94, da Constituição Federal, notabiliza-se como regra de exceção e, por isso mesmo, deve ser interpretada restritivamente, donde a percepção, então, de que não é possível o arrendamento para mais quando houver fração, posto que isto extrapolaria a cota de um quinto, mencionando, inclusive, decisão nesse sentido do próprio Supremo Tribunal Federal, afigura-se relevante.
>
> Por outro lado, e, no que se refere ao *periculum in mora*, anoto, consoante o que deixei consignado quando do exame da liminar no *mandamus* retro mencionado (Autos n. 2009.012706-6), que o mandado de segurança não perderia seu objeto com o preenchimento da vaga em disputa pelo critério do quinto constitucional, ou seja, tal ato não conduziria inexoravelmente à ineficácia da medida, pois a concessão do *mandadus* teria o condão de restaurar o *status quo* ante, nem mesmo na invalidação dos atos jurisdicionais praticados pelo eventual Desembargador, isto na consideração do princípio do funcionário de fato, conforme se pode ver, por exemplo, na decisão singular proferida em 30.10.2007 pelo eminente Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança n. 26.970/MS (DJU n. 215, de 8.11.2007), interposto pela ora litisconsorte OAB/MS.

1 Op. cit., p. 77.

> Todavia, não se pode negar o clima de incerteza que por certo irá perdurar até o julgamento da segurança, agravado pelos invencíveis transtornos que a concessão da segurança poderá causar não só para o Tribunal de Justiça, como para o eventual desembargador que tiver invalidada sua investidura.
>
> A par disso, a questão controvertida no mandado de segurança, mais do que o simples interesse de classes e da própria composição deste Tribunal, interessa essencialmente a sociedade sul-mato-grossense, de modos que o preenchimento da vaga de Desembargador deve vir, não só de pronto, mas, fundamentalmente, escoimada de quaisquer vícios.
>
> Interessa ao povo deste Estado, e de quem mais necessitar da prestação jurisdicional deste Tribunal de Justiça, o preenchimento, não só em definitivo, dessa vaga de Desembargador, mas sem qualquer embaraço, impedimento ou estorvo.
>
> Penso que os princípios que decorrem do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, corroboram o entendimento de que mais relevante é a lisura mesma do ato de investidura em cargo público do que propriamente a presteza.
>
> Desse modo, concedo a medida liminar para, por força desta impetração, suspender, também, até o julgamento do mandado de segurança, o andamento dos atos destinados ao preenchimento da vaga de Desembargador mencionada nestes autos, desencadeados por meio do Edital n. 066.049.0017/2009, divulgado no DJE n. 1.958, de 7.5.2009. (f. 117-9).

As informações

Relativamente ao *writ* impetrado pelo Ministério Público, alega o impetrado que o ato impugnado foi editado consoante interpretação haurida do disposto no art. 100, § 2º, da Lei Complementar n. 35, de 14.9.1979 (LOMAN), que prevê o princípio da alternância.

Com base em tal preceito legal e tendo em vista o histórico de composição deste Tribunal de Justiça, aduz que a vaga em disputa deve ser preenchida por Advogados, uma vez que, havendo empate no número de cadeiras reservadas ao quinto constitucional, visto que o número considerado era par, com três integrantes de cada classe, a imparidade de agora deve se dar em favor da Ordem dos Advogados/MS, pois, na composição ímpar imediatamente anterior, deu-se em favor do Ministério Público (f. 116-38)

E, no que se refere à pretensão da Associação dos Magistrados, por sua vez, sustentou o impetrado que, ocorrendo fração na divisão do número de vagas, como no caso, esta deve ser arredondada em favor do quinto constitucional, isto na esteira de entendimento do Supremo Tribunal Federal, daí porque ausente o invocado direito líquido e certo (f. 102-11).

As contestações ofertadas pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Mato Grosso do Sul

Quanto ao *mandamus* do Ministério Público, sustenta que "*A pretensão do MP é injusta e improcedente*" (f. 140), desenvolvendo sua defesa na mesma esteira do que deduzido nas informações prestadas pelo impetrado, gizando que o art. 100, § 2º, da LOMAN "*não se resume no simples comando de que após a nomeação de um membro da OAB deve-se nomear integrante do MP*" (f. 142).

Consoante afirma, *in verbis:*

> Bom, qual a *ratio* por trás da referida regra? A resposta é simples. Pretende-se evitar que em Tribunal com número ímpar de vagas destinadas ao quinto constitucional ocorra a primazia definitiva de carreira na composição do mesmo. Por óbvio, não poderia ser outra a solução em sistema onde inexiste hierarquia entre as distintas carreiras jurídicas.

> Desta feita, havendo número impar de vagas a serem preenchidas pelo quinto, a OAB e o MP alternarão, sucessivamente, a posição de vantagem numérica. Todavia, a pretensão do MP caminha justamente no sentido de eternizá-lo como órgão primaz na composição do Tribunal.
>
> Sendo assim, este caso deve ser solucionado através da análise objetiva dos fatos e não via a aplicação de isolado precedente jurisprudencial firmado há longa data, cujos fatos que direcionaram tal julgamento sequer são similares ao presente. (f. 142).

Diz, daí, que o histórico do preenchimento das vagas deste Tribunal de Justiça destinadas ao quinto constitucional lançadas nas informações prestadas pelo impetrado aponta no sentido de que dita vaga deve ser destinada à Ordem dos Advogados/MS.

Pertinentemente à pretensão da Amansul, aduz que o *mandamus* está ancorado em tese já superada e que não encontra guarida nas reiteradas decisões das Cortes Superiores, que sufragaram o entendimento de que "*As previsões acerca do chamado 'quinto constitucional' são expressas, para a situação dos autos, no art. 94 da Constituição Federal da República"* (f. 143).

Após discorrer sobre a introdução do quinto constitucional na composição dos Tribunais, giza que o caso presente não é regido pelo princípio do concurso que norteia o acesso aos cargos públicos, daí porque a nomeação, para cargos nos Tribunais, pelo quinto constitucional e, portanto, sem concurso público prévio, não consubstancia exceção essa regra geral, já que inexiste hierarquia entre os arts. 37 e 93 da Constituição Federal.

No que toca ao disposto no art. 94 da CF, consta que "*A norma é impositiva, não explicativa. A regra constitucional é garantidora de percentual que deverá existir nos Tribunais, não que poderá existir. A norma não orienta, mas determina"* (f. 166).

Continuando, argumenta que: "*E, sob esta ótica, quando não for possível o preenchimento matematicamente perfeito de um quinto, a razoabilidade impõe o raciocínio de que, ainda assim, a norma de ser atendida"* (f. 166), e que: "*E, também matematicamente, só é possível atende-la se, no fracionamento da incompletude do quinto, se arredondar o número para o posterior numérico imediato"* (f. 166).

Desse modo, assevera que a trigésima primeira vaga de Desembargador deste Tribunal de Justiça deve ser reservada ao quinto constitucional e reservada à OAB-MS.

Intervenção da Procuradoria-Geral do Estado

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua procuradoria jurídica, defende, nos dois casos, a lisura do ato atacado, postulando, assim, pela denegação de ambas as seguranças (f. 140-4 e 200-6).

Os pareceres ofertados pelo Ministério Público

A d. Procuradoria-Geral da Justiça opina no sentido da concessão da segurança impetrada pelo representante do *Parquet,* pois, segundo entende, a última vaga impar foi destinada à Ordem dos Advogados/MS, cujo cargo veio a ser titularizado pelo Desembargador Horácio Vanderley Nascimento Pithan, somado ao fato de que a última nomeação, quando houve a paridade, também foi destinada a essa mesma classe, nomeando-se o Desembargador Luis Tadeu Barbosa Silva (f. 250-62 e 234-40).

Opina, outrossim, pela denegação do *mandamus* impetrado pela Amamsul, pois a vaga de Desembargador em disputa deve ser preenchida pelo critério do quinto constitucional.

VOTO (Em 21.7.2010)

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Consoante a exposição que fiz à guisa de relatório, o Presidente deste Tribunal de Justiça lançou o Edital n. 066.049.016/2009, que foi publicado no Diário da Justiça n. 1958, de 7.5.2009, página 2, por meio do qual, *in verbis, "[...] no cumprimento das disposições do artigo 28 do Regimento Interno deste Tribunal, torno público que, em virtude da criação de 2 (dois) cargos de Desembargador, por meio da Lei n. 3.658, de 30 de abril de 2009, ocorreu a vaga destinada ao quinto da Ordem dos Advogados do Brasil/MS".*

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso Do Sul, representado por seu Procurador-Geral de Justiça, impetra, então, mandado de segurança com pedido de concessão da medida *in limine litis* contra esse ato, imputado ao Excelentíssimo Senhor Presidente deste Tribunal de Justiça, Desembargador Elpípio Helvécio Chaves Martins, apontando a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Mato Grosso do Sul como litisconsorte necessário, que foi autuado sob n. 2009.012706-6, datado de 18.5.2009.

Por sua vez, a Associação dos Magistrados do Estado de Mato Grosso do Sul – Amansul –, associação que congrega os magistrados estaduais, também impetrou mandado de segurança coletivo com pedido de concessão da medida *in limine litis* contra esse mesmo ato, autuado, este, sob n. 2009.014313-2, datado de 29.5.2009.

Por entender, *a priori,* que essas pretensões mandamentais, deduzidas em ações distintas, podem ser objeto de julgamento simultâneo, lavrando-se acórdão único e, por óbvio, com idêntico teor, determinei a reunião dos processos, isto para atender aos princípios da economia e celeridade processual.

Pois bem.

Questão prévia. Sistematização do julgamento

Como se viu, as três classes de operadores do direito que compõem esta Justiça Estadual, cujos integrantes são distinguidos para composição deste Tribunal de Justiça, disputam a trigésima primeira (31ª) vaga de Desembargador, dentre as que foram criadas pela Lei Estadual n. 3.658, de 30 de abril de 2009.

Esse quadro, a meu ver, revela mais consentâneo que se decida, previamente, o critério de preenchimento desse claro, a dizer, se o cargo é destinado aos membros da Magistratura Estadual ou, se, então, está reservada ao quinto constitucional.

Uma resposta positiva em prol da Magistratura desaguará na concessão da segurança impetrada pelo seu respectivo órgão representativo da classe, com denegação do *mandamus* ajuizado pelo Ministério Público.

Definida em prol do quinto constitucional, a conseqüência, por sua vez, é a denegação do mandado de segurança da Amamsul, com o prosseguimento do julgamento quanto ao outro, em que se proclamará a qual classe pertence a vaga: se ao MP ou se à Ordem dos Advogados/MS, sobrevindo, no primeiro caso, concessão da segurança e, no segundo, denegação do *writ.*

Mandamus da Amamsul e do MP

Como se sabe, a composição híbrida dos tribunais foi, a rigor, alçada, uniformemente, ao plano constitucional pela primeira vez na Constituição de 1934, em seu art. 104, § 6º, mantendo-se a regra nas que lhe sobrevieram (CF/1937, art. 5; CF/1946, 124, V; CF/1967 art. 136, IV; e CF/1969, art. 144, V). Na CF atual, art. 94.

Apregoa-se como salutar a providência, apta que seria para oxigenar, arejar ou mesmo, segundo outros, para revitalizar o Poder Judiciário em suas instâncias superiores. Parece haver aí, senão um exagero, pelo menos uma visão desfocada da questão, pois, ao que tudo indica, a participação dessas valorosas classes na composição dos tribunais assenta-se em fundamento de ordem diversa, qual seja, dotar os tribunais de julgadores provindos das demais classes de operadores do direito, por também se consubstanciarem suas atividades como funções essenciais à Justiça, isto segundo o modelo constitucional vigente. Com efeito, em prevalecendo essa concepção exacerbada, poder-se-ia afirmar, *a contrario sensu,* que restaria, então, nos tribunais, um vazio, onde nada se produziria, ideia alguma se produziria e nenhum julgamento se proferiria, fadadas, as cortes, desse modo, ao definhamento, quem sabe até a exaustão, perecendo, ao depois.

Daí porque, muito provavelmente, a crítica ácida de PONTES DE MIRANDA, ainda quanto à interpretação do art. 104, § 6º, CF/1934, *in verbis, "Desde logo ressalta a ilogicidade, a parcialidade, com que se pretendeu disfarçar, com sofismas de interpretação dos textos constitucionais, a ânsia de introdução apressada de elementos tirados da advocacia ou do Ministério Público - isto é, da política - na composição das então Côrtes de Apelação*". (Comentários à Constituição Federal de 1967. **RT**. SP. 1974, 2. Ed. Tomo IV. p. 320).

A interpretação dessa regra do quinto constitucional, e isto, a meu juízo, não é incorreto afirmar, foi basicamente submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal em épocas bem distintas, isto conforme pesquisa que pude alcançar no endereço eletrônico daquela Corte, a saber, no ano de 1950 (Recurso em Mandado de Segurança n. 1060/ES, julgado em 25.10.1950, Relator Min. José Linhares), 1956 (Recurso em Mandado de Segurança n. 3.923/CE, julgado em 10.10.1956, Relator Min. Barros Monteiro), 1995 (Mandado de Segurança n. 22.323-5/SP, julgado em 19.4.1995, Relator Min. Carlos Veloso) e 2000 (Ação Originária n. 493-7/PA, julgada em 6.6.2000, Relator Min. Octavio Gallotti), valendo realçar a diversidade de membros na composição da Suprema Corte em tais períodos.

Do que restou decidido nos julgados que daí foram produzidos, filio-me ao entendimento de que, ao lado do princípio do quinto constitucional em favor do MP e da OAB, coexiste o princípio dos quatro quintos em favor da Magistratura, em ordem de que o art. 94, da Constituição Federal em vigor, requer, sempre, interpretação consoante essa coexistência de garantias, a dizer, a composição dos Tribunais se dá em obediência estrita e rigorosa a essa norma, de modo que a intangibilidade do princípio do quinto constitucional não há de se sobrepor ao dos quatro quintos em favor da magistratura. Aliás, ninguém ignora que o tribunal é de juízes e não de quintos.

Deflui-se, daí, que, resultando uma fração na divisão do número das vagas para se aquilatar o critério de seu preenchimento, o arredondamento há de beneficiar a classe cuja fração mais se aproxime do número inteiro, isto como forma de apaziguar esse aparente conflito que vem ínsito na redação do texto dessa norma constitucional.

No caso em exame, 31 (trinta e uma) são as vagas de Desembargador deste Tribunal de Justiça; 4/5 (quatro quintos) desse total representam 24,8 (vinte e quatro vírgula oito), enquanto que, por conseqüência, 1/5 (um quinto) é igual a 6,2 (seis vírgula dois).

O arredondamento, portanto, para se chegar a um número inteiro correspondente a uma vaga de Desembargador, deve-se dar em prol da Magistratura.

Elucidativo, ainda que bem menos flexível, foi o entendimento do Tribunal do Espírito Santo, sufragado na Suprema Corte pelo acórdão proferido no já mencionado Recurso em Mandado de Segurança n. 1.060/ES, no qual se lê, *in verbis:*

> Sendo a regra a constituição dos Tribunais por juízes de carreira, o cálculo para inclusão de advogados e membros do Ministério Público deve ser feito no sentido de restringir o número de representantes destas classes quando não for possível uma divisão exata.

Do voto proferido pelo Min. José Linhares no referido julgamento destaco:

> Não há razão para que se altere a inteligência dada pelo Tribunal espírito-santense ao preceito constitucional tanto mais quanto este Sup. Trib. Fed., em caso semelhante, relativo ao Trib. de Justiça do Dist. Fed., após a Const. de 1946, deu interpretação idêntica.

E, do voto do Min. Luiz Gallotti, na mesma assentada, transcrevo o seguinte excerto:

> Resta o terceiro argumento, de que, num Tribunal de oito membros, para se assegurar o quinto aos advogados e integrantes do Ministério Público, duas deveriam ser as nomeações. Para isso, necessário seria dissesse a Constituição que se assegura um lugar para cada cinco ou fração. A Constituição, porém, não disse assim. Assegurou apenas o quinto.

A seu tempo, no Recurso em Mandado de Segurança n. 3.926/CE, reafirmou-se esse entendimento. No voto que proferiu, ressaltou o Min. Barros Monteiro, *in verbis:*

> E isso porque a mencionada disposição não assegura a advogados e a membros do Ministério Público o preenchimento de um lugar para cada cinco ou fração, mas, simples e expressamente, o de um quinto. Há de se repudiar, assim, a preceituação legal que desvirtue aquele imperativo da Carta Maior.

Por outro lado, não comungo do entendimento esposado pela ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, de que o contido no art. 235, da CF, explicita a exata compreensão do art. 94, da mesma Carta, ora em discussão, cujo argumento veio vazado nos seguintes termos, *in verbis:*

> É evidente, neste caso, que o quinto calculado sobre sete resulta em uma unidade e fração de quatro décimos, ainda assim, houve a preservação integral do quinto com a previsão de dois lugares destinados a promotores e advogados, extraindo-se daí o critério de arredondamento adotado pela própria Constituição quando houver divisão inexata, revestindo-se esta norma em verdadeira interpretação autêntica do enunciado previsto no artigo 94 (sem destaques no texto original).

Data venia, se, do art. 94, da Constituição Federal, fosse possível intuir que a fração encontrada na divisão de vagas haveria sempre de ser arredondada em favor das classes do MP e da OAB, aí sim é que não haveria a menor necessidade da previsão constante no mencionado art. 235, o qual, no tanto que aqui interessa, tem a seguinte redação:

> Art. 235. Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas:
>
> [...]
>
> IV - o Tribunal de Justiça terá sete Desembargadores;
>
> V - os primeiros Desembargadores serão nomeados pelo Governador eleito, escolhidos da seguinte forma:
>
> a) cinco dentre os magistrados com mais de trinta e cinco anos de idade, em exercício na área do novo Estado ou do Estado originário;
>
> b) dois dentre promotores, nas mesmas condições, e advogados de comprovada idoneidade e saber jurídico, com dez anos, no mínimo, de exercício profissional, obedecido o procedimento fixado na Constituição;
>
> [...].

Quer dizer, se da norma do art. 94, CF, já se pudesse intuir a previsão imperativa de que, para se alcançar a intangibilidade do quinto constitucional, houvesse o arredondamento automático do número fracionário de vagas em favor das classes do MP e da OAB, qualquer que fosse a fração, tenho que não haveria necessidade dessa regra do art. 235, da mesma CF, pois, então, nos novos Estados, o Tribunal de Justiça, principiando com sete (7) membros, cuja divisão por cinco (5) resulta em número fracionário, haveria inexoravelmente de ser integrado por cinco Magistrados e dois integrantes do quinto constitucional.

Mas não: foi necessária uma regra específica que impusesse expressamente essa forma de composição no caso de tribunais de novos Estados, quebrando-se, excepcionalmente, e só nesse caso, entendo, a intangibilidade dos 4/5 (quatro quintos) em favor da Magistratura, já que, na espécie, o número fracionário estaria lhe favorecendo.

A meu ver, a regra do art. 235, da CF, posto que destinada sua aplicação a essa situação concreta e especial por ela descrita, não explicita o que contido no art. 94, da mesma CF, nem autoriza o entendimento externado no d. parecer, segundo o qual dela se há de extrair que a intangibilidade do quinto constitucional, previsto neste último dispositivo constitucional, é alcançado com o necessário arredondamento automático do número fracionário de vagas em prol do MP e da OAB.

Mencionada disposição, pela sua natureza transitória excepcional, destinada a regular uma situação peculiar, não pode ser ampliada para além da hipótese factual nela expressamente prevista, a dizer, tem seu campo de aplicação perfeitamente delimitado, não se expandindo, nem irradiado efeitos sobre situações a ela dessassemelhadas.

Essa associação, por analogia, contida no d. parecer, não encontra arrimo no sistema constitucional em vigor.

Realço, ainda, que se fosse possível descontextualizar o disposto no art. 235, do CF, isto é, se fosse possível passar ao largo do princípio da organicidade que rege o sistema constitucional, com a conectividade e o entrelaçamento de suas normas, poder-se-ia dizer, então, que essa disposição quer exprimir, unicamente, que, nos casos nele previstos, não se aplica o princípio do quinto constitucional, pois, partindo-se de uma interpretação literal ou mesmo gramatical, em sua redação nem se lê qualquer menção ao quinto constitucional; lá está escrito tão-somente que os novos tribunais são compostos por sete membros, dos quais cinco serão escolhidos dentre magistrados e outros dois entre promotores e advogados.

Desse modo, entre as posições extremadas, de antes e de agora, perfilho dessa intermediária, que concilia esse aparente conflito encontradiço no texto do art. 94, da CF.

Ante o exposto, por entender que a trigésima primeira (31ª) vaga de Desembargador, mencionada nos autos, destina-se à classe dos Magistrados, concedo a segurança impetrada pela ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, para o fim de, em tornando insubsistente o ato atacado, determinar que o impetrado promova os atos necessários ao preenchimento desta vaga por Magistrados integrantes desta Justiça Estadual.

Por outro lado, denego a segurança impetrada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, tudo em sentido contrário ao parecer da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça.

Sem custas e sem honorários.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (1º Vogal)

A discussão se trava no âmbito do entendimento do artigo 94 da Constituição Federal. Este artigo já teve um julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 28.9.1995, da relatoria do Ministro Carlos Veloso, onde consta o seguinte:

> Em quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de Juízes oriundos da Advocacia e do Ministério Público Federal.
>
> Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre da norma expressa, no sentido de que se um quinto é dos advogados e membros do Ministério Público; quatro quintos serão dos Juízes de carreira.
>
> Observada a regra de hermenêutica, a norma expressa prevalece sobre a norma implícita, força é convir que se o número total de composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração, superior ou inferior a meio, para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte.
>
> É que, se assim não for feito, o Tribunal não terá, na sua composição, um quinto de Juízes, oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal, com o descumprimento da norma constitucional, Constituição Federal, artigo 94 e artigo 107, I. Da relatoria do Min. Carlos Veloso, 1995.

Interessante é que, nós temos uma norma expressa que fala um quinto. O relator estabeleceu que um quinto de 31 seriam 6,2 membros. Não é possível ter 0,2 Desembargador. Por outro lado, também não é possível ter mais do que 1/5 para advogados ou membros do Ministério Público. Se a norma é expressa, no sentido de que 1/5 pertence ao Ministério Público e advocacia, essa norma é, absolutamente expressa, no sentido de que 1/5 é 1/5 e não 1/5 e mais algo.

Entendo que o STF é o Juiz natural da Constituição Federal. Apesar desse voto, entendo que há um certo engano, com relação a esse aspecto da hermenêutica. Como que nós entenderíamos esta fração, quando o número de componentes dos Tribunais não sejam divisíveis, exatamente, em divisão exata por cinco?

Nós encontramos, no sistema jurídico brasileiro, uma situação semelhante que é o Código eleitoral que, também estabelece proporcionalidade, estabelece o número de vagas no coeficiente eleitoral. E, como eu o faço? O número de votos válidos, divididos pelo número de vagas. E as frações? Se menor de cinco, exclui; se maior de meio, eleva a um (1).

Aliás, é uma regra universal, em termos inclusive dos meios acadêmicos. Não é uma regra específica para um Tribunal, é uma regra que existe nos meios acadêmicos, de nível universal. Seja no Brasil, seja em qualquer país da Europa, ou da América do Norte ou da Ásia ou até da África ou Oceania.

Logo, se nós temos 6,2; 4/5 seriam 24,8 membros da Magistratura. Também não posso estabelecer 0,8 membros da Magistratura.

Considerando que o STF é, efetivamente, o Juiz Natural da Constituição; mas, nada impede que eu, juridicamente, faça críticas e me coloque de forma, justificadamente, contrária ao que ele decidiu e entender que essa fração, esse arredondamento não pode ser para cima. Só se for a mais de meio. Por que, então, nós aproximaríamos na quinta parte. Caso contrário, nós estaremos aumentando a quinta parte.

Entendo e trago elogios aos membros que pertencem a este Tribunal, oriundos da advocacia e membros do Ministério Público; mas, quando a Constituição fala a quinta parte, ela está restringindo, quinta parte.

Nós temos 24,8 e 6,2, como colocou o relator. Desprezo o 0,8 e elevo, jogo esse 0,8 para o 0,2, então não tenho a quinta parte. Como assim, o sistema jurídico, repito, nos dá essa interpretação e nós encontramos, exatamente, na lei que forma toda a estrutura de representação do Estado. E, por que não utilizarmos aqui e agora.

Por que, se também, a composição do Tribunal com Membros do Ministério Público e da advocacia é no sentido de fazer uma representatividade dos operadores do direito, porque não utilizarmos esta regra, neste caso.

Assim, diante dessas circunstâncias, com tais argumentos, acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (2 º Vogal)

Na verdade, a questão aqui, embora não desprezando a Constituição, é muito mais matemática do que jurídica. Matemática é de ordem universal e, se é 6,2, pela ordem universal da matemática, ela tem que ser reduzida para baixo. Se 6,51, ela subiria, assim é que ensina a matemática. Com as considerações do voto do Des. Santini, acompanho o relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (3º Vogal)

Com o voto do relator.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (4º Vogal)

Nos primeiros anos de criação do Estado foram colocados sete Desembargadores, é uma exceção a essa regra do artigo 94 da Constituição Federal. Porque, em sete, já tem cinco Juízes e um membro do Ministério Público e da advocacia. Como disse o Advogado, os dois estão relacionados ao quinto, essenciais à administração da justiça.

Mas, 1/5 é 1/5. De trinta, pegando 1/5, são seis (6). Assim, já tem 3 do Ministério Público e três da advocacia. O primeiro quinto já começa com 1/5 dessa classe. Por isso que acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (5º Vogal)

Com o voto do relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA DESEMBARGADORA TÂNIA, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES SANTINI, JOENILDO, ATAPOÃ, HILDEBRANDO E LÓS CONCEDEREM A SEGURANÇA. OS DEMAIS AGUARDAM. (SUST. ORAL)

VOTO (EM 28.7.2010)

A Srª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (6ª Vogal)

Divirjo do relator.

Do mandado de segurança n. 2006.014313-2

Tenho que o mandado **de segurança impetrado pela AMAMSUL deve ter a ordem denegada.**

Isto porque a primeira fundamentação utilizada pelo d. relator, seria a de que o STF teria se pronunciado sobre a questão do quinto constitucional em algumas ocasiões, em épocas bem distintas uma das outras, sendo que se filia ao entendimento de que ao lado do princípio do quinto constitucional, existe o princípio dos quatro quintos em favor da Magistratura, mesmo porque o Tribunal seria de juízes e não de quintos.

Peço vênia para discordar do i. colega, pois tenho que, enquanto a instância de primeiro grau é composta por juízes, os Tribunais são compostos por juízes E QUINTOS, consoante dispõe a Carta Maior, em seu art. 94. Sob esse prisma, importante verificar como o Supremo Tribunal Federal, na atribuição de suas funções, interpretou o referido preceito após o advento da Constituição Federal de 1988:

> EMENTA: Tribunal de Justiça. **Se o número total de sua composição não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público**. *(*AO 493, Primeira Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 6.6.2000, DJ de 10.11.2000, PP-00081, EMENT VOL-02011-01, PP-00001)
>
> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADENCIA. ATO COMPLEXO. C.F., ART. 94, PARAGRAFO ÚNICO. LEI N. 1.533/51, ART. 18. CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL: COMPOSIÇÃO: **QUINTO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: SOBRA. NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO QUE NÃO E MULTIPLO DE CINCO. ARREDONDAMENTO.** C.F., ART. 94, ART. 107, I. I. - DECADENCIA DO DIREITO A IMPETRAÇÃO: INOCORRENCIA, TENDO EM VISTA QUE O ATO DE NOMEAÇÃO DE JUIZ DO TRF E ATO COMPLEXO, QUE SOMENTE SE COMPLETA COM O DECRETO DO PRESIDENTE DA REPUBLICA QUE, ACOLHENDO A LISTA TRIPLICE, NOMEIA O MAGISTRADO. A PARTIR DAI E QUE COMECA A CORRER O PRAZO DO ART. 18 DA LEI N. 1.533/51. II. - UM QUINTO DA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS SERÁ DE JUIZES ORIUNDOS DA ADVOCACIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ESTA E UMA NORMA CONSTITUCIONAL EXPRESSA, QUE HÁ DE PREVALECER SOBRE A NORMA IMPLICITA, QUE DECORRE DA NORMA EXPRESSA, NO SENTIDO DE QUE, SE UM QUINTO E DOS ADVOGADOS E MEMBROS DO **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, QUATRO QUINTOS SERÃO DOS JUIZES DE CARREIRA. OBSERVADA A REGRA DE HERMENEUTICA - A NORMA EXPRESSA PREVALECE SOBRE A NORMA IMPLICITA - FORÇA CONVIR QUE, SE O NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO NÃO FOR MULTIPLO DE CINCO, ARREDONDA-SE A FRAÇÃO - SUPERIOR OU INFERIOR A MEIO - PARA CIMA, OBTENDO-SE, ENTÃO, O NUMERO INTEIRO SEGUINTE. E QUE, SE ASSIM NÃO FOR FEITO, O TRIBUNAL NÃO TERA NA SUA COMPOSIÇÃO, UM QUINTO DOS JUIZES ORIUNDOS DA ADVOCACIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, COM DESCUMPRIMENTO DA NORMA CONSTITUCIONAL (C.F., ART. 94 E ART. 107, I).** III. - PRELIMINARES REJEITADAS. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. (MS n. 22323, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 28.9.1995, DJ de 19.4.1996, PP-12213, EMENT VOL-01824-10, PP-02224).

Realmente, como anotou o i. relator em seu voto, o STF proferiu outras duas decisões no sentido de que o arredondamento para maior somente seria possível acaso a fração fosse superior a 0,5, porém, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal posicionamento foi revisto e atualmente, em ambos os Tribunais Superiores, o entendimento pacífico e unânime é de que, para fins do quinto constitucional nos tribunais, em caso de fração, deve ser realizado a arredondamento para o próximo número inteiro.

Aliás, a questão do arredondamento no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul já foi julgada pelo STJ, no MS n. 11.062, onde foi decidido que este Tribunal, na época com 21 vagas de Desembargador, deveria reservar 5 vagas para membros do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis:*

> ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA: DECADÊNCIA – QUINTO CONSTITUCIONAL NOS TRIBUNAIS.
>
> 1. O prazo decadencial pelo descumprimento do mandamento constitucional (art. 94 da CF/88), renova-se a cada dia, pela ilegalidade que se protrai no tempo, de forma a não se considerar como termo *a quo* o início da ilegalidade.

2. O STF, mudando de entendimento, interpretando o *caput* do art. 94 da Constituição Federal, entende que, no cômputo do quinto constitucional, a fração, seja de que valor for, reverte-se em favor do quinto.

3. O aumento do Tribunal para 21 (vinte e um) membros enseja um quinto de 4,2 (quatro vírgula dois), sendo de cinco os membros da OAB e do MPE.

4. Recurso provido. (MS n. 11062/MS, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 15.3.2001, DJ de 4.6.2001, p. 83, REPDJ 25.6.2001, p. 149).

Importante salientar, inclusive, que a Min. Eliana Calmon descreve a trajetória do entendimento dos Tribunais Superiores. Por isso, necessário se faz a transcrição de parte de seu voto:

A questão já foi enfrentada em algumas oportunidades pelos tribunais e o entendimento, a princípio, a partir do STF, foi no sentido do arredondamento em favor do quinto quando a fração era superior a meio, revertendo-se em favor da magistratura, quando a fração fosse inferior.

Este entendimento estava cristalizado no STF em antigas decisões, como a constante do MS n. 4.348/MG, assim ementada:

Não é inconstitucional o preceito de organização judiciária que determina que na formação do quinto destinado a advogados e membros do Ministério Público no Tribunal de Justiça se compute como unidade a fração superior a meio (**Revista dos Tribunais**, 287/878).

Contudo, após a CF/88, houve mudança de entendimento a partir da análise do artigo 94 da Carta Política.

O dispositivo garante constitucionalmente ao Ministério Público e aos Advogados um quinto nos Tribunais, de tal forma que, segundo o Ministro Celso de Mello, no voto que proferiu no MS n. 22.323-5/SP, a garantia da Constituição favorecia os integrantes dos órgãos ora recorrentes e não aos magistrados de carreira.

Desta forma, a conclusão a que chegou o Supremo, mudando de entendimento, diga-se de passagem, foi no sentido de que, na verificação do quinto, a fração que existir, seja maior ou menor que cinco, reveste-se em favor dos advogados e membros do Ministério Público, sendo esta a única forma de respeitar-se a regra do caput do art. 94 da CF/88.

Em outras palavras, a sobra será sempre em favor do quinto, sob pena de não se ter completado o mesmo.

[...]

O TJ/MS sofreu aumento no mínimo de seus membros no ano de 1990, passando a ser composto de 21 (vinte e um) desembargadores.

O quinto de 21 corresponde a 4,2 (quatro vírgula dois).

Pela nova orientação do STF, independentemente do valor da fração, esta será revertida em favor do quinto.

Ora, se assim é, teríamos na Corte cinco representantes do quinto, em caráter de revezamento, ou seja, 3 (três) advogados e 2 (dois) representantes do MP, para da vez seguinte consolidar-se em 2 (dois) advogados e 3 (três) integrantes do *parquet*.

> Contudo, o TJ/MS considerou que, sendo a fração em valor inferior a cinco, o quinto ficaria com apenas quatro integrantes, em número idêntico, ou seja, dois e dois.
>
> O critério adotado destoa do entendimento desta Corte e do STF, razão pela qual voto pela concessão da segurança, segurança esta que garante aos advogados o quinto da forma consolidada na jurisprudência.

O mesmo entendimento foi adotado em época mais recente:

> CONSTITUCIONAL – TRIBUNAL DE JUSTIÇA - COMPOSIÇÃO – QUINTO CONSTITUCIONAL – VAGAS - NÚMERO NÃO DIVISÍVEL POR CINCO – ARREDONDAMENTO – CF ART. 94.
>
> - Se o número de desembargadores integrantes do tribunal não for divisível por cinco, arredonda-se o saldo restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de que o número de vagas destinadas ao provimento por advogados e membros do Ministério Público, não seja inferior a um quinto do colegiado. (MS n. 15583/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 3.6.2003, DJ de 30.6.2003, p. 133).

No presente caso, tem-se que existem atualmente 31 vagas de Desembargador no TJMS, sendo que 1/5 dessas vagas corresponde a 6,2, acaso permaneçam preenchidas apenas 6 vagas pelos membros do MP e da OAB, a quinta parte prevista no art. 94, *caput*, da CF não estará completa. Em contrapartida, importante salientar que, enquanto há norma constitucional expressa determinando o número de advogados e membros do Ministério Público a comporem os tribunais, nada existe em relação ao número de magistrados, razão pela qual não há fundamento para que a sobra da fração fique com estes.

Theotônio Negrão, em parecer ofertado para o julgamento do MS n. 22.323-5/SP, pelo STF, afirmou que:

> Não é correto dizer que, se o total de juízes do Tribunal não for divisível por cinco, devem os juízes de carreira ficar com a sobra. E não é correto porque nenhuma garantia lhes deu a Constituição quanto ao seu número no Tribunal, ao passo que, com relação a advogados e membro do Ministério Público, foi bem clara: desnecessariamente, nada menos do que em dois dispositivos, os arts. 107, *caput*, e 94, *caput*, reservou-lhes um quinto dos lugares.
>
> Nem vale o argumento de que, restando uma sobra, poderia o intérprete escolher, indiferentemente, entre um e outro dos grupos de que o Tribunal deve ser composto. E não vale porque a preferência foi dada a advogados e membros do Ministério Público; estes é que não podem ter número inferior a um quinto.

Assim, considerando que a questão da fração do quinto constitucional do TJMS já foi apreciada pelo STJ em 2001 (MS n. 11.062/MS), bem como que o posicionamento que os Tribunais Superiores adotaram após o advento da Constituição Federal de 1988 é pacífico, mormente o Supremo Tribunal Federal que, agindo dentro de sua prerrogativa de interpretar a Carta Maior, entende que o quinto constitucional não estará sendo respeitado acaso a sobra da fração seja concedida aos magistrados, tenho que a 31ª vaga de Desembargador deste Tribunal de Justiça pertence ao quinto constitucional.

Por tais razões, com o parecer voto pela denegação da ordem impetrada.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DESEMBARGADOR SÉRGIO, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES SANTINI, JOENILDO, ATAPOÃ, HILDEBRANDO E LÓS CONCEDEREM A SEGURANÇA E A DESEMBARGADORA TÂNIA A DENEGAR. OS DEMAIS AGUARDAM.

VOTO (EM 25.8.2010)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (7º Vogal)

Anoto, de início, que eventual concessão da segurança pleiteada neste *writ* - impetrado pela AMAMSUL – não acarretará a *incontinenti* denegação da segurança requerida pelo Ministério Público no *mandamus* em apenso, mas configurará, sim, uma questão de prejudicialidade.

Por essa razão é que, não obstante o relator tenha denegado a segurança pleiteada naquele *writ*, o que ali decidiu-se foi, na verdade, uma prejudicialidade, porquanto, *concessa venia*, o digno relator não adentrou no mérito da questão discutida no mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público, qual seja, se na vaga em litígio de preenchimento pelo quinto constitucional, a indicação deverá ser do Ministério Público ou da Ordem dos Advogados do Brasil.

O próprio Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, ao explicar a sistematização adotada em seu voto, reconheceu que:

> Definido em prol do quinto constitucional, a consequência, por sua vez, é a denegação do mandado de segurança da AMAMSUL, com o prosseguimento do julgamento quanto ao outro, em que se proclamará a qual classe pertence a vaga: se ao MP ou se à Ordem dos Advogados/MS, sobrevindo, no primeiro caso, concessão da segurança e, no segundo, denegação do *writ*. (grifei).

Desse modo, ainda que eu tenha pedido vista dos dois mandados de segurança, restringirei meu voto à análise do presente *writ*, pois, caso a segurança pleiteada neste *mandamus* seja denegada, a prejudicialidade reconhecida pelo relator não mais prevalecerá, razão pela qual ele, o desembargador relator, é quem primeiramente deverá proferir voto de mérito no mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público. De outro norte, caso a segurança aqui pleiteada seja concedida, o *mandamus* em apenso certamente restará prejudicado.

Passo, assim, à análise do presente mandado de segurança.

Pois bem. Peço vênia ao i. relator e aos demais pares que o acompanharam para denegar a segurança pleiteada neste *writ* e assim o faço em respeito ao posicionamento firmado sobre o tema na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça.

Com efeito, tenho pautado minha atuação jurisdicional no respeito aos posicionamentos já pacificados pelas Cortes Superiores. Não se trata, vale anotar, de adotar-se indiscriminadamente todo e qualquer posicionamento eventualmente expressado em julgamentos daquelas Cortes, mas sim de respeitar decisões relativas a questões sobre as quais os Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, já consolidaram determinado entendimento de maneira tal que não fiquem dúvidas sobre a sua solidez.

No caso específico, o entendimento de que, não sendo o número de vagas no Tribunal divisível por cinco, o arredondamento do quinto constitucional deve ser para cima, encontra amparo em todos os julgados sobre o tema realizados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça sob a égide da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido:

> Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal. Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre da norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e membros do Ministério Público Federal, quatro quintos serão dos juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica – a norma expressa prevalece sobre a norma implícita – força é convir que, se o número total da composição for múltiplo de cinco,

> arredonda-se a fração – superior ou inferior a meio – para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte. É que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto dos juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal, com descumprimento da norma constitucional (CF, art. 94 e art. 107, I).[1]
>
> CONSTITUCIONAL – TRIBUNAL DE JUSTIÇA - COMPOSIÇÃO – QUINTO CONSTITUCIONAL – VAGAS - NÚMERO NÃO DIVISÍVEL POR CINCO – ARREDONDAMENTO – CF ART. 94.
>
> - Se o número de desembargadores integrantes do tribunal não for divisível por cinco, arredonda-se o saldo restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de que o número de vagas destinadas ao provimento por advogados e membros do Ministério Público, não seja inferior a um quinto do colegiado.[2]

No mesmo sentido: STF, AO n. 493, Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 6.6.2000; STJ, MS n. 12.602/AL, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 28.6.2001; STJ, MS n. 11.062/MS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.3.2001; STJ, MS n. 10.594/AC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 16.3.2000; e TJSP, ADIn n. 994021129350 (983890600) Rel. Des. Barbosa Pereira, julgado em 28.5.2003.

Outrossim, anoto que, também reiteradamente, o Conselho Nacional de Justiça vem assim se manifestando sobre o tema:

> Pedido de Providências. Consulta sobre forma de provimento de vaga do quinto constitucional em Tribunal de Justiça. Estado do Maranhão. Questão já apreciada, por diversas vezes, pelo Supremo Tribunal Federal. Matéria a rigor de cunho constitucional que estaria fora da competência do CNJ – "Se o número total da composição de um Tribunal não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional. Tanto a fração menor do que 5 (cinco) como a maior será arredondada em favor das classes componentes do quinto constitucional. A norma constitucional expressa prevalece sobre a norma implícita, que da primeira decorre. Se assim não for a regra do art. 94 da Constituição Federal restará descumprida. Conhecimento da consulta como Pedido de Providência, tendo-o por improcedente.[3]

Representando a doutrina, que de igual forma se manifesta pela prevalência do quinto constitucional, transcrevo, respectivamente, a lição de Uadi Lammêgo Bulos, Alexandre de Moraes e Theotônio Negrão:

> Essa regra do quinto constitucional aplica-se independentemente do tribunal ser ou não múltiplo de cinco. Evidente que se a divisão dos membros de uma dada corte de justiça não resultar num número inteiro, o arredondamento deverá ser para cima. Evita-se assim uma sub-representação dos membros do *Parquet* e dos advogados, o que seria inconstitucional.[4]
>
> Importante salientar que a regra constitucional prevê expressamente a obrigatoriedade de que 1/5 dos assentos nos Tribunais estaduais, distritais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais, independentemente da composição do respectivo tribunal ser ou não múltiplo de cinco, seja composto por advogados e membros do Ministério Público. Assim, se a divisão dos membros de um determinado tribunal estadual, distrital ou regional federal por cinco não resultar em um número inteiro, o arredondamento sempre deverá ser para cima, sob pena de consagrar-se uma sub-representação dos membros do Ministério Público e dos advogados.[5]

1 STF, MS n. 22.323, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 28.9.1995, DJ de 19.4.1996.

2 MS n. 15.583/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 3.6.2003, DJ de 30.6.2003, p. 133.

3 CNJ, Trigésima Terceira Sessão, PP 884, Rel. Cons. Marcus Faver, julgado em 23.1.2007, DJU de 6.2.2007. No mesmo sentido: CNJ, Vigésima Oitava Sessão Ordinária, PCA 292, Rel. Cons. Alexandre de Moraes, julgado em 24.10.2006, DJU de 20.11.2006.

4 Constituição Federal Anotada. 8. ed. São Paulo: Saraiva. p. 950.

5 Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas. p. 577.

> Não é correto dizer que, se o total de juízos do Tribunal não for divisível por cinco, devem os juízes de carreira ficar com a sobra. E não é correto porque nenhuma garantia lhes deu a Constituição quanto ao seu número no Tribunal, ao passo que, com relação a advogados e membros do Ministério Público, foi bem clara: desnecessariamente, nada menos do que em dois dispositivos, os arts. 107, *caput*, e 94, *caput*, reservou-lhes um quinto dos lugares.
>
> Assim, reafirmo, tenho que a segurança pleiteada neste *mandamus* deve ser denegada, pois a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça encontram-se consolidadas no sentido de que, não sendo o número de vagas da Corte divisível por cinco, deve prevalecer o princípio explícito do quinto (1/5) constitucional sobre o princípio implícito dos quatros quintos (4/5) da magistratura.

Com efeito, tenho reiteradamente argumentado, notadamente em recursos que versam sobre questões bancárias, que, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Lei Maior[6] e o Superior Tribunal de Justiça o "órgão incumbido da proteção do ordenamento jurídico federal"[7], proferir decisões em sentido contrário ao posicionamento firmemente adotado pelas Cortes Superiores é, indubitavelmente, desrespeitar a própria atribuição a elas conferida pela Constituição Federal.

Não obstante, ainda que assim não fosse, registro que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 160, decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição Estadual de Tocantins que previa percentual fixo (4/5) para preenchimento das vagas do tribunal daquele estado, dispositivo este que, segundo restou decidido, ofenderia o princípio da prevalência do quinto constitucional. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal rejeitou, expressamente, a tese sustentada pela impetrante, segundo a qual "a interpretação do texto não pode ser de tal forma a ferir o direito da maioria (4/5), em proveito da minoria (1/5)" (f. 19). Por oportuno, transcrevo a seguir a ementa do referido acórdão:

> [...] 2 - TRIBUNAIS DE JUSTIÇA. A eles próprios compete (e não ao Governador) a nomeação dos Desembargadores cooptados entre os Juízes de carreira (Constituição, art. 96, I, c). Precedentes: ADIn n. 189 e ADIn n. 190. Inconstitucionalidade da previsão, pela Carta estadual, de percentual fixo (4/5), para o preenchimento das vagas destinadas aos oriundos da magistratura, pela possibilidade de choque com a garantia do provimento, do quinto restante, quando não for múltiplo de cinco o número de membros do Tribunal. Inconstitucionalidade, por igual, da dispensa de exigência, quanto aos lugares destinados aos advogados e integrantes do Ministério Público, do desempenho de dez anos em tais atividades. Decisões tomadas por maioria, exceto quanto à prejudicialidade, por perda de objeto, dos dispositivos transitórios referentes à instalação da Capital e à criação de municípios do Estado do Tocantins.[8] (destaquei).

Como cediço, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade possuem efeito vinculante[9], podendo atingir, inclusive, objetos - leis ou atos normativos primários - não expressamente analisados pelo Pretório Excelso. Isto porque o efeito vinculante dessas decisões não restringe-se ao dispositivo em si, pois, por força do caráter transcendente do efeito vinculante, também chamado de efeito transcendente dos motivos determinantes, os fundamentos (*ratio decidenti*) que levaram à conclusão do julgamento dessas ações também vinculam o Poder Judiciário e a administração pública.

Nesse sentido, aliás, lecionam Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra de referência intitulada Curso de Direito Constitucional:

---

6 "CF. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]"

7 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método. p. 620.

8 ADIn n. 160, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 23.4.1998, DJ de 20.11.1998, PP-00002 EMENT VOL-01932-01, PP-00001

9 CF. Art. 102. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Tal como acentuado, o caráter transcendente do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão mas também a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado. [10]

Marcelo Novelino, por sua vez, anota que:

> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a possibilidade de reconhecimento do fenômeno da 'transcendência dos motivos' que embasaram a sua decisão, proclamando que o efeito vinculante se projeta para além do dispositivo, estendendo-se à própria *ratio decidenti*. Ocorre, nesta hipótese, uma transcendência, sobre a parte dispositiva, dos motivos que embasaram o aresto – seja em sede de liminar, seja na decisão de mérito -, assim como dos princípios por ele consagrados.[11]

Veja-se, ainda, o que registrou o Min. Celso de Mello na Reclamação n. 2986:

> Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl n. 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "*ratio decidendi*", projetando-se, em conseqüência, para além da parte dispositiva do julgamento, "*in abstracto*", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.
>
> Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de Ives Gandra da Silva Martins/ Gilmar Ferreira Mendes (**O Controle Concentrado de Constitucionalidade.** p. 338/345. itens n. 7.3.6.1 a 7.3.6.3. 2001. Saraiva) e de Alexandre de Moraes (**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional,** p. 2.405/2.406. item n. 27.5. 2. ed. 2003. Atlas).
>
> Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAES, "**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**", p. 109. item n. 2.8. 2. ed. 2003. Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "Controle de Constitucionalidade". p. 50-57. 1999, **RT**; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, "**Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia**". p. 98-104. 1989. Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "**Tribunal e Jurisdição Constitucional**". p. 8-11. item n. 2. 1998. Celso Bastos Editor; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 215-218. item n. 3. 1995. **RT.** v.g.). Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de "guarda da

10 **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. p. 1223.

11 **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método. p. 128.

> Constituição" (CF, art. 102, "*caput*"), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: "[...] A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. [...] A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. [...]. (RE n. 203.498-AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, grifei)[12] destaquei.

Desse modo, não tenho dúvida em afirmar que, em razão da força vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 160, este Tribunal de Justiça, assim como todo o Poder Judiciário e a administração pública em geral, encontra-se vinculado à interpretação constitucional de que o quinto (1/5) dos advogados e do Ministério Público deve prevalecer sobre os quatro quintos (4/5) da magistratura quando o número de cadeiras do Tribunal não for divisível por cinco.

Assim, forçoso é reconhecer que eventual concessão da segurança pleiteada neste *writ* autorizaria, inclusive, o ajuizamento de reclamação no Supremo Tribunal Federal com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória do julgamento ocorrido na ADIn n. 160. Veja-se:

> O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. - O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões revestidas de efeito vinculante, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle normativo abstrato, ainda que veiculadoras de medidas cautelares, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Doutrina. Precedentes.
>
> A DESOBEDIÊNCIA À AUTORIDADE DECISÓRIA DOS JULGADOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL IMPORTA EM INVALIDAÇÃO DO ATO QUE A HOUVER PRATICADO. - A procedência da reclamação, quando promovida com o objetivo de fazer prevalecer o "*imperium*" inerente aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, importará em desconstituição do ato que houver desrespeitado a autoridade da decisão emanada da Suprema Corte.[13]

Por fim, ressalto, apesar de absolutamente desnecessário, que minha divergência não se dá em razão da minha origem no quinto constitucional, mesmo porque, após a posse, deixei o nobre exercício da advocacia para tornar-me um membro da magistratura, vinculando-me, assim, ao juramento que prestei em defesa da justiça e não de nenhuma classe em especial.

Desse modo, *concessa venia*, denego, com o parecer, a segurança pleiteada pela Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul – AMAMSUL.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (8º Vogal)

Ausente.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. RUBENS, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES SANTINI, JOENILDO, ATAPOÃ, HILDEBRANDO E LÓS CONCEDEREM A SEGURANÇA E OS DESEMBARGADORES TÂNIA E SÉRGIO DENEGAREM. OS DEMAIS AGUARDAM. (SUST. ORAL)

12 Rcl n. 2986 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 11.3.2005, DJ de 18.3.2005, PP-00087

13 Rcl n. 1722, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26.2.2003, DJ de 13.5.2005, PP-00006 EMENT VOL-02191-01, PP-00020, LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 217-230 RTJ VOL-00194-02 PP-00479

VOTO (EM 1º.9.2010)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (9º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Associação dos Magistrados do Estado de Mato Grosso do Sul contra ato praticado pelo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando seja declarado nulo o ato emanado da autoridade coatora, no que concerne ao Edital n. 006.049.0017/2009, declarando-se que a 31ª vaga de desembargador deste Sodalício, seja preenchida por membro oriundo da classe da magistratura. (f. 22).

A segurança deve ser denegada.

Pelo que se pode observar da jurisprudência pátria a 31ª vaga de desembargador deste Sodalício deve ser revertida em favor dos advogados ou dos Membros do Ministério Público, conforme a ordem, como destacado pelo e. Des. Sérgio Fernandes Martins.

> No caso específico, o entendimento de que, não sendo o número de vagas no Tribunal divisível por cinco, o arredondamento do quinto constitucional deve ser para cima, encontra amparo em todos os julgados sobre o tema realizados pelo **Supremo Tribunal Federal** e pelo **Superior Tribunal de Justiça** a égide da Constituição Federal de 1988.

A propósito, confira-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADENCIA. ATO COMPLEXO. C.F., ART. 94, PARAGRAFO ÚNICO. LEI N. 1.533/51, ART. 18. CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL: COMPOSIÇÃO: QUINTO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: SOBRA. NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO QUE NÃO E MULTIPLO DE CINCO. ARREDONDAMENTO. C.F., ART. 94, ART. 107, I. I. - DECADENCIA DO DIREITO A IMPETRAÇÃO: INOCORRENCIA, TENDO EM VISTA QUE O ATO DE NOMEAÇÃO DE JUIZ DO TRF E ATO COMPLEXO, QUE SOMENTE SE COMPLETA COM O DECRETO DO PRESIDENTE DA REPUBLICA QUE, ACOLHENDO A LISTA TRIPLICE, NOMEIA O MAGISTRADO. A PARTIR DAI E QUE COMECA A CORRER O PRAZO DO ART. 18 DA LEI N. 1.533/51. II. - UM QUINTO DA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS SERÁ DE JUIZES ORIUNDOS DA ADVOCACIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ESTA E UMA NORMA CONSTITUCIONAL EXPRESSA, QUE HÁ DE PREVALECER SOBRE A NORMA IMPLÍCITA, QUE DECORRE DA NORMA EXPRESSA, NO SENTIDO DE QUE, SE UM QUINTO E DOS ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, QUATRO QUINTOS SERÃO DOS JUIZES DE CARREIRA. OBSERVADA A REGRA DE HERMENÊUTICA - A NORMA EXPRESSA PREVALECE SOBRE A NORMA IMPLÍCITA - FORÇA E CONVIR QUE, SE O NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO FOR MÚLTIPLO DE CINCO, ARREDONDA-SE A FRAÇÃO - SUPERIOR OU INFERIOR A MEIO - PARA CIMA, OBTENDO-SE, ENTÃO, O NUMERO INTEIRO SEGUINTE. E QUE, SE ASSIM NÃO FOR FEITO, O TRIBUNAL NÃO TERA NA SUA COMPOSIÇÃO, UM QUINTO DOS JUIZES ORIUNDOS DA ADVOCACIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, COM DESCUMPRIMENTO DA NORMA CONSTITUCIONAL (C.F., ART. 94 E ART. 107, I). III. - PRELIMINARES REJEITADAS. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. (STF, MS n. 223.23/SP, São Paulo, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 28.9.1995).

> EMENTA: Tribunal de Justiça. Se o número total de sua composição não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público. (STF, AO n. 493/PA, Pará, Primeira Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 6.6.2000).

Vale destacar que tal questão já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11.062, interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, conforme se pode observar de excertos do voto:

> [...].
>
> Contudo, após a CF/88, houve mudança de entendimento a partir da análise do artigo 94 da Carta Política.
>
> O dispositivo garante constitucionalmente ao Ministério Público e aos Advogados um quinto dos Tribunais, de tal forma que, segundo o Ministro Celso de Mello, no voto que proferiu no MS n. 22.323-5/SP, a garantia da Constituição favorecia os integrantes dos órgãos ora recorrentes e não aos magistrados de carreira.
>
> Desta forma, a conclusão a que chegou o Supremo, mudando de entendimento, diga-se de passagem, foi no sentido de que, na verificação do quinto, a fração que existir, seja maior ou menor que cinco, reverte-se em favor dos advogados e membros do Ministério Público, sendo esta a única forma de respeitar-se a regra do caput do art. 94 da CF/88.
>
> Em outras palavras, a sobra será sempre em favor do quinto, sob pena de não se ter completado o mesmo.
>
> [...].
>
> E, ainda, constou da ementa:
>
> ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA: DECADÊNCIA – QUINTO CONSTITUCIONAL NOS TRIBUNAIS.
>
> [...].
>
> 2. O STF, mudando de entendimento, interpretando o *caput* do art. 94 da Constituição Federal, entende que, no cômputo do quinto constitucional, a fração, seja de que valor for, reverte-se em favor do quinto.
>
> 3. O aumento do Tribunal para 21 (vinte e um) membros enseja um quinto de 4,2 (quatro vírgula dois), sendo de cinco os membros da OAB e do MPF.
>
> 4. Recurso provido. (STJ, MS n. 11062/MS. Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 15.3.2001).

Confirmando o acima transcrito, confira-se o julgado abaixo:

> CONSTITUCIONAL – TRIBUNAL DE JUSTIÇA – COMPOSIÇÃO – QUINTO CONSTITUCIONAL – VAGAS – NÚMERO NÃO DIVISÍVEL POR CINCO – ARREDONDAMENTO – CF – ART. 94.
>
> Se o número de desembargadores integrantes do tribunal não for divisível por cinco, arredonda-se o saldo restante (seja superior ou inferior à metade) para o número interior seguinte, a fim de que o número de vagas destinadas ao provimento por advogados e membros do Ministério Público, não seja inferior a um quinto do colegiado. (STJ, MS n. 15583/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 3.6.2003).

Meu entendimento, em uma primeira análise, teve conotação puramente matemática, ou seja, se a fração fosse inferior a cinco, a vaga cabia à Magistratura de Carreira e, se superior, a vaga pertenceria ao Ministério Público ou aos Advogados, ou seja, ao quinto constitucional.

Porém, analisando detidamente os arestos e acórdãos do STF e do STJ, pude aquilatar que a interpretação meramente matemática sede lugar ao verdadeiro sentido do art. 94 da CF, assim redigido:

> Um quinto dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Assim, a interpretação do art. 94 da CF pelo STF e pelo STJ é no sentido de que a Constituição garante o quinto constitucional seja qual for o número de desembargadores do Tribunal de Justiça. De efeito, sendo 31 o número de desembargadores a fração decimal impõe que a vaga seja do quinto constitucional, sob pena de violação a essa garantia, uma vez que a Constituição Federal garante a presença do quinto constitucional aos Advogados e ao Ministério Público, não havendo qualquer disposição garantindo a necessária presença de 4/5 de Magistrados no número de membros do Colegiado. A única exceção é a do art. 235, V, "a" e "b", na formação da composição inicial do Tribunal de Justiça, durante os 10 (dez) primeiros anos da criação de um novo Estado da Federação.

Deve-se, pois, em consonância com o STF e também julgados do STJ, dar interpretação jurídico-constitucional ao art. 94 da CF, que garante sempre a presença do quinto constitucional aos Advogados e Membros do Ministério Público e não a interpretação meramente aritmética com olvido à disposição da Lei Maior.

Entendo mesmo que a concessão da segurança se constituiria em mera Vitória do Rei Pirro contra os Romanos, que só traria frustradas esperanças à Magistratura de Carreira.

Diante do exposto, peço vênia ao e. Relator para acompanhar a Vogal Des. Tânia Garcia de Freitas Borges, para denegar a segurança impetrada pela Associação dos Magistrados do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (10º Vogal)

Data venia, ouso divergir do entendimento do eminente Relator, para denegar ambos os mandados de segurança, com base nos fundamentos a seguir elencados

Tratam-se de Mandados de Segurança impetrados pela Associação dos Magistrados do Estado de Mato Grosso do Sul (de n. 2009.014313-2) e pelo Ministério Público Estadual (de n. 2009.012706-6) contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que lançou o Edital n. 066.049.016/2009, que foi publicado no Diário de Justiça n. 1958, de 7.5.2009, página 2, por meio do qual, *in verbis*: "*no cumprimento das disposições do artigo 28 do Regimento Interno deste Tribunal, torno público que, em virtude da criação de 2 (dois) cargos de Desembargador, por meio da Lei n. 3.658, de 30 de abril de 2009, ocorreu a vaga destinada ao quinto da Ordem dos Advogados do Brasil/MS*".

Apesar de existirem dois processos contra o mesmo ato do Impetrado, por questão de economia processual e, também, para evitar decisões conflitantes, o eminente Relator – de forma bastante acertada – decidiu julgá-los em conjunto.

Ao final de sua exposição, concluiu pela concessão do mandado de segurança impetrado pela AMAMSUL e, consequentemente, pela denegação do impetrado pelo Ministério Público Estadual.

A matéria já foi explicitada pela relatoria, mas não é demais destacar. Desde a Constituição de 1934, a composição dos Tribunais Brasileiros é híbrida ou heterogênea, devendo ser composta por Juízes de carreira, membros do Ministério Público e da Advocacia.

Desta forma, trata-se de mandamento constitucional inserido no meio jurídico nacional há quase um século. A doutrina e a jurisprudência já debateram desde os mais importantes até os mais comezinhos problemas originados da interpretação desta previsão constitucional.

Neste momento, portanto, à este Tribunal, cabe apenas dar cumprimento ao mandamento constitucional. Opiniões favoráveis ou não à existência do princípio do quinto constitucional são absolutamente dispensáveis, porquanto sua única utilidade seria a de acirrar os ânimos entre as classes operadoras do direito.

Conforme mencionado alhures, com o devido respeito aos pares que me precederam neste julgamento, e votaram em sentido contrário, mas a solução do litígio múltiplo que se instalou na composição deste Sodalício é bastante simples.

Inicialmente, é imperioso verificar se a vaga é destinada aos Juízes de carreira ou ao "Quinto Constitucional" (membros do Ministério Público Estadual e da Ordem dos Advogados do Brasil).

Neste sentido, por ordem de prejudicialidade, o *mandamus* da Associação de Magistrados deve ser apreciado em primeiro lugar, já que apenas a resposta jurisdicional favorável ao pleito dos Juízes de carreira acarretaria a perda de objeto do pleito dos membros do *Parquet*, em sua disputa com os Advogados.

Na verdade, para iniciar a argumentação, é fundamental a leitura cuidadosa do dispositivo constitucional que originou a celeuma:

> Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. (grifos nossos)

Vê-se, portanto, que a Carta Magna determina, de maneira expressa, que 1/5 (um quinto) dos lugares deste Tribunal de Justiça sejam reservados aos membros do Ministério Público e aos Advogados. Assim sendo, a invocação do princípio dos quatro quintos, bem como da razoabilidade, para justificar a destinação da vaga em disputa aos Juízes de carreira, não se mostra acertada.

Havendo previsão constitucional explícita acerca da questão, não cabe ao operador do direito se socorrer de princípios implícitos que se contrapõem à regra expressa, sob pena de vilipendiar a segurança jurídica. Há tempos, o insuperável hermeneuta Carlos Maximiliano[14] já ensinava:

> A prescrição originária acha-se contida na fórmula concreta. Se a letra não é contraditada por nenhum elemento exterior, não há motivo para hesitação: deve ser observada. A linguagem tem por objetivo despertar em terceiros pensamento semelhante ao daquele que fala; presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação meditada e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido. Por isso, em não havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto.
>
> Embora seja verdadeira a máxima atribuída ao apóstolo Paulo – a letra mata, o espírito vivifica –, nem por isso é menos certo caber ao juiz afastar-se das expressões claras da lei, somente quando ficar evidenciado ser isso indispensável para atingir a verdade em sua plenitude. O abandono da fórmula explícita constitui um perigo para a certeza do Direito, a segurança jurídica; por isso é só justificável em face de mal maior, comprovado: o de uma solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto. As audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra.

14 **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 91.

Assim sendo, o princípio dos quatro quintos, além de ser um princípio implícito, é uma decorrência lógica da observância do mandamento constitucional do princípio do um quinto. Portanto, a observância de um princípio implícito – e decorrente –, em detrimento de um explícito – e cogente –, seria verdadeira inversão dos valores constitucionais. De igual forma, o princípio do um quinto não pode ser relegado com base na razoabilidade, que é princípio implícito e genérico.

Como de costume, toda vez que as vagas deste Tribunal não são múltiplas de cinco, surgem múltiplas interpretações daquele dispositivo constitucional, que, entretanto, possui grande clareza.

A Constituição Brasileira ordena que um quinto dos lugares dos Tribunais dos Estados seja composto por membros do Ministério Público e da Advocacia.

A conclusão de que quatro quintos dos lugares deve ser ocupada por Juízes de carreira, advinda da interpretação lógica e sistêmica do texto constitucional, é decorrente justamente da exclusão do um quinto destinado aos membros do Ministério Público e da Advocacia. Entretanto, não há nenhuma previsão expressa garantindo esta fração aos Juízes de carreira.

No caso concreto, em que existem 31 (trinta e uma) vagas neste Areópago, caso a 31.ª vaga seja destinada aos Juízes de carreira, a fração destinada aos membros do Ministério Público e da Advocacia seria menor do que 1/5 (equivalente a 0,20); seria de 6/31 (aproximadamente 0,19).

A diferença numérica pode parecer pequena, mas é a linha tênue que separa a observância ou não ao mandamento constitucional do quinto destinado aos membros do Ministério Público e da Advocacia.

Em sentido oposto, caso a 31.ª vaga seja destinada aos membros do Ministério Público e da Advocacia, a fração passa a ser de 7/31 (aproximadamente 0,22), portanto em patamar superior ao mínimo.

É certo que a destinação da 31.ª vaga aos membros do Ministério Público e da Advocacia acarreta a existência de uma fração superior a 1/5 (um quinto) dos lugares nesta Corte, todavia esta é a única forma de obedecer o que a Constituição Brasileira determina, expressamente.

Conclui-se, portanto, que atender o pleito da Associação dos Magistrados implica em afronta direta ao art. 94, da Constituição Federal.

A jurisprudência mais atual dos Tribunais Superiores é pacífica neste sentido:

> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. ATO COMPLEXO. C.F., art. 94, parágrafo único. Lei n. 1.533/51, art. 18. CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL: COMPOSIÇÃO: QUINTO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: SOBRA. NÚMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO QUE NÃO E MÚLTIPLO DE CINCO. ARREDONDAMENTO. C.F., art. 94, art. 107, I.
>
> I. - Decadência do direito a impetração: inocorrência, tendo em vista que o ato de nomeação de juiz do TRF e ato complexo, que somente se completa com o decreto do Presidente da Republica que, acolhendo a lista tríplice, nomeia o magistrado. A partir daí é que começa a correr o prazo do art. 18 da Lei n. 1.533/51.
>
> II. - Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal. Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre da norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e membros do Ministério Público Federal, quatro quintos serão dos juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica - a norma expressa prevalece sobre a norma implícita - força é convir que, se o número total da composição for múltiplo de cinco,

> arredonda-se a fração - superior ou inferior a meio - para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte. É que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto dos juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal, com descumprimento da norma constitucional (C.F., art. 94 e art. 107, I).
>
> III. - Preliminares rejeitadas. Mandado de Segurança indeferido. (grifo nosso) (STF, MS n. 22.323/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 28.9.1995, Unânime, DJ de 19.4.1996).

Naquela oportunidade, o eminente Ministro Carlos Velloso cita trecho do parecer do insigne jurista Theotônio Negrão, que é de clareza invejável, *in verbis*:

> Com propriedade, escreve Theotônio Negrão, no parecer que nos foi oferecido:
>
> Não é correto dizer que, se o total de juízes do Tribunal não for divisível por cinco, devem os juízes de carreira ficar com a sobra. E não é correto porque nenhuma garantia lhes deu a Constituição quanto ao seu número no Tribunal, ao passo que, com relação a advogados e membros do Ministério Público, foi bem clara: desnecessariamente, nada menos do que em dois dispositivos, os arts. 107, *caput*, e 94, *caput*, reservou-lhes um quinto dos lugares.
>
> Nem vale o argumento de que restando uma sobra, poderia o intérprete escolher, indiferentemente, entre um e outro dos grupos de que o Tribunal deve ser composto. E não vale porque a preferência foi dada a advogados e membros do Ministério Público; estes é que não podem ter número inferior a um quinto.
>
> No mesmo acórdão, o voto do Ministro Celso de Mello é ainda mais incisivo:
>
> O postulado do quinto constitucional – introduzido em nosso sistema de direito positivo pela Carta Política de 1934 (art. 104, § 6.º) – rege, de maneira condicionante, o processo de formação dos Tribunais locais e dos Tribunais Regionais Federais.
>
> Esses Tribunais só poderão organizar-se validamente, desde que – respeitada a cláusula de reserva constitucional estipulada pelo art. 94 da Lei Fundamental – pelo menos um quinto das vagas neles existentes seja destinado, em caráter de absoluta infungibilidade, a membros do Ministério Público e a representantes da classe dos Advogados.
>
> [...]
>
> Tenho para mim, Sr. Presidente, que a cláusula normativa inscrita no art. 94 da Carta Federal consubstancia inquestionável garantia de índole constitucional destinada a assegurar aos membros do Ministério Público e aos Advogados uma participação jamais inferior a um quinto dos lugares existentes no Tribunais locais e nos Tribunais Regionais Federais.
>
> Isso significa, considerando-se as razões subjacentes à formulação da regra em questão, que o legislador constituinte quis rejeitar qualquer interpretação que, em desvio exegético, pudesse resultar na presença de Advogados e membros do Ministério Público em número inferior a um quinto da composição total dessas Cortes judiciárias.
>
> [...]
>
> Essa conclusão nada mais reflete senão o reconhecimento de que o postulado do quinto constitucional traduz, por efeito de sua própria natureza, um princípio intangível, que não admite a utilização de quaisquer critérios interpretativos de cuja aplicação possa derivar a perda de eficácia da própria norma que instituiu a cláusula de reserva em favor das categorias funcionais mencionadas.

> A realidade normativa emergente da Constituição da República claramente evidencia – tratando-se de Tribunais locais ou de Tribunais Regionais Federais – que, em qualquer deles, considerada a sua composição integral, deverá haver, no mínimo, um quinto de magistrados necessariamente oriundos da classe dos Advogados ou do Ministério Público.
>
> Sendo assim, revela-se materialmente incompatível com a regra inscrita no art. 94, *caput*, da Carta Política qualquer prescrição ou deliberação que, a pretexto de fazer observar a cláusula do quinto constitucional, determine que as frações a ele pertinentes, especialmente quando inferiores a meio, deixem de ser computadas como unidade global. Esse modo de interpretar o preceito constitucional em causa, além de revelar-se inconciliável com a própria *mens constitutionis,* conduziria a uma inaceitável redução, nos Tribunais locais e nos Tribunais Regionais Federais, da participação numérica dos membros do Ministério Público e dos Advogados.
>
> Há, portanto, em favor dos Advogados e dos membros do Ministério Público, uma reserva constitucional que lhes assegura, nos Tribunais locais e nos Tribunais Regionais Federais, uma participação irredutível que jamais poderá sofrer qualquer restrição que afete integridade dessa ineliminável garantia mínima.

Desta forma, imperioso reconhecer que a pretensão deduzida pela AMAMSUL é absolutamente improcedente, restando, assim, analisar o *mandamus* impetrado pelo Ministério Público Estadual.

O *Parquet* sustenta que no preenchimento das vagas destinadas ao quinto constitucional devem ser respeitados os princípios da alternatividade e da sucessividade e, se a última vaga desta natureza foi preenchida pelo Des. Luis Tadeu Barbosa da Silva (oriundo da OAB), a 31ª vaga deveria ser ocupada por membro do Ministério Público.

O pedido em testilha é fulcrado no art. 100, § 2º, da LOMAN. Conforme esclarecido alhures, não há como ser acolhida a pretensão ministerial. Para melhor compreensão da matéria, é salutar a transcrição de mencionado dispositivo legal:

> Art. 100. Na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notário merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense.
>
> § 1.º Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por membros do Ministério Público ou por advogados, indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Justiça ou seu órgão especial.
>
> § 2.º Nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma Unidade. (grifo nosso)

Verifica-se, assim, que mencionado dispositivo legal estabelece os princípios de alternância e sucessividade entre os membros do Ministério Público e os da Advocacia, inclusive trazendo a solução para a hipótese em que a vaga for ímpar.

Ocorre, contudo, que a LOMAN prevê apenas a solução concreta para a alternância nos casos em que ocorrer a vacância de vaga ímpar, e não para a criação de vaga.

Desta forma, destaca-se que os princípios da alternância e da sucessividade assumem papel de corolário a nortear a ocupação das vagas destinadas ao quinto constitucional nos Tribunais. Entretanto, não havendo previsão expressa – nem na ordem constitucional e nem na infraconstitucional – da forma como deve ocorrer o preenchimento da vaga ímpar recém-criada, cabe à Administração Pública definir quais são os critérios.

No caso do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, lembra-se que a 1ª vaga destinada ao quinto constitucional foi ocupada pelo ilustre Des. Higa Nabukatsu, então advogado. Naquela oportunidade, a eleição ocorreu a partir de lista mista, entre membros do MPE e da OAB.

Daí em diante, em todas as vezes que foram criadas vagas ímpares, este Areópago a destinou aos Advogados. Assim ocorreu na eleição da 3ª vaga – ocupada por este magistrado, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – e da 5ª vaga – ocupada pelo eminente Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan (antes da criação da 5ª vaga, houve a aposentadoria do Des. Higa Nabukatsu e a posse do Des. Carlos Stephanini); e, ao meu sentir, o mesmo deve ocorrer nesta 7ª vaga, *sub judice*.

Em conseqüência disso, as vagas pares (que acabavam por equilibrar a situação entre as classes), normalmente, são destinadas aos membros do Ministério Público Estadual. Assim foi preenchida a 2ª vaga – pelo saudoso Des. Nelson Mendes Fontoura – e da 4ª vaga – pelo Des. José Benedito de Figueiredo.

A única exceção a esta regra ocorreu na criação da 6ª vaga – em que tomou posse o, ora advogado, Des. Luis Tadeu Barbosa da Silva. Todavia, a situação é de fácil compreensão.

Antes da criação desta vaga, os desembargadores Nelson Mendes Fontoura e José Benedito Figueiredo haviam se aposentado. Suas cadeiras foram ocupadas pelos, então Procuradores de Justiça, desembargadores João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges, respectivamente.

A aposentadoria seguinte foi a do Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan. Como até então havia 3 (três) magistrados oriundos da OAB e 2 (dois) do MPE no quinto deste Tribunal, em respeito ao art. 100, § 2º, da LOMAN, e tendo em vista que ocorreu a vacância da vaga, esta foi preenchida pelo, então Procurador de Justiça Des. Carlos Eduardo Contar. Posteriormente, ainda houve a aposentadoria do Des. Carlos Stephanini, com a eleição do Des. Sérgio Fernandes Martins.

Desta forma, resta evidente que, quando da criação da 6ª vaga, havia 2 (dois) desembargadores oriundos da OAB e 3 (três) oriundos do MPE. Este foi o motivo de a 6ª vaga ter sido destinada à classe dos Advogados, com a eleição do Des. Luis Tadeu Barbosa da Silva, equilibrando as classes do quinto constitucional, novamente.

Assim sendo, a situação posta em juízo é a de criação de uma vaga ímpar, e não de vacância, como prevê o art. 100, § 2º, da LOMAN. Isso permite que a Administração deste Sodalício, por meio da sua garantia de autotutela, elabore o critério de escolha.

Deve ser ressaltado que situação idêntica já foi posta em juízo, quando da criação da 5ª vaga para o quinto constitucional. Naquela oportunidade, esta Corte deixou claro que quando houver a criação de vaga, destinada ao quinto constitucional, ela será sempre preenchida pela classe dos Advogados. *In verbis*:

> MANDADO DE SEGURANÇA – PERDA DE OBJETO – PRELIMINAR REJEITADA – TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PREENCHIMENTO DE CARGO NOVO CRIADO POR LEI DE DESEMBARGADOR DESTINADO AO QUINTO CONSTITUCIONAL – VEZ DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – PRINCÍPIO DA ALTERNÂNCIA MANTIDO – DENEGADO.
>
> A Lei n. 2.049, de 17.12.99 criou um QUINTO CARGO, a respeito do qual deverá ocorrer o PROVIMENTO INICIAL. Esse provimento inicial faz-se com verificação da regra relativa à alternância. Se a primeira vaga destinada ao quinto constitucional, em nosso Tribunal, foi preenchida por um advogado, oriundo de uma lista mista, quando houver a criação de um cargo que torne ímpar o seu número, o provimento só poderá ser feito por membro oriundo da advocacia. Assim foi, com efeito, no provimento desse 5º cargo criado pela Lei n. 2.049/99.

> No presente *thema decidendum* não se está provendo uma vaga em quinto constitucional cujo número de cargos existentes no Tribunal já era ímpar ao tempo da ocorrência da vacância, mas provendo-se novo cargo criado por lei e somente com o seu provimento é que passará a existir número ímpar de vagas, passando, aí sim, a incidir para as vacâncias futuras a regra do referido dispositivo legal. O número destinado ao quinto, presentemente, é par e, assim, não há nenhuma norma legal que assegure a fórmula engendrada na inicial. (grifo nosso) (TJMS, MS n. 1000.071854-3, Tribunal Pleno, Rel. Des. José Augusto de Souza, unânime, julgado em 27.4.2000, DJ de 30.6.2000).

Importante lembrar que a discussão chegou a Colendo Superior Tribunal de Justiça, que acolheu o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. PROVIMENTO DE VAGA DE DESEMBARGADOR. QUINTO CONSTITUCIONAL. ART. 100, § 2º, DA LOMAN. INAPLICABILIDADE. PERDA DO OBJETO DA AÇÃO NÃO-OCORRÊNCIA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PARA RECORRER OU APRESENTAR CONTRA-RAZÕES. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> Inexistindo norma constitucional ou infraconstitucional que regule o modo de preenchimento de novas vagas de desembargador destinadas ao quinto constitucional, não há ilegalidade no critério adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul segundo o qual, sendo criadas uma a uma as vagas, são elas destinadas alternadamente à classe dos advogados e ao Ministério Público Estadual. (grifo nosso) (STJ, MS n. 12778/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Unânime, julgado em 6.12.2005, DJ de 3.4.2006).

Aquela decisão transitou em julgado no dia 9 de maio de 2006, fixando precedente de suma importância para a composição dos Tribunais, por membros oriundos do quinto constitucional.

Assim, conclui-se que, historicamente, a primeira lista para o preenchimento de vaga destinada ao quinto constitucional fora mista. Com a eleição do Des. Higa Nabukatsu foi criado um critério, no âmbito deste Tribunal de Justiça, de que a criação de uma vaga ímpar seria destinada sempre aos Advogados.

Este critério histórico remonta à criação desta Corte Estadual e já foi, por unanimidade, perfeitamente admitido pela jurisprudência estadual e referendado pela nacional, conforme vimos de ver. Portanto, não havendo nenhuma ilegalidade no ato do impetrado, a segurança deve ser denegada.

Apenas a título de comentário *obter dictum*, pela concisa narrativa acima, nota-se, também, que na última oportunidade em que uma das classes se sobressaiu, houve a prevalência do Ministério Público Estadual. Assim sendo, se fosse o caso de aplicação do princípio da alternância, também deveria ocorrer em favor da classe dos Advogados.

Diante do exposto, divergindo do relator, denego a segurança impetrada pela Associação dos Magistrados do Estado de Mato Grosso do Sul, por ser a 31ª vaga do TJMS destinada ao quinto constitucional, conforme art. 94, da CF, e denego a impetrada pelo Ministério Público Estadual, por não vislumbrar nenhuma ilegalidade no critério adotado pelo impetrado para o preenchimento da vaga ímpar destinada ao quinto constitucional.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (11º Vogal)

Acompanho o voto do relator, no sentido de conceder a segurança.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (8º Vogal)

Peço vênia ao Relator para dele divergir, pois entendo que a vaga deve ser conferida à Classe dos Advogados.

O ato hostilizado consiste na abertura de nova vaga autônoma e ímpar para cargo de Desembargador oriundo do quinto constitucional. Essa simples constatação torna inócua a invocação de jurisprudências que tratam do critério de alternância vinculada à cadeira originária ou de alternância pura e literal de posições pares, cujos pressupostos de incidência revelam-se totalmente alheios às particularidades do presente litígio.

Ademais, também não há falar em arredondamento das vagas para baixo como pretende a AMAMSUL ao postular uma cadeira para a magistratura. À luz da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o arredondamento de frações deve sempre ser arredondado para cima (MS n. 22323, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 28.9.1995, DJ de 19.4.1996, PP-12213, EMENT VOL-01824-10, PP-02224; AO n. 493, Primeira Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 6.6.2000, DJ de 10.11.2000, PP-00081, EMENT VOL-02011-01, PP-00001).

Conforme bem abordado pela manifestação da OAB-MS em memoriais, a divisão das 31 (trinta e uma) vagas existentes por 5 (cinco) resulta na fração de 6,2, gerando a obrigatoriedade de arredondamento para 7 (sete). Como são seis os atuais Desembargadores provenientes do Quinto Constitucional, a 31ª vaga também a ele deve ser reservada.

Outrossim, é intuitivo que eventualmente uma das entidades titulares do direito à ocupação da aludida vaga incorrerá em vantagem ou desvantagem numérica sobre a outra. Conquanto temporariamente seja alcançada a confortável hegemonia entre membros do Ministério Público e representantes da Advocacia, a desigualdade de assentos fatalmente sucederá, devendo ser privilegiada, quando instaurado um novo provimento originário ímpar, a classe que por último suportou a minoria, obedecendo a uma lógica subsequente de paridade correlata ao aproveitamento da vacância fracionária.

Nesse norte, há que se refletir sobre o fato de que a prevalência quintista foi fruída por último pelo Ministério Público, com a nomeação do Des. Contar em 29.8.2007, só sobrevindo a paridade em prol da classe advocatícia com a posse última do Des. Luiz Tadeu em 29.7.2008. Assim, empatados os assentos (3x3), a vaga ímpar recém criada há de ser completada pela Ordem dos Advogados, mantendo-se a equipolência do desempate momentâneo, sem ofensa ao princípio da isonomia.

Somente com esta interpretação estaremos cumprindo a contento o comando do art. 100, § 2º da LOMAN (LC 35/79), dispondo que *"nos tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma desssa classes superem os da outra em uma unidade"*.

Bem por isso, merece ser mantida a interpretação originariamente perfilhada pela direção do Tribunal, preservando o equilíbrio entre as classes interessadas.

Em face do exposto, denego a segurança, determinando o regular prosseguimento da ocupação da vaga criada para o quinto constitucional em prol da Ordem dos Advogados – Seccional de Mato Grosso do Sul, confirmando a validade e eficácia do Edital n. 066.049.0017/2009, expedido em 6 de maio de 2009 pelo Presidente desta Corte Estadual.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (1º Vogal)

Faço uma alteração no meu voto.

Realmente acompanhei o relator. Teci comentários sobre o aspecto implícito e explícito do quinto.

Mas, ocorre o seguinte: independentemente do meu entendimento sobre esse aspecto implícito ou explícito, é jurisprudência pacífica no Superior Tribunal de Justiça de que não sendo divisível o número de membros por cinco (5), a vaga cabe à Ordem dos Advogados ou ao Ministério Público.

Diante de tais circunstâncias, fica extremamente prejudicial ao próprio interesse do Poder Judiciário, a discussão relativamente a essa vaga, isso porque ficaríamos praticamente sem completar o número de membros do tribunal. Porque, fatalmente, qualquer recurso haverá modificação na decisão.

Diante dessas circunstâncias, eu me rendo à jurisprudência dos Tribunais Superiores, inclusive considerando os elementos dos votos do Des. Sérgio, Desª. Tânia, Des. Rubens, Des. Claudionor e Des. Rêmolo, agora, para alterar o meu voto e denegar o mandado de segurança requerido pela AMANSUL.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA A PEDIDO DO VICE-PRESIDENTE, EM RAZÃO DO EMPATE NA VOTAÇÃO, APÓS O RELATOR E OS VOGAIS 2º, 3º, 4º, 5º E 11ª CONCEDEREM A SEGURANÇA E OS VOGAIS 1º, 6º, 7º, 8º, 9º E 10º DENEGAREM.

VOTO (EM 22.9.2010)

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (1º vogal)

Ausente.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (8º vogal)

Ausente.

João Batista da Costa Marques (12º vogal)

Coube a mim a difícil tarefa de proferir o voto de Minerva, tendo em vista o empate na votação, nestes Mandados de Segurança onde se discute a quem pertence a 31a vaga de Desembargador neste Tribunal de Justiça.

Antes de dar início ao meu voto, registro que o fato de haver ingressado no Poder Judiciário Sulmatogrossense pela vaga destinada ao quinto constitucional em nada influencia meu pensamento sobre o tema, cuja análise está jungida a aspectos puramente jurídicos e não políticos. Não fosse isso, estaria eu impedido de julgar a lide por suspeição, nos termos do art. 135, V, do CPC. Daí porque, minha decisão pauta-se em linha de raciocínio absolutamente técnica, afastando-se sempre de axiomas filosóficos, idealistas, partidários ou sobretudo políticos.

Ressalvo, ainda, que os argumentos constantes na petição datada de 9.9.2010, a qual deverá ser acostada aos autos, não merecem prosperar conforme pode se verificar das razões que serão expostas na presente decisão.

Chamo a atenção dos nobres pares para o cerne da questão debatida neste Mandado de Segurança, qual seja, a melhor interpretação do art. 94 da Constituição Federal *(Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes),* tendo em vista a criação de 2 cargos de Desembargador pela Lei Estadual n. 3.658/2009, totalizando 31 cargos na estrutura do Poder Judiciário Sulmatogrossense.

A Associação dos Magistrados do Estado de Mato Grosso do Sul-AMAMSUL-, defende, em breve síntese, que referido dispositivo deve ser interpretado restritivamente, conquanto excepcione a regra geral de acesso à magistratura por concurso público, destacando a interpretação errônea dos tribunais superiores sobre o tema.

1. ***Interpretação do art. 94:***

O processo de interpretação é técnico e deve obediência a regras gramaticais, lógicas e, inclusive e especialmente, jurídicas (que inclui preceitos legais e principiológicos). Essa realidade afasta do processo hermenêutico elevadas cargas de subjetivismo do intérprete, o que convém ao interesse público, ao Estado Democrático de Direito e à segurança jurídica. Interessa-no, em especial, o critério de interpretação sistemática, que, na lição de Carlos Maximiliano:

> Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. [...] Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; achava-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço. (Hermenêutica e Aplicação do Direito. 1. ed.. Forense. 1991. p.128).

Segundo precedentes assentados pelo Supremo Tribunal Federal (especialmente o julgamento do Mandado de Segurança n. 22.323-5/SP), que influenciaram doutrinadores e outros Tribunais, o citado art. 94 da Constituição Federal consubstanciaria norma expressa, assegurando o mínimo de 20% da composição dos Tribunais aos membros da OAB e MP, prevalecendo sobre norma implícita, que destina o remanescente das vagas aos Juízes de carreira.

Trata-se, a meu sentir, de evidente erro de interpretação.

A Lei Complementar n. 95/98, que regulamenta o art. 59, parágrafo único, da Constituição, traz importante contribuição na atividade interpretativa, na medida em que estabelece regras para a elaboração e redação de leis.

> Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:
>
> [...]
>
> III - para a obtenção de ordem lógica:
>
> a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas como objeto da lei;
>
> b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
>
> c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
>
> d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

O art. 94 está geograficamente localizado no Capítulo III (Do Poder Judiciário), do Título IV (da Organização dos Poderes), da Constituição Federal, de forma que não pode ser entendido como uma garantia de direito subjetivo daquelas classes, ou estaria alocado no Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) da Carta Magna. Trata-se, claramente, de norma que assegura ao acesso à magistratura, ao Poder Judiciário,

excepcionando a norma do art. anterior (art. 93, I), que exige aprovação em concurso público de provas e títulos. O art. 94 estabelece, assim, a possibilidade de membros da OAB e do MP ingressarem na magistratura, diretamente nos tribunais, assegurando-lhes um quinto das cadeiras.

Não se lhes assegurou NO MÍNIMO um quinto das cadeiras. Isto não está no texto constitucional, como se fez constar do art. 107 *("Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira; II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente)* ou no art. 93, XI *(nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial,* ***com o mínimo de*** *onze e* ***o máximo de vinte e cinco membros,*** *para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;), q*uisesse o legislador constituinte assegurar NO MÍNIMO um quinto das cadeiras o Tribunal aos advogados e Promotores teriam dito isso expressamente, como o fez no *caput* do art. 107 ou no inc. XI do art. 93. E isso me parece bastante óbvio. Também não se pode afirmar, como o fez o Supremo Tribunal Federal, que a regra da reserva do quinto de vagas seria *norma* **expressa** e a regra do remanescente (4/5) destinada à magistratura seria *norma* **implícita,** prevalecendo a primeira em detrimento da segunda. Como já dito, deve-se estabelecer a premissa de que o art. 94 versa sobre regra de acesso aos Tribunais, excepcionando o art. 93, 1 e III, e não sobre direito e garantia aos advogados e membros do *Parquet*.

Assim, esse critério interpretativo não tem aplicação na espécie. **Norma expressa** é aquela escrita e **norma** tácita a presumida. As normas que tratam do acesso aos tribunais estão expressamente previstas no art. 93. Dizer implícita a norma que assegura o acesso de juízes de carreira ao segundo grau de jurisdição é atentar contra a lógica, mormente diante da norma contida no art. 93, I e III, da CF, que antecedem a regra do quinto constitucional. A bem da verdade, a regra pressupõe que os Tribunais possuam lugares múltiplos de 5. Caso isso não ocorra, o Tribunal não terá essa proporção de membros (1/5 de advogados e promotores e 4/5 de Juízes de carreira) e uma categoria será sacrificada na distribuição de vagas. Mas existe no texto constitucional regra que soluciona essa celeuma. Trata-se do art. 235, V e VII, que transcrevo:

> Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas:
>
> IV - o Tribunal de Justiça terá sete Desembargadores;
>
> V - os primeiros Desembargadores serão nomeados pelo Governador eleito, escolhidos da seguinte forma:
>
> a) cinco dentre os magistrados com mais de trinta e cinco anos de idade, em exercício na área do novo Estado ou do Estado originário;
>
> b) dois dentre promotores, nas mesmas condições, e advogados de comprovada idoneidade e saber jurídico, com dez anos, no mínimo, de exercício profissional, obedecido o procedimento fixado na Constituição;

Referido dispositivo, inserido no Título IX (Das Disposições Constitucionais Gerais) da Constituição Federal, traz um regramento excepcional de distribuição das vagas do quinto constitucional diante de circunstância também excepcional, qual seja, a composição do tribunal durante os 10 primeiros anos de criação de um Estado. Nesses casos, como visto, estabelece-se a composição do tribunal com 7 membros, dos quais 5 pertencentes à magistratura e 2 pertencentes às classes da advocacia e do Ministério Público. A quinta parte de sete é um vírgula quatro. De modo que o legislador constituinte arredondou para cima o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, reservando-lhes duas das sete vagas.

Ora, adotada a interpretação propalada na jurisprudência do STF, e defendida pela OAB e MP, já delineada, o dispositivo transcrito perderia totalmente sua utilidade, passando a letra morta, pois seria desnecessário reservar a estas categorias 2 de 7 vagas disponíveis no Tribunal, o que decorreria da interpretação do art. 94. Vale dizer a **interpretação** conferida **pela suprema Corte retira a eficácia de normas constitucionais.**

O disposto no art. 235, IV e V, da Constituição Federal, somente possuirá eficácia normativa se o art. 94, também da Constituição Federal, for interpretado como exceção à regra geral de ingresso na magistratura, assegurando-se 1/5 das vagas dos Tribunais quando matematicamente possível. Ou seja, pertencerá à OAB e ao *Parquet* as vagas de n. 6, 7, 15, 20, 25, 30, 35 e assim sucessivamente. Repare que, na prática, as vagas destinadas ao quinto constitucional, segundo esse critério, recairão justamente sobre aquelas de número múltiplo de 5 (à exceção daquelas de n. 6, 7 do quinto constitucional - e 10 - da magistratura -, por força do disposto no art. 235, V, CF). A cada 5 vagas criadas, a quinta será destinada à advocacia e ao Ministério Público. Adotado o parâmetro da autoridade coatora ter-se-á como resultado prático a seguinte situação: a cada 5 cargos criados, destinar-se-á a primeira vaga ao quinto (por força do arredondamento para cima) e as quatro remanescentes é que se destinariam aos Juízes de carreira. Esse raciocínio evidencia nítido privilégio injustificável às categorias do quinto constitucional na composição dos Tribunais em detrimento dos membros da magistratura.

Noutro vértice, a Lei de Introdução ao Código Civil estabelece:

> Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O fim social e o bem comum almejados pelo art. 94, que assegura 1/5 dos assentos dos tribunais aos membros da OAB e do Ministério Público, e dizem seus defensores, consiste em renovar o Poder Judiciário, democratizando o acesso aos seus cargos e arejando a composição dos Tribunais com a inclusão de membros oriundos das carreiras da OAB e do Ministério Público.

Ora, privilegiar o acesso dos membros destas carreiras aos Tribunais em detrimento dos juízes de carreira não atende o fim social da norma nem alcança o bem comum. Esses objetivos são atingidos justamente de forma contrária, garantindo-se ao acesso à magistratura por intermédio de concurso público e o acesso aos tribunais por promoção na carreira. A democratização do acesso e a oxigenação do pensamento dos Tribunais estarão plenamente asseguradas com a interpretação restritiva do art. 94. Socorro-me, ainda, das considerações de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco sobre princípios interpretativos da Constituição Federal, notadamente úteis na solução da lide (**Curso de Direito Constitucional. 4.** ed. Saraiva. 2009. p. 135-140):

> Princípio da unidade da Constituição [...] as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. [...] Princípio da concordância prática ou da harmonização [...] em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum. [...] Princípio da correção funcional [...] instituindo a norma fundamental um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes, cuja observância é consubstancial à própria idéia de Estado de Direito. [...] Princípio da eficácia integradora [...] ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política, porque além de criar a uma certa ordem jurídica, toda Constituição necessita produzir

> e manter a coesão sociopolítico, enquanto pré-requisitos ou condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico. [...] Princípio da força normativa da Constituição […] procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confiram-lhes maior eficácia. [...] Princípio da máxima efetividade [...] orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

A tese no sentido de que a reserva do quinto constitucional representaria ***garantia*** à categoria de advogados e membros do Ministério Público só se sustenta se analisado de forma isolada o art. 94, CF. Entretanto, se considerarmos a ordem lógica *(está alocada no Capítulo III do Título IV, que versa sobre a estrutura do Poder Judiciário e não no Capítulo IV, que versa sobre as Funções Essenciais à Justiça, onde estão inseridas regras sobre o Ministério Público e a Advocacia),* sua finalidade *(que segundo lições doutrinárias reside na democratização do Poder Judiciário)* e a excepcionalidade à regra contida no art. 93, 1, CF *(que restringe o ingresso nas carreiras da magistratura à aprovação em concurso público)* e ao art. 235, IV e V. da CF *(assegurando o arredondamento para cima das vagas do quinto constitucional no período de 10 anos após a criação de um estado, em vista do estabelecimento de número de cargos não múltiplos de 5),* fica bastante claro que a reserva de vagas só ocorrerá quando matematicamente possível.

Como dito, a interpretação do art. 94. CF. adotada pela autoridade coatora, reservando ao quinto constitucional o 31ª assento nesta Corte, nega vigência ao art. 235, IV e V, CF, conquanto o torne sem nenhuma utilidade. Também assegura privilégio para o ingresso na magistratura em detrimento dos membros do Poder Judiciário, cujo regramento geral restringe aos aprovados em concurso público e, em segundo grau, através de promoções pelos critérios de antiguidade e merecimento (art. 93,1 e 111, CF). A interpretação conferida pela autoridade coatora também ofende esse princípio interpretativo na medida em que distorce o sistema organizatório-funcional do Poder Judiciário, ampliando uma exceção à regra de acesso aos seus cargos.

Portanto, a interpretação emprestada pelo STF ao art. 94 destoa de todos esses princípios. Malfere, também, princípio interpretativo segundo o qual as exceções interpretam-se restritivamente. Sim porque, como dito, o quinto constitucional é regra que excepciona o acesso aos cargos da estrutura do Poder Judiciário, que segundo o texto constitucional se dá por meio de concurso público, e ao segundo grau por promoção de juízes de carreira.

A interpretação adotada pela autoridade coatora também ofende preceitos lógicos. O mesmo raciocínio invocado pela OAB e MP milita contra sua pretensão e causa um paradoxo. Dizem eles que no caso de número de vagas não divisível por 5, como no caso dos autos (31 vagas), deve-se arredondar o quociente (6,2) para cima, sob pena de violação ao art. 94 da CF, que lhes assegura a quinta parte das cadeiras. Mas se houver arredondamento para cima, terão eles mais do que a quinta parte, o que também contraria o art. 94.

Ou alguém dirá que não era possível ao legislador antever a inconveniência prática de estabelecer reserva em percentual fixo (1/5 ou 20%) de cadeiras dos Tribunais aos advogados e promotores? Não lhe era possível vislumbrar que nem todos os Tribunais possuem número de vagas múltiplo de 5? Obviamente que sabia. E se isso é verdade, porque não estabelecer regramento específico para os casos onde o número de cadeiras não for múltiplo de 5?

Esse questionamento fragiliza sobremaneira a tese defendida pela OAB e pelo MP. Mormente se a tese da Amansul, por outro lado, preconiza uma solução bem mais simples: assegurar-se-á aos advogados e promotores 1/5 das vagas no tribunal, desde que numericamente possível, vale dizer, a cada 5 vagas criadas uma lhes pertencerá. Preferirão dizer que se trata de uma norma lacunosa! Mas esse pensamento afronta o cânone interpretativo do *legislador racional,* que preconiza a figura do legislador ideal (singular, imperecível, único, consciente, finalista, onisciente, justo, onipotente, coerente, onicompreensivo, econômico, preciso e operativo).

Gilmar Ferreira Mendes tece importantes observações a respeito:

> Com efeito, se o legislador real é racional - inclusive, e sobretudo, o constituinte -, não se podendo duvidar dessa premissa, nem submetê-la a testes de refutação, impõe-se a conclusão lógico-descritiva de que o ordenamento jurídico, que ele institui à sua imagem e semelhança, também ostenta esse predicado, com todas as suas benéficas consequências. Por isso, a título de exemplo, afirma-se categoricamente que no ordenamento não existem lacunas, nem redundâncias, nem contradições; que ele é preciso, finalista, operativo e dinâmico; e que, isso tudo somado, o jurista tem condições de resolver os problemas de aplicação do direito dentro do próprio sistema jurídico e com os instrumentos de que este dispõe, sem necessidade de apelar para instâncias suprapositivas. Como o desgastado direito natural ou indefinível natureza das coisas, entre outras abstrações, que lhe permitem descobrir saídas na exata medida em que debilitam a força de persuasão das soluções inventadas. (Curso de Direito Constitucional. 4. ed. Saraiva. 2009. p. 134)

E o texto constitucional, ao estabelecer a regra do quinto constitucional, não prescreve o mínimo nem o máximo de 1/5 das cadeiras. Aliás, a referência deve-se não a uma prerrogativa da classe, mas de noções puramente lógicas, observáveis também e especialmente no campo da hermenêutica. Se 1/5 é assegurado aos membros da OAB e MP, o restante, 4/5, é destinado aos juízes de carreira. Essa a única exegese possível do dispositivo em comento. De sorte que, **materialmente possível,** 1/5 **das cadeiras do** Tribunal **deve ser ocupada por advogados e promotores.** Inexistindo possibilidade material, assegura-se o mais próximo disso.

O Ministro Marco Aurélio, enfrentando a questão, posicionou-se:

> Senhor Presidente, se a Constituição cogita de um quinto é porque reconhece a existência de quatro quintos. Não posso entender que - perdoem-me, pois sinto-me à vontade ao falar, porque sou egresso da categoria dos advogados, ou seja, a minha vida na magistratura tem origem na classe dos advogados e tal fato muito me honra - coloque-se em plano secundário o que penso ser o principal, pelo menos na quantidade, em detrimento do acessório, da porcentagem menor. Sustentei, Senhor Presidente, quando votamos a matéria em data anterior, a existência constitucional dos quatro quintos. E, mais do que isso, ressaltei a necessidade de preservar-se o acesso aos tribunais, considerada essa carreira sofrida, que é a da magistratura. (STF, trecho do voto proferido no julgamento da ADIn n. 1.171-5/RS, realizado em 22.2.95).

Aqueles que professam a tese ao arredondamento para cima apoiam-se na ideia de sub-representação da categoria no Poder Judiciário. Entretanto, OAB e MP não ***representam*** suas categorias no Poder Judiciário. Admitir essa ideia implicaria grave violação ao princípio da repartição dos poderes. Sim, porque o Ministério Público e a OAB são funções essenciais à Justiça e a regra do quinto constitucional é hipótese excepcional de ingresso dos membros destas categorias no Poder Judiciário. Ao ingressarem no Poder Judiciário, esses membros passam a ser magistrados, com todas as garantias, prerrogativas e responsabilidades, como o candidato aprovado no concurso, bem por isso não representam mais suas categorias.

Por todas essas razões, entendo que a melhor exegese do art. 94 da Constituição Federal é aquela que, em consonância com os princípios interpretativos do texto constitucional, confere maior eficácia às normas constitucionais, ao mesmo tempo em que guarda pertinência lógica com o sistema e a estrutura organizacional em que está inserida. Assim, referido dispositivo deve ser concebido como exceção à regra de acesso ao Poder Judiciário contida no art. 93, 1 e 111, da Carta Magna e, bem por isso, interpretado de forma restritiva, assegurando-se aos membros da OAB e do Ministério Público 1/5 das cadeiras do Tribunal, quando matematicamente possível.

Da decisão proferida em ADI e seu efeito vinculante

Antes de iniciar a análise interpretativa do art. 94, destaco que, em estudo de precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, convenci-me de que não recai sobre o tema qualquer efeito vinculante decorrente do julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 160/TO. Explico:

Referido julgamento, realizado em 23 de abril de 1998 e publicado no DJ no dia 20 de novembro daquele ano, restou assim ementado:

> TRIBUNAIS DE JUSTIÇA. A eles próprios compete (e não ao Governador) a nomeação dos Desembargadores cooptados entre os Juízes de carreira (Constituição, art. 96, I, c). Precedentes: ADIn n. 189 e ADIn n. 190. Inconstitucionalidade da previsão, pela Carta estadual, de percentual fixo (4/5), para o preenchimento das vasas destinadas aos oriundos da magistratura, pela possibilidade de choque com a garantia do provimento, do quinto restante, quando não for múltiplo de cinco o número de membros do Tribunal. Inconstitucionalidade, por igual, da dispensa de exigência, quanto aos lugares destinados aos advogados e integrantes do Ministério Público, do desempenho de dez anos em tais atividades. Decisões tomadas por maioria, exceto quanto à prejudicialidade, por perda de objeto, dos dispositivos transitórios referentes à instalação da Capital e à criação de municípios do Estado do Tocantins. (destaquei)
>
> O art. 201, §2°, da Constituição Federal estabelece:
>
> As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adotando teoria oriunda do Direito Alemão, tem conferido efeito vinculante também aos fundamentos em que se sustenta o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Na espécie em comento, entretanto, não se está adotando, como razão de decidir, a interpretação de norma infraconstitucional, mas do próprio texto constitucional (art. 94), parte da decisão que não está sujeita a efeito vinculante.

Para vincular o Poder Judiciário e a Administração Pública à sua **interpretação do texto constitucional,** deverá o STF fazer uso da Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. Desta feita, em virtude do julgamento da ADIn n. 160/TO, adotando-se a mesma interpretação feita do art. 94 pelo STF, considerar-se-á inconstitucional a lei ou ato normativo que reserve 4/5 das vagas dos tribunais aos Juízes de carreira, por força do efeito vinculante conferido pelo art. 102, § 2º, extensível aos seus motivos determinantes. Mas conferindo interpretação diversa ao próprio texto constitucional, é juridicamente possível privilegiar, no aspecto quantitativo, o acesso de magistrados de carreira aos Tribunais em detrimento da regra do quinto constitucional quando inexistirem número de vagas múltiplo de 5.

A abrangência do efeito vinculante, admitida a eficácia transcendente dos seus fundamentos, é bom que se esclareça, está adstrita ao objeto da própria ação direta de inconstitucionalidade, que, por sua vez, será, invariavelmente, o cotejo entre o ato normativo ou lei e o texto constitucional. A interpretação que se confere a dispositivos constitucionais, oriundo do Poder Originário, portanto, jamais será objeto de controle de constitucionalidade e, bem por isso, gozarão de efeito vinculante em instrumentos de controle de constitucionalidade.

Para tanto dispõe o Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante, onde sua jurisprudência (incluindo sua interpretação do texto constitucional) deverá, necessariamente, ser observada pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública. E existem motivos jurídicos e lógicos para isso. É que a Súmula Vinculante somente pode ser editada se obedecidos os requisitos preconizados no art. 103-A da Constituição Federal, como a existência

de reiteradas decisões sobre matéria constitucional e decisão de 2/3 dos seus membros. O instituto ainda guarda peculiaridades que viabilizam a vinculação das decisões da Corte Suprema, a exemplo da possibilidade de revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei, o que não pode ser feito com o resultado do julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Assim, adotada a interpretação do STF sobre o art. 94, a Administração e o Poder Judiciário não poderão admitir reserva de assentos nos Tribunais de menos de 1/5 delas à classe dos advogados e promotores, tendo em vista o quanto decidido na ADIn n. 160/TO. Mas é absolutamente possível aos Tribunais interpretar de forma diversa o dispositivo constitucional. Afinal, não se pode congelar a hermenêutica constitucional, sob pena de a Carta Magna transformar-se - como diz Lassale - num simples pedaço de papel incapaz de adaptar-se à dinamicidade da vida e seus novos conceitos e valores. Aplicar-se-ia, nesta hipótese, o conceito de mutação constitucional, enquanto processo não formal de mudança das constituições rígidas. Tanto isso é verdade que tramita perante o próprio STF o Mandado de Segurança n. 29.171, impetrado pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 10ª Região - AMATRA 10 -, versando exatamente sobre a questão posta nestes autos.

Não bastassem essas considerações sobre o alcance do efeito vinculante das ações de controle abstrato de constitucionalidade, vale ressaltar, também, que as peculiaridades da ação direta de inconstitucionalidade, especialmente em virtude do efeito vinculante (extensível aos fundamentos essenciais da decisão), demandam ampla discussão sobre a questão de fundo nela veiculada.

Detendo-me ao julgamento da ADIn n. 160/TO, é possível notar, claramente, que a questão debatida neste feito não foi suficientemente discutida pela Corte Suprema. Arguiu-se, naqueles autos, a inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado de Tocantins, assim redigido:

> Art. 47. Os Desembargadores do Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Governador do Estado, sendo:
>
> I - quatro quintos, mediante acesso apurado por antiguidade e merecimento, alternadamente, na última instância;
>
> 11 - um quinto dentre membros do Ministério Público, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, de efetiva atividade profissional indicados em listas sêxtuplas pelos órgãos de representação das respectivas classes.

A questão alusiva à reserva dos 4/5 dos assentos nos tribunais à carreira dos magistrados veio a lume em breve consideração formulada pelo Min. Ilmar Galvão, como constatou o Relator, Min. Octávio Gallotti, em retificação parcial de seu voto:

> Sr. Presidente, quando examinei a questão do art. 47 da constituição de Tocantins, ative-me à controvérsia suscitada na petição inicial que dizia respeito à prerrogativa do Governador, ou do próprio Tribunal, para prover os cargos de Desembargador destinados aos Juízes de carreira. O eminente Ministro Ilmar Galvão, teve, porém, a perspicácia de vislumbrar, além disso, a questão referente à distribuição das vagas do Tribunal, entre Juízes ou participantes do chamado quinto constitucional (advogados e membros do Ministério Público). Por haver dúvida plausível de que possa estar em desafio à Carta Federal, acolho a sugestão de S. Exa. E proponho ao Tribunal, tal como S. Exa. o faz, que se julgue inconstitucional todo o caput do dispositivo, porque assim teremos a aplicação direta da Constituição Federal, com a eliminação de possível controvérsia da composição da Corte Estadual.

Trata-se, na verdade, a meu sentir, de *obiler dictum,* ou considerações marginais, aos fundamentos que ensejaram a declaração de inconstitucionalidade do art. 47 da Constituição de Tocantins e seus incisos 1 e II. É que o Min. Gallotti, Relator, declarava inconstitucional apenas o *caput* e inciso II, enquanto o Min. Ilmar Galvão declarava também a inconstitucionalidade do inciso I (que assegurava 4/5 das vagas do tribunal à magistratura). Tanto isso é verdade que não houve pronunciamento dos demais ministros sobre esse tema em particular, à exceção das considerações do Min. limar Galvão, assim lançadas:

> Concordo com o entendimento consagrado no voto de S. Exa., mas me permito ir além, para também declarar a inconstitucionalidade do inc. I, que assegura percentual fixo dos lugares do Tribunal para preenchimento por membros oriundos da carreira da magistratura, garantia que a constituição Federal não prevê, justamente por gerar possibilidade de choque com a garantia do quinto, quando o número de membros do Tribunal não foram múltiplo de cinco. (STF, ADIn n. 160/TO, julgado em 23.4.1998).

Mas a pretensão inicial impugnava o inc. I do art. 47 da Constituição de Tocantins por atribuir ao Governador competência para nomear juízes de carreira, e não por violar a regra do quinto constitucional. E o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade também deve observância aos limites da lide impostos na causa de pedir e no pedido, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.868/99. A respeito:

> O artigo 98 da Lei complementar n. 412 do Estado de Santa Catarina, não questionado, tem evidente correlação com o objeto da presente ação direta. A jurisprudência desta Corte é firme no tocante à imprescindibilidade de impugnação dos textos normativos que cuidem da mesma matéria atacada na ação direta. A demanda não pode atacar apenas um dos atos contidos no complexo normativo. O sistema de leis vinculadas a determinado tema deve ser questionado em sua íntegra. A razão disso reside no fato de a eficácia da declaração de inconstitucionalidade alcançar tão somente o ato impugnado e não o complexo no qual inserido. Nesse sentido: a ADIn n. 2.174, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 7.3.2003; a ADIn n. 1.187, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 30.5.1997; a ADIn n. 2.133, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 9,.3.2000: a ADIn n. 2.451, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 4.8.2001; a ADIn n. 2.972, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 29.10.2003; e a ADIn n. 2.992, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 17.12.2004. Não conheço desta ação direta [RISTF, artigo 21, § 1]. (ADIn n. 4.043, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgado em 3.3.2009, D.IE de 11.3.2009).
>
> Também,
>
> Da leitura e análise da petição inicial, observa-se que o requerente não demonstra quais preceitos dos textos normativos estariam em confronto com a Constituição do Brasil, nem os analisa de forma correlacionada aos artigos constitucionais supostamente violados. Necessário lembrar que a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, preconiza que a peça inaugural das ações diretas indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo atacado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações (art. 3º). Por não observar essa determinação legal, o requerente deixa de obedecer à técnica imprescindível ao conhecimento da ação. A inicial não se reveste das formalidades a ela inerentes. Enseja a declaração da inépcia da peça por faltar-lhe requisitos essenciais. No caso específico, a exordial não foi elaborada segundo as regras e o estilo constantes em lei própria, destinada a disciplinar o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade. Ao contrário, tem-se pedido genérico e inespecífico. (ADIn n. 2.561, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgado em 15.12.2004, *DJ* de T-2-05).

Diante dessas peculiaridades, parece-me apressado tomar a discussão como encerrada, mormente diante das sólidas considerações feitas quanto à melhor interpretação do art. 94. E mais ainda, não vejo vinculação à interpretação de norma constitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em função do julgamento proferido na ADIn n. 160/TO, cujo objeto era o exame de compatibilidade entre dispositivo da constituição estadual e o mencionado art. 94 da Constituição Federal, mesmo considerado o efeito translativo dos motivos determinantes do julgamento.

Posto isso, pelas razões mencionadas, voto desempatando no sentido de conceder a segurança pleiteada pela Amamsul, garantindo o 31° cargo de Desembargador neste Tribunal a Juiz de carreira, mediante promoção, ao passo em que, em razão desse desiderato, julgo prejudicada a análise do mérito do *mandamus* impetrado pelo Ministério Público.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, Joenildo de Sousa Chaves, Atapoã da Costa Feliz, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 22 de setembro de 2010.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.028994-4 - Três Lagoas
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO SUMÁRIA DE COBRANÇA – DEMURRAGE – POSSIBILIDADE – COAÇÃO – ÔNUS DA PROVA DO RÉU EM DEMONSTRAR FATO DESCONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR – CLÁUSULAS LEONINAS E CASO FORTUITO – MATÉRIAS ALEGADAS EM SEDE RECURSAL – NÃO CONHECIDAS – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

- Como juridicamente o *container* é considerado um equipamento móvel do navio, tem-se que, diante da sua não devolução pelo importador, o armador tem todo seu direito amparado legalmente para exigir o pagamento das demurrages.

- Em nosso ordenamento existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua veracidade para que o fato dê origem a algum direito.

- Matérias alegadas em grau de recurso são estranhas ao feito, especialmente se não foram ventiladas em sede de contestação, razão pela qual não merecem ser conhecidas.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

ADAR – Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda. –, irresignada com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial da Ação sumária de cobrança ajuizada por MAERSK LINE DO BRASIL S/A, interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma do *decisum*.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício (f. 282-302), aduz que em nenhum momento a recorrida comprovou ter sofrido qualquer prejuízo. Acrescenta que "*cabia à Apelada, demonstrar de forma cristalina, no petitório inicial, em que consistiria a culpa da Apelante, que justificasse a cobrança ora pretendida*" (f. 290).

Diz que "*por óbvio e como cediço pela Apelada, pelo Judiciário Brasileiro, e todos aqueles que atuam nesta seara, torna-se impossível o cumprimento de alguns prazos, por culpa única e exclusiva da burocracia Brasileira, uma vez que o desembaraço aduaneiro torna-se penoso de tal forma, que por vezes é impossível o cumprimento de prazo tão exíguo*" (f. 291). Por isso, imputa o atraso a caso fortuito.

Reclama que os contratos de compromisso de devolução de *containers* são padronizados, caracterizando-os como contratos de adesão, sendo sempre leoninos e abusivos.

Assevera que "*fica sim evidente e explícita a coação a que são submetidos os CONSIGNATÁRIOS DA CARGA e/ou profissionais que necessitam liberar os containers para dar continuidade ao procedimento de despacho aduaneiro junto às autoridades alfandegárias*" (f. 296).

Remata, pugnando pelo conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de reformar a sentença, julgando-se improcedente o pedido formulado na exordial, com a condenação da apelada às verbas sucumbenciais. Pretende, ainda, que seja declarada a abusividade das cláusulas insertas no Termo de Compromisso de *Container*.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (f. 310-30), pretendendo a manutenção da sentença vergastada.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por ADAR – Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda. –, irresignada com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial da Ação sumária de cobrança ajuizada por Maersk Line do Brasil S/A.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício (f. 282-302), aduz que em nenhum momento a recorrida comprovou ter sofrido qualquer prejuízo. Acrescenta que "*cabia à Apelada, demonstrar de forma cristalina, no petitório inicial, em que consistiria a culpa da Apelante, que justificasse a cobrança ora pretendida*" (f. 290).

Diz que "*por óbvio e como cediço pela Apelada, pelo Judiciário Brasileiro, e todos aqueles que atuam nesta seara, torna-se impossível o cumprimento de alguns prazos, por culpa única e exclusiva da burocracia Brasileira, uma vez que o desembaraço aduaneiro torna-se penoso de tal forma, que por vezes é impossível o cumprimento de prazo tão exíguo*" (f. 291). Por isso, imputa o atraso a caso fortuito.

Reclama que os contratos de compromisso de devolução de *containers* são padronizados, caracterizando-os como contratos de adesão, sendo sempre leoninos e abusivos.

Assevera que "*fica sim evidente e explícita a coação a que são submetidos os CONSIGNATÁRIOS DA CARGA e/ou profissionais que necessitam liberar os containers para dar continuidade ao procedimento de despacho aduaneiro junto às autoridades alfandegárias*" (f. 296).

Remata, pugnando pelo conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de reformar a decisão monocrática, julgando-se improcedente o pedido formulado na exordial, com a condenação da apelada às verbas sucumbenciais. Pretende, ainda, que seja declarada a abusividade das cláusulas insertas no Termo de Compromisso de *Container*.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (f. 310-30), pretendendo a manutenção da sentença vergastada.

Pois bem, fazem-se necessários alguns esclarecimentos sobre a controvérsia exposta nos autos.

Tem-se que as partes firmaram contrato de transporte pela via marítima de diversas mercadorias provenientes do exterior, ocasião em que foram acondicionadas nos *conteiners* n. MAEU6203614, MSKU8332012,

PONU7164378, MSKU8460831, GATU8688060 e MSKU8572142, pertencentes à recorrida. No entanto, após o desembarque das mercadorias, a recorrente extrapolou o prazo de livre utilização estipulado para entrega dos *containers*, deixando de efetuar o pagamento de valores devidos a título de demurrage (sobreestadia).

Por conta disso, a recorrida ajuizou a presente demanda, objetivando cobrar, a título de demurrage, a importância de R$ 10.720,90 (dez mil, setecentos e vinte reais e noventa centavos), devidamente atualizada. O juiz de primeira instância julgou procedente o pedido de cobrança.

Pois bem, prevê o art. 4° do Decreto 80.145 a conceituação de *container*, *in verbis:*

> Art. 4º O container é um recipiente construído de material resistente, destinado a propiciar o transporte de mercadorias com segurança, inviolabilidade e rapidez, dotado de dispositivos de segurança aduaneira e devendo atender às condições técnicas e de segurança previstas pela legislação nacional e pelas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

Resta claro, a partir desta conceituação, que o *container* é uma unidade de carga, que permite a qualquer meio de transporte sua utilização, uma vez que adere ao veículo transportador.

Ante o conceito de *container*, passa-se à questão que mais nos interessa no presente recurso, que é a demurrage.

Como juridicamente o *container* é considerado um equipamento móvel do navio, tem-se que, diante da sua não devolução pelo importador, o armador tem todo seu direito amparado legalmente para exigir o pagamento das demurrages (REsp n. 678.100, SP, STJ).

É de se esclarecer que tal cobrança não tem característica de cláusula penal, mas sim caráter indenizatório. Serve, portanto, para indenizar o proprietário pelo uso dos *containers* além dos dias disponibilizados ao importador, já que a ausência de disponibilidade do *container* inviabiliza a obtenção de lucro com o transporte e aluguel a outras empresas.

Como bem frisou o Des. Joenildo de Sousa Chaves, na Apelação Cível n. 2007.029294-1, julgada pelo Tribunal de Justiça local "*é sabido que após a chegada da carga ao porto segue-se um período de isenção para que o importador/consignatário efetue a sua retirada e devolva o contêiner, sob pena de pagamento da taxa conhecida como demurrage*".

Sobre a possibilidade de cobrança da demurrage, colhem-se julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIAL. SOBREESTADIA DE CONTAINER. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DEVOLUÇÃO DO CONTAINER. FALTA DE ELEMENTOS NO ACÓRDÃO PARA AFERIR O PRAZO PRESCRICIONAL. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 22 DA Lei N. 9.611/98. INOVAÇÃO PROCESSUAL. RECURSO IMPROVIDO.
>
> I- O prazo prescricional para a cobrança de sobreestadia inicia-se com a devolução do container, sendo irrelevante a data da entrega da carga (REsp n. 163.897/SP). Não havendo no Acórdão dados de quando ocorrida a devolução, torna-se impossível a alteração do julgado, como pretendido pela recorrente, uma vez que necessário o revolvimento de matéria de prova dos autos. Aplicação da Súmula 7/STJ.
>
> II- É descabida a alegação de ofensa ao art. 22 da Lei n. 9.611/98, uma vez que não apresentada nas razões do Recurso Especial, não podendo, pois, ser invocada referida violação em Agravo Regimental, por tratar-se de inovação da tese recursal.
>
> III- Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1220719/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 19.10.2010, DJ de 4.11.2010).

> APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – ILEGITIMIDADE DE PARTE E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – PRELIMINARES REJEITADAS – TRANSPORTE MARÍTIMO – NÃO-DEVOLUÇÃO DE CONTAINER NO PRAZO DEVIDO – COBRANÇA DE SOBRESTADIA – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. [...]. Demonstrada a demora na devolução de container, aliada às provas de não pagamento de sobrestadias, inafastável a obrigação da demandada de pagar à autora os valores pleiteados na exordial (TJMS, AC n. 2006.012221-8, Rio Verde de Mato Grosso, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 11.9.2007).

> APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – DEMURRAGE – ACEITAÇÃO DO VALOR PELO TRANSPORTADOR ATRAVÉS DE AGENTE ADUANEIRO DETENTOR DE PROCURAÇÃO COM PODERES PARA AGIR EM NOME DO OUTORGANTE – VALOR PRATICADO PELO ARMADOR.
>
> É devida a demurrage pelo importador se a entrega dos containers extrapola os dias concedidos pelo armador para a devolução, pelo valor por este praticado, dada a assunção da responsabilidade desde os conhecimentos marítimos (*bill of lading*), pelos termos e condições deste e termo de responsabilidade de devolução assinado por despachante aduaneiro provido de procuração para agir em nome do importador outorgante (TJMS, AC n. 2009.029038-3, Quinta Turma Cível, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 29.7.2010).

Pois bem, visto isso, é de se saber que em nosso ordenamento existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua veracidade para que o fato dê origem a algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados. Conforme leciona Leo Rosemberg:

> [...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória.[1]

O Código de Processo Civil, em seu art. 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e, ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium* e não *secundum propiam suam conscientiam* - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).
>
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [2]

1 ROSEMBERG, Leo in La carga de la prueba apud SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 345. v. I

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 312.

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando uma situação da vida enquadra-se em sua incidência, eventuais fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o veículo para levar ao magistrado os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento dos fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica reclamada, tendo, portanto, o ônus, suma importância.

In casu, a recorrente não nega a existência do contrato entabulado entre as partes, nem tampouco comprovou ter efetuado o pagamento das taxas referentes à demurrage. Por outro lado, a recorrida trouxe aos autos provas suficientes a justificarem o acolhimento de sua pretensão.

Veja que o documento de f. 104 e seguintes indicam qual seria o prazo para livre utilização dos *containers* (dez dias para aqueles de 40 pés). Além disso, tem-se os documentos que comprovam a devolução tardia dos *containers* (f. 102 e seguintes).

Ora, a meu ver a apelante não se desincumbiu do ônus de fazer prova que desconstituísse a pretensão da apelada. Sendo assim, tendo em vista o inadimplemento por parte da recorrente, tenho que agiu com acerto o juiz singular ao condená-la a pagar a quantia devida a título de demurrage.

Também há de se registrar que eventual coação indicada pela recorrente em suas razões recursais é vício que deveria ser cabalmente demonstrado, o que não ocorreu nos autos.

Com relação às demais alegações da recorrente, diga-se, de que há no contrato cláusulas leoninas e de que o atraso na devolução dos *containers* ocorreu em decorrência de caso fortuito, tenho que são matérias estranhas ao feito, pois alegadas somente em grau recursal, já que nem sequer foram ventiladas em sede de contestação, razão pela qual nem merecem ser conhecidas.

Diante do exposto, conheço em parte do recurso e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 7 de dezembro de 2010.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.032182-6 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – IRREGULARIDADE NO APARELHO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – TERMO DE OCORRÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA A ATESTAR OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE – PERÍCIA – INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DE FRAUDE OU IRREGULARIDADE IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR – COBRANÇA DA FATURA REALIZADA DE ACORDO COM A CARGA DE ENERGIA REGISTRADA PELO APARELHO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O simples termo de ocorrência que demonstra a existência de irregularidades na unidade medidora de energia, sem outras provas que comprovem que o defeito foi ocasionado por fraude do consumidor, e não por negligência da empresa prestadora do serviço na manutenção do aparelho, não obriga aquele ao pagamento de quantias supostamente consideradas consumidas e não pagas.

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, 30 de novembro de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

José Ricci, irresignado com a sentença que, nos autos referentes à ação revisional de débito por ele movida contra Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. –, julgou improcedente os pedidos formulados na ação, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Alega a inexistência de qualquer comprovação de que suposta fraude no seu medidor de energia elétrica tenha ocorrido por sua culpa.

Argumenta que "*Os lacres da caixa do medidor e da tampa de vidro, pelo termo de ocorrência de f. 46, não estavam violados no momento da inspeção. É impossível que o consumidor tenha colocado no interior do medidor um lacre falso (por ele produzido, a menos que se encontre para venda em bancas de camelôs) sem antes romper os lacres da caixa e da tampa do medidor.*" (f. 98)

Obtempera que, no caso em apreço, cuida-se de defeito técnico ("borne queimado") não atribuível ao consumidor.

Menciona que a recorrida realizou cálculo unilateralmente, de forma arbitrária, não observando a Resolução n. 456/00 da Aneel.

Conclui que *"não comprovada a fraude, mas constatado o defeito no aparelho medidor, não pode o consumidor ser responsabilizado pela negligência da empresa concessionária na manutenção do equipamento."* (f. 102)

Colaciona julgados que aduz militar em favor de sua tese.

Remata, pugnando pela reforma da sentença recorrida, a fim de julgar procedente o pedido encartado na inicial, determinando-se a declaração da inexistência do débito de R$ 1.667,34, referente a um suposto consumo.

A apelada apresentou contrarrazões (f. 107-11) pugnando pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

José Ricci, irresignado com a sentença que, nos autos referentes à ação revisional de débito por ele movida contra Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. –, julgou improcedente os pedidos formulados na ação, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Alega a inexistência de qualquer comprovação de que suposta fraude no seu medidor de energia elétrica tenha ocorrido por sua culpa.

Argumenta que "*Os lacres da caixa do medidor e da tampa de vidro, pelo termo de ocorrência de f. 46, não estavam violados no momento da inspeção. É impossível que o consumidor tenha colocado no interior do medidor um lacre falso (por ele produzido, a menos que se encontre para venda em bancas de camelôs) sem antes romper os lacres da caixa e da tampa do medidor.*" (f. 98)

Obtempera que, no caso em apreço, cuida-se de defeito técnico ("borne queimado") não atribuível ao consumidor.

Menciona que a recorrida realizou cálculo unilateralmente, de forma arbitrária, não observando a Resolução n. 456/00 da Aneel.

Conclui que *"não comprovada a fraude, mas constatado o defeito no aparelho medidor, não pode o consumidor ser responsabilizado pela negligência da empresa concessionária na manutenção do equipamento."* (f. 102)

Colaciona julgados que aduz militar em favor de sua tese.

Remata, pugnando pela reforma da sentença recorrida, a fim de julgar procedente o pedido encartado na inicial, determinando-se a declaração da inexistência do débito de R$ 1.667,34, referente a um suposto consumo.

Cabível proceder a um breve relato dos fatos ensejadores da presente demanda.

Sustenta o apelante que, em maio de 2008, fora notificado pela concessionária acerca de um débito no importe de R$ 1.667,34, valor correspondente à diferença entre energia supostamente consumida, referente ao período de junho de 2005 a junho de 2006.

Entretanto, em resumo, a parte autora aduz não existir comprovação dos defeitos no medidor e que, ainda que existam, os defeitos não são a ele atribuíveis, mas sim a negligência da recorrida na manutenção no aparelho.

A concessionária, por sua vez, alega ter comprovado a fraude no medidor, sustenta, também, que o consumidor/autor é culpado pelas adulterações, de maneira que, nos termos da Resolução n. 456/00 da Aneel, é lícita a cobrança ora discutida.

Esses, em síntese, são os fatos imprescindíveis ao deslinde da questão.

Em primeiro lugar, mister se faz reconhecer a existência de uma relação de consumo entre as partes, é primordial, portanto, a aplicação das normas previstas pelo CDC. É o que se infere dos seguintes dispositivos do mencionado diploma legal:

> Artigo 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> [...]
>
> Artigo 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

É cediço que o julgador busca uma definição ao conflito de interesses estabelecido pelas partes por meio da legislação em vigor, mas, sobretudo, pela análise da situação fática, especialmente pelo conjunto probatório contido nos autos.

Desse modo, não basta que as partes aleguem o fato definidor de seu direito. É necessário que produzam provas, a fim de que o juiz se certifique da verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Nesta linha, o ordenamento jurídico pátrio, ao disciplinar os meios de produção de prova, estabelece que esta somente será capaz de elucidar a verdade dos fatos e auxiliar o juiz em seu livre convencimento, se observar as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, na fase de sua formação.

Assim, para que a prova seja aproveitada, faz-se necessário observar os requisitos previstos em lei para a sua constituição, a fim de assegurar às partes todas as garantias previstas pela Constituição Federal.

Outrossim, cumpre esclarecer também que, mesmo em se tratando de relação consumerista, a inversão do ônus da prova não é automática, dependendo do poder discricionário do juiz, que deverá se pautar pelos princípios gerais do direito e pelo poder geral de cautela. Vale dizer, não é o simples fato de estarem presentes nos autos, de um lado, o consumidor e, de outro, o fornecedor, que haverá inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, eis o julgado do STJ, *in verbis:*

> Em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal […] (AgRg no Ag n. 651.899/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 20.11.2006).[...] REsp n. 897.849/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 13.2.2007, DJ de 28.2.2007, p. 220).

In casu, extrai-se que o apelante insurge-se quanto à cobrança consubstanciada no valor de R$ 1.667,34. Alega não houve nenhuma comprovação de fraude no medidor de energia elétrica tampouco que qualquer fraude ou irregularidade técnica possa ser-lhe atribuível.

Pois bem, no caso em apreço, tenho que não houve demonstração de que a fraude na unidade medidora da residência do recorrente tenha ocorrido por sua culpa. Ora, unicamente a Enersul alega a existência de **"**ação humana**"** nas irregularidades existentes no medidor de energia. Ocorre que penso não existirem, nos autos, provas suficientes para se concluir assim.

Ademais, o *onus probandi* fora invertido, conforme se infere da decisão de f. 89. Assim, indiscutível que o ônus da prova quanto às matérias versadas nos autos impunha-se à recorrida.

O termo de ocorrência lavrado quando da visita de seus funcionários à residência do apelante (f. 45-46) não elucida a ocorrência da culpa do apelante pela fraude. Ademais, referido termo de ocorrência, muito embora tenha sido lavrada por técnico, este se trata de funcionário da recorrida, caracterizando a unilateralidade desse documento, de modo que esta prova deve ser vista com ressalvas.

Não obstante exista laudo técnico realizado pela Agência Estadual de Metrologia, que constatou a existência de irregularidades no medidor de energia elétrica do apelante, não há qualquer menção de que os defeitos na unidade medidora possam ter sido causados pelo consumidor/autor.

Então, não se aferiu que o aparelho medidor de energia elétrica fora fraudado ou continha irregularidade ocasionada pelo consumidor com o intuito de eximir-se de pagar pela energia efetivamente consumida.

A propósito, é de se ressaltar que a jurisprudência deste Tribunal tem-se pautado no sentido de não ser admissível a cobrança das diferenças de consumo de energia elétrica apuradas de forma unilateral pela concessionária quando não comprovada a culpa do consumidor pelas irregularidades encontradas no relógio medidor, senão vejamos:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – IRREGULARIDADE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA DO CONSUMIDOR – ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE CONSUMO PRESUMIDO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Declara-se a inexistência de débito, lançado em fatura de consumo de energia elétrica, quando não restar provada a culpa do consumidor para a ocorrência da irregularidade. (TJMS, AC n. 2008.025680-7, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 30.7.2009).
>
> EMENTA — APELAÇÃO CÍVEL – IRREGULARIDADE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA DO CONSUMIDOR – ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE CONSUMO PRESUMIDO, APURADO DE FORMA UNILATERAL PELA CONCESSIONÁRIA – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM DETRIMENTO DE PORTARIA OU RESOLUÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> É de ser declarada a inexistência de débito, lançado em fatura de consumo de energia elétrica, quando não restar provada a prática de fraude pelo consumidor; consequentemente, não se há falar em corte ou suspensão no fornecimento de energia elétrica em decorrência de seu não pagamento. (TJMS, AC n. 2009.027812-9, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 4.2.2010).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE DÉBITO – COBRANÇA DE ENERGIA ELÉTRICA – ALEGAÇÃO DE FRAUDE NO MEDIDOR – REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – IRREGULARIDADE CONSTATADA – INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO À FRAUDE DO CONSUMIDOR – COBRANÇA DE DIFERENÇAS DE CONSUMO – INVIABILIDADE – DÉBITO APURADO UNILATERALMENTE – ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM DETRIMENTO DE PORTARIA OU RESOLUÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

> Constatadas irregularidades no medidor de energia elétrica, não pode a empresa concessionária imputar ao apelado débitos que arbitrou de forma unilateral, mormente quando não comprovada a responsabilidade do consumidor. (TJMS, AC n. 2009.002314-6, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 13.4.2009).

Dessarte, não existindo nenhuma prova no sentido de que seja o autor o responsável pela fraude ou defeito técnico no medidor de energia elétrica, não é justificável a cobrança do valor pretendido pela concessionária.

Vale dizer, o termo de ocorrência (e perícia) demonstrando a existência de irregularidades na unidade medidora de energia, sem outras provas que comprovem que o defeito foi ocasionado por fraude do consumidor, e não por negligência da empresa prestadora do serviço na manutenção do aparelho, por exemplo, não obriga o consumidor ao pagamento de quantias supostamente consideradas consumidas e não pagas.

Por consequência, não há falar seja ele responsável pelo pagamento de outro valor que não o efetivamente registrado, impondo-se a declaração da inexistência do débito de f. 14, no importe de R$ 1.667,34.

Por fim, com relação aos ônus sucumbenciais, entendo que estão a merecer reforma.

Sendo os ônus sucumbenciais aqueles que a parte vencida deve pagar à parte vencedora e tendo sido vencida a apelada, deve arcar com as custas do processo e honorários advocatícios do patrono da parte *ex adversa* integralmente.

Nesse contexto, em outras palavras, tem-se que o autor/recorrente venceu na sua pretensão, razão pela qual os ônus sucumbenciais devem ser suportados pela recorrida em sua integralidade.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença atacada, declarar a inexistência do débito de f. 14, no importe de R$ 1.667,34.

Nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, condeno a recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R$ 800,00 (oitocentos reais), dada a natureza, complexidade, valor da causa e grau de zelo do profissional.

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. 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, 30 de novembro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.032704-1 - Três Lagoas
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AÇÃO ANULATÓRIA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – DESCONSTITUIÇÃO DE DOAÇÃO COM ENCARGO – POSSIBILIDADE – MORA DO DONATÁRIO NA OBRIGAÇÃO DE REALIZAR A INCUMBÊNCIA IMPOSTA PELO DOADOR – ART. 562, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos do art. 562, primeira parte, do novo Código Civil, correspondente ao art. 1.181, parágrafo único, da Lei Civil de 1916, a doação com encargo pode ser desconstituída, desde que o donatário encontre-se em mora na obrigação de realizar a incumbência imposta pelo doador no ato da liberalidade.

Em razão do princípio da boa-fé objetiva, nas relações jurídicas as partes têm o dever de agir com lealdade, confiança, honestidade, transparência, respeitando os compromissos assumidos.

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, 28 de setembro de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

MP Comércio de Tecidos Ltda. interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, que julgou procedentes os pedidos formulados ação anulatória c/c reintegração de posse ajuizada pelo Município de Três Lagoas, a fim de *"decretar a nulidade da escritura pública de doação lavrada no livro 151, f. 14, do Terceiro Ofício local, em 18.10.2002, com a respectiva e conseqüente matrícula no CRI, como consta às f. 18."*

Requer a apelante, a reforma da decisão, sustentando, em apertada síntese, que: 1) a doação, como qualquer negócio jurídico, não pode ser anulada sem que ocorra ao menos um dos requisitos expressos no art. 166 do Código Civil; 2) a doação feita pelo recorrido se constitui negócio jurídico perfeito e acabado, razão pela qual não há falar em revogação, tampouco em anulação, muito menos dedução que ela foi efetivada mediante encargo implícito; 3) a modalidade eleita pelo doador, ora apelado, foi a doação pura e simples, não havendo prazo ou qualquer condição para que sua unidade fabril fosse instalada no imóvel; 4) no momento em que a doação foi implementada sob a modalidade pura e simples, não se pode mais falar em prazo para a conclusão das obras; 5) ainda que se admitisse a hipótese da existência do encargo, não há deduzir questões

relativas ao prazo e à mora; 6) mesmo não tendo um prazo expresso para terminar as obras em seu terreno, tem buscado incessantemente concluir as já iniciadas, não para cumprir um encargo virtual, mas para instalar no município de Três Lagoas uma moderna unidade fabril destinada à produção de confecções; 7) comprovou que vem funcionando em galpão alugado provisoriamente, mantendo o recorrido informado de todas as suas programações não tendo, em momento algum, agido com má-fé tampouco descaso.

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por MP Comércio de Tecidos Ltda. contra sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, que julgou procedentes os pedidos formulados ação anulatória c/c reintegração de posse ajuizada pelo Município de Três Lagoas.

Requer a apelante, a reforma da decisão, sustentando, em apertada síntese, que: 1) a doação, como qualquer negócio jurídico, não pode ser anulada sem que ocorra ao menos um dos requisitos expressos no art. 166 do Código Civil; 2) a doação feita pelo recorrido se constitui negócio jurídico perfeito e acabado, razão pela qual não há falar em revogação tampouco em anulação, muito menos dedução que ela foi efetivada mediante encargo implícito; 3) a modalidade eleita pelo doador, ora apelado, foi a doação pura e simples, não havendo prazo ou qualquer condição para que sua unidade fabril fosse instalada no imóvel; 4) no momento em que a doação foi implementada sob a modalidade pura e simples, não se pode mais falar em prazo para a conclusão das obras; 5) ainda que se admitisse a hipótese da existência do encargo, não há deduzir questões relativas ao prazo e à mora; 6) mesmo não tendo um prazo expresso para terminar as obras em seu terreno, tem buscado incessantemente concluir as já iniciadas, não para cumprir um encargo virtual, mas para instalar no município de Três Lagoas uma moderna unidade fabril destinada à produção de confecções; 7) comprovou que vem funcionando em galpão alugado provisoriamente, mantendo o recorrido informado de todas as suas programações, não tendo em momento algum agido com má-fé tampouco descaso.

Denota-se da petição inicial que por intermédio da Lei Municipal n. 1.656, de 10 de outubro de 2000, o Poder Executivo foi autorizado a ceder em comodato, para posterior doação, uma área de quarenta mil metros quadrados, à empresa MP Comércio de Tecidos Ltda., ora apelante, área esta destinada à edificação de um estabelecimento industrial e comercial de tecidos e confecções, ficando a comodatária obrigada a iniciar as edificações no prazo máximo de seis meses, a contar da publicação da referida norma, e estarem conclusas dentro de dois anos.

Em razão de não ter cumprido com as obrigações que lhe foram impostas pela Lei Municipal acima mencionada, no dia 22 de abril de 2002, a empresa recorrente requereu, na Prefeitura e na Câmara Municipal, a prorrogação dos prazos previstos para o início e fim de suas obras, por mais quinhentos e cinquenta dias, ou seja, aproximadamente um ano e meio.

Confiando na boa intenção da MP Comércio de Tecidos Ltda., na data de 18 de outubro de 2002, foi lavrada uma escritura pública de doação da citada área, figurando a empresa como outorgante donatária e o Município de Três Lagoas como outorgante doador.

Denota-se, ainda, que, mesmo com a prorrogação do prazo concedido à empresa apelante, ela não iniciou suas obras, motivo pelo qual, em 25 de maio de 2006, o Município de Três Lagoas, por intermédio da Secretaria de Indústria, Comércio, Ciência e Tecnologia, Turismo e Meio Ambiente, a notificou para que, no prazo de trinta dias, a contar de seu recebimento, iniciasse a construção de suas instalações, sob pena de reversão da área ao Município, de modo que a demandada permaneceu inerte.

Em decorrência desses fatos, o Município de Três Lagoas ajuizou a presente ação, objetivando a anulação da escritura pública de doação da área, com a consequente reversão, bem como a reintegração na posse do mencionado imóvel.

A ré, agora apelante, ao apresentar a sua peça de contestação, alegou que na ocasião da lavratura da escritura de doação já havia transcorrido integralmente o prazo de dois anos assinalado na Lei Municipal n. 1.656/2000, para o implemento das condições necessárias à formalização da doação, sendo que, tendo esta sido efetivada, não caberia mais ao doador discutir ou não o implemento delas, visto que a norma as fixou para serem cumpridas antes da doação, e não depois.

Afirmou, outrossim, que, uma vez efetivada a doação mediante escritura pública da qual não constou qualquer encargo ou condição, não há possibilidade de reversão da área ao Município de Três Lagoas.

O magistrado de primeira instância, ao proferir a sentença de f. 195-8, acolheu as pretensões deduzidas na exordial, nos seguintes termos:

> [...] JULGO PROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO, com a finalidade de decretar a nulidade da escritura pública de doação lavrada no livro 151, f. 14, do Terceiro Ofício local, em 18.10.2002, com a respectiva e conseqüente matrícula no CRI, como consta às f. 18. Da mesma forma, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DO IMÓVEL AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO, oportunamente, por mandado para este fim, caso não haja a reversão voluntária.

Tecidas essas considerações, a meu juízo, a decisão recorrida não merece reparos pelos motivos que passo a expor.

De uma simples leitura da escritura pública de doação, colacionada às f. 16-7, observa-se que se encontra expressamente consignado no citado documento que a área foi transferida do patrimônio do Município de Três Lagoas para a recorrente por autorização da Lei Municipal n. 1.656/2000, a qual, diga-se de passagem, foi sancionada e promulgada com a finalidade de autorizar a cessão do imóvel para posterior doação, para que fosse edificado um estabelecimento industrial e comercial de tecidos e confecções, com início das obras no prazo máximo de seis meses e conclusão do empreendimento dentro de dois anos, consoante disposto nos arts. 1º, 2º e 3º da aludida Lei (f. 6).

Desse modo, diante da clareza da declaração contida no negócio jurídico celebrado entre as partes, no sentido de que a doação foi decorrente da autorização da Lei Municipal n. 1.656/2000, aliada ao fato de que esta norma impôs à recorrente uma obrigação, a meu sentir, o único significado que se extrai de tal ato negocial é que a doação foi modal, vale dizer, com encargo, na qual a liberalidade vem acompanhada de uma incumbência atribuída ao donatário.

Ora, aceitar a tese da apelante de que a doação foi pura e simples, não se mostra razoável, uma vez que o princípio da boa-fé objetiva restaria manifestamente violado, princípio este positivado no art. 422 do Código Civil, o qual, segundo o escólio da Professora Maria Helena Diniz, se traduz em um *"padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente. [...] 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, incompatível com conduta abusiva, tendo por objetivo gerar, na relação obrigacional, a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição de riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa."* (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. p. 365-6).

Dissertando sobre o mesmo tema – princípio da boa-fé objetiva –, o Professor Pablo Stolze Gagliano, *in* **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. V, p. 75-6, aduz que:

> Assim, em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes devem guardar entre si a lealdade e o respeito que se esperam do homem comum.
>
> Com isso, queremos dizer que, livrando-nos das amarras excessivamente tecnicistas da teoria clássica, cabe-nos fazer uma releitura da estrutura obrigacional, revista à luz dessa construção ética, para chegarmos à inafastável conclusão de que o contrato não se esgota apenas na obrigação principal de dar, fazer ou não fazer.
>
> Ladeando, pois, esse dever jurídico principal, a boa-fé objetiva impõe também a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção, não menos relevantes, a exemplo dos deveres de lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, confiança, informação etc.
>
> Tais deveres – é importante registrar – são impostos tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, pois referem-se, em verdade, à exata satisfação dos interesses envolvidos na obrigação assumida, por força da boa-fé contratual.

Assim, levando em conta que a doação da área foi onerosa, com encargo, deve ser aplicado o art. 562, primeira parte, do novel Código Civil, correspondente ao art. 1.181, parágrafo único, do Diploma de 1916, a seguir reproduzido:

> Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida.

Como se vê, a doação com encargo pode ser desconstituída, desde que o donatário encontre-se em mora na obrigação de realizar a incumbência imposta pelo doador no ato da liberalidade.

No caso dos autos, é evidente que a recorrente incorreu em mora, porquanto o art. 3º da Lei Municipal n. 1.656, de 10 de outubro de 2000, é expresso ao estabelecer o vencimento do prazo para a satisfação do encargo, vale dizer, que as edificações deveriam iniciar-se no prazo de seis meses e estarem conclusas no prazo de dois anos.

Além disso, a notificação administrativa sob o n. 001/2006, anexada à f. 21, demonstra que a apelante foi notificada pelo Município de Três Lagoas para que iniciasse a construção de suas instalações no prazo de trinta dias, de modo que permaneceu inerte.

Portanto, conclui-se que à afirmação da apelante de que, ainda que se admitisse a hipótese da existência do encargo, não há deduzir questões relativas ao prazo e à mora, é totalmente inverídica.

Por derradeiro, esclareço que o pedido de restituição por supostas benfeitorias realizadas no imóvel objeto destes autos, deduzido pela recorrente em suas razões recursais, não pode ser apreciado por esta Corte, devendo ser pleiteado em ação própria, uma vez que tal matéria não foi alegada nem examinada pelo juízo de primeiro grau.

Em face de todo o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença inalterada.

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. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 28 de setembro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.020412-8 - Paranaíba
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – RELAÇÃO CONSUMERISTA – VERIFICADA – APLICAÇÃO DO CDC – REINSERÇÃO DE CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE NO QUADRO DE DEPENDENTES DO TITULAR DO PLANO – DEPENDÊNCIA FINANCEIRA EXISTENTE APÓS SEPARAÇÃO JUDICIAL – CLÁUSULA DO ESTATUTO QUE PREVÊ A PERDA DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE – ABUSIVIDADE VERIFICADA – RECURSO IMPROVIDO.

Incide o Código de Defesa do Consumidor nas relações travadas entre usuários e planos de saúde.

Considera-se abusiva a cláusula estatutária de entidade de plano de saúde que prevê a perda da condição de dependente do cônjuge separado judicialmente.

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, 19 de outubro de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

A Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI -apela da sentença proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba nos autos da Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação dos efeitos da Tutela n. 018.09.101934-3, movida por João Alves Dias e Lenir de Carvalho, que julgou procedente o pedido inicial, a fim de determinar à requerida que proceda à reinserção da autora Lenir no quadro de dependentes do autor João, proporcionando-lhe a cobertura prevista no plano de saúde, convalidando a liminar que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional (f. 198).

Em suas razões recursais (f. 206-30), afirma a recorrente, em síntese, que "*é entidade fechada e sem finalidade lucrativa regida por Estatuto e Regulamento aprovado por seu corpo social, o qual não prevê a possibilidade de permanência de ex-cônjuge no Plano Associados*" (f. 221), acrescentando, ainda, que não se enquadra como fornecedora de serviço, inexiste, portanto, a relação de consumo anunciada pelos autores, ora recorridos, razão pela qual não se aplicam os dispositivos do CDC à relação entre as partes.

Aduz que é lícita à CASSI a previsão estatutária de critérios de inclusão e manutenção de dependentes, não havendo falar em nulidade ou abuso de sua parte, e sustenta que os apelados pretendem "*alterar cláusulas existentes em contrato firmado dentro das normas legais aplicáveis*" (f. 227).

Alega que a dependência econômica existente entre a apelada e o apelado, após a dissolução de sociedade conjugal, não pode vincular toda a coletividade que organizou e mantém a CASSI, devendo o apelado, exclusivamente, arcar com os seus ônus.

Prequestiona a correta aplicação do art. 5º, II e XXXVI, da CF, bem como de "*todos os artigos e temas apresentados nas razões recursais*", aduzindo, ainda, que "*não há como impor ou transferir competência legislativa ao Poder Judiciário, porquanto, se estaria contrariando o disposto nos artigos 2º, 5º, XVIII, XX, todos da Constituição Federal*" (f. 229).

Ao final, requer seja dado provimento ao recurso, julgando-se improcedente o pedido inicial, "*pois não se vislumbra a existência do descumprimento contratual imputado à apelante*", requer, também, a inversão dos ônus da sucumbência (f. 229).

Em sede de contrarrazões (f. 240-248), pugnam os apelados pelo improvimento do recurso, mantendo-se *in totum* a r. sentença objurgada.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pela Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil – CASSI - em face da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba nos autos da Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação dos efeitos da Tutela n. 018.09.101934-3, movida por João Alves Dias e Lenir de Carvalho, que julgou procedente o pedido inicial, a fim de determinar à requerida que proceda à reinserção da autora Lenir no quadro de dependentes do autor João, proporcionando-lhe a cobertura prevista no plano de saúde, convalidando a liminar que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional (f. 198). O magistrado condenou, ainda, a ré-apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Ao que se extrai dos autos, os requerentes, ora apelados, eram casados, e o recorrido João Alves Dias, por ser funcionário do Banco do Brasil S/A, possuía o plano de saúde da recorrente (CASSI), tendo como dependente a recorrida Lenir.

Constata-se, também, que eles se separaram judicialmente, tendo, na ocasião, sido homologado pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba (f. 25-6) um acordo entre os cônjuges (apelados), onde João se comprometeu a pagar pensão alimentícia vitalícia à apelada Lenir e a mantê-la como dependente no plano de saúde da CASSI (f. 23-4).

Verifica-se, ainda, que a apelada Lenir é pessoa idosa, contando com 68 (sessenta e oito) anos de idade, tendo, inclusive, sofrido AVC (acidente vascular cerebral), necessitando de tratamento médico contínuo. Ocorre que, em razão da separação, ela foi excluída do rol de dependentes do associado João Alves Dias pela entidade apelante, tendo sido impedida de realizar qualquer exame pelo convênio.

Assim, os autores ingressaram em juízo com a presente Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela, requerendo a reinserção da apelada no quadro de dependentes do apelado, bem como a declaração do afastamento ou nulidade, no caso concreto, da cláusula do regulamento que implica a exclusão automática em caso de separação judicial, "*considerada excessivamente onerosa e limitadora do direito dos apelados*", "*mormente por se considerar a continuidade na relação de dependência econômica da ex-esposa*" (f. 16).

Em sentença de f. 195-9, o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial, determinando à CASSI que procedesse à reinserção da litisconsorte Lenir no quadro de dependentes do autor João, proporcionando-lhe a cobertura prevista no plano de saúde.

Dessa decisão, insurge-se a recorrente, afirmando em suas razões de f. 206-30, que "*é entidade fechada e sem finalidade lucrativa regida por Estatuto e Regulamento aprovado por seu corpo social, o qual não prevê a possibilidade de permanência de ex-cônjuge no Plano Associados*" (f. 221), acrescentando, ainda que não se enquadra como fornecedora de serviços, inexiste, portanto, a relação de consumo anunciada pelos autores-recorridos, razão pela qual não se aplicam os dispositivos do CDC à relação entre as partes.

Razão não lhe assiste.

É cediço que as pessoas que contratam com os seguros e planos de saúde são consideradas para todos os efeitos consumidoras, razão pela qual a legislação consumerista incide nessas relações, de modo a proteger a parte hipossuficiente. Inclusive, a Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre a matéria - planos e seguros de assistência à saúde -, traz, em vários de seus artigos, menção expressa acerca da caracterização da pessoa-contratante na qualidade de consumidora, o que demonstra a clara existência de relação de consumo, jungida às normas do Código de Defesa do Consumidor (*in exemplis*: arts. 14, 16, § 1º, 17, § 2º, 30 e 35-I).

Em relação ao assunto, colha-se a seguinte lição doutrinária, de autoria de Nelson Santiago Reis, coordenador da Defesa do Consumidor do Ministério Público de Pernambuco, em seu artigo "*O consumidor e os seguros ou planos de saúde. Anotações acerca dos contratos; cláusulas e práticas abusivas*", ao tratar da natureza da relação jurídica entre usuários e empresas de seguros e planos de saúde:

> Tanto nos 'seguros' quanto nos 'planos', trata-se de uma prestação de serviços, securitários ou assemelhados, que configura a RELAÇÃO DE CONSUMO formada de um lado por um fornecedor de serviços que é a empresa seguradora ou administradora, nos exatos termos do Art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8078/90, e, de outro lado, por um consumidor destinatário final de tais serviços, de acordo com o Art. 2º. Assim, essa relação é regida, prevalentemente, pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, que são de ordem pública e interesse social (Art. 1º), e inderrogáveis pela vontade das partes (Texto inserido no *Jus Navigandi* n. 22).

Dessa forma, tratando-se de relação de consumo, como bem considerou o magistrado de primeiro grau, tem-se que o dispositivo estatutário invocado pela CASSI para embasar a exclusão da autora Lenir de seu plano de saúde é ilegal e abusivo, "*na medida em que é consabido que, em determinados casos, a dissolução da sociedade conjugal não implica necessariamente na extinção do vínculo de dependência econômica*".

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento de que é lícita a permanência do cônjuge separado judicialmente, em plano de saúde, quando houver relação de dependência financeira entre eles, senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. ACORDO HOMOLOGADO. PREVISÃO DE PERMANÊNCIA DE EX-CÔNJUGE NO PLANO DE SAÚDE. LEGALIDADE. RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há falar em incompetência absoluta do juízo estadual, porquanto examinou matéria de sua competência; qual seja, direito de família. Inaplicabilidade do art. 109, I, da CF. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que não há qualquer ilegalidade no acordo de separação consensual homologado judicialmente que prevê a manutenção de ex-cônjuge no plano de saúde do outro, uma vez que será deste o ônus decorrente do cumprimento do encargo, e não do órgão de assistência à saúde suplementar. **3. Este Sodalício já assentou ser uma obrigação alimentar a inclusão de alimentando em plano de saúde. 4. O cônjuge separado judicialmente ainda mantém o vínculo de matrimônio e, comumente, existe a relação de dependência, representada pelo percebimento de pensão alimentar, sendo lícito, portanto, ao ex-cônjuge figurar como dependente direto no plano de assistência à saúde.** [...]. (STJ, AgRg no MS n. 17.240, Proc. 2003/0189117-7, ES, Terceira Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, julgado em 1.6.2010, DJ de 22.6.2010).

Ainda, a respeito do tema, extrai-se o seguinte excerto do voto proferido pela ilustre Des.ª Tânia Garcia de Freitas Borges, no julgamento do Mandado de Segurança n. 2008.011037-4, ocorrido na sessão de 14.6.2010, e trazido aos autos às f. 255-60:

> […] Acompanhando a jurisprudência dos tribunais pátrios, vê-se que a questão de manutenção de ex-cônjuge como dependente em plano de saúde depende do binômio necessidade-impossibilidade financeira.
>
> O estatuto da impetrante [CASSEMS] realmente não prevê que ex-cônjuge seja dependente do titular, pelo contrário, estabelece que após a separação ou divórcio haja a perda dessa condição, em razão da presunção de rompimento de vínculo, mas no presente caso, a ex-cônjuge continuará a ser, vitaliciamente, dependente financeira do titular.
>
> […]
>
> Constata-se que as hipóteses que autorizam a condição de dependente dos associados titulares estão pautadas na relação de dependência financeira entre eles. Apesar de não constar ex-cônjuge, o que até faz sentido nos dias atuais, onde o mais comum é o rompimento do vínculo financeiro, o caso em análise se diferencia dos demais.
>
> Com efeito, é impossível de se prever todas as situações do caso concreto, tanto que o próprio regulamento deixa expresso que, a qualquer tempo, poderá ser definido o ingresso de novos tipos de dependentes.
>
> Enquanto isso, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que quando a lei for omissa, o juiz deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. É o que foi feito pelo impetrado, que constatou a dependência financeira da ex-cônjuge, e de forma vitalícia, tanto que quando o filho do casal atingir a maioridade, sua pensão será repassada à mãe, entendendo, com isso, a pertinência de mantê-la como dependente no plano de saúde de seu ex-marido.
>
> Ademais, no acordo judicial, as partes manifestaram expressa concordância com a manutenção da ex-esposa como dependente do cooperado no plano de saúde, tendo a Juíza homologado o acordo de vontade entre as partes […] (f. 257-8).

No caso *sub examine*, verifica-se que a apelada Lenir depende financeiramente de seu ex-esposo João, tanto que este se comprometeu a pagar pensão alimentícia de forma vitalícia à recorrida, em acordo homologado em juízo às f. 25-6. Por outro lado, também é evidente a necessidade de a recorrida ser assistida pelo plano de saúde, visto que, como mencionado, sofreu AVC (acidente vascular cerebral), necessitando de tratamento médico contínuo.

Em sendo assim, muito embora o estatuto da entidade recorrente preveja a perda da qualidade de dependente do cônjuge, em decorrência da separação judicial, constata-se que esta continuará a ser, vitaliciamente, dependente financeira de João, razão pela qual a reinserção da litisconsorte no quadro de dependentes é medida que se impõe à apelante, que deverá proporcionar à apelada a cobertura prevista no plano de saúde.

Ressalte-se, outrossim, que, ao contrário do que afirma a recorrente, não se busca aqui "*alterar cláusulas existentes em contrato firmado dentro das normas legais aplicáveis*", mas sim o equilíbrio que deve ser mantido entre as partes de uma relação jurídica e, em especial, a proteção ao consumidor, hipossuficiente. Ademais, a dependência econômica existente entre a apelada e o apelado, mesmo após a separação judicial, pode sim vincular a CASSI, não devendo o apelado, exclusivamente, arcar com os seus ônus, como alega a recorrente, sendo este o entendimento deste Sodalício e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes alhures citados.

Ad argumentandum tantum, como bem ressaltou o douto magistrado *a quo*, verifica-se que, no presente caso, "*o vínculo conjugal remanesce, pois é certo que a separação judicial põe fim a alguns deveres do casamento, porém não extingue o vínculo matrimonial.*

Por força do exposto, é forçoso concluir pela abusividade da disposição contratual que impõe a exclusão de quem não deixou de ser casada com o autor nem sequer deixou de ser sua dependente" (f. 198).

Por derradeiro, quanto ao requerimento de que sejam analisados, expressamente, todos os dispositivos legais citados nos autos, para fins de prequestionamento, tenho que não merece prosperar.

Isso porque não se pode exigir que o órgão julgador aprecie todos os pontos levantados pela parte para a defesa de sua tese, bastando que indique os motivos que embasaram sua convicção.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> O prequestionamento para fim de recurso, principalmente o pedido de apontamento expresso dos dispositivos legais, nada há que ser provido, uma vez que a jurisprudência do STJ já se firmou no sentido de que considera-se explícito o prequestionamento, quando o Tribunal *a quo*, mesmo sem fazer referência expressa a dispositivos legais, nem declinar os números que os identificam no Ordenamento Jurídico, enfrenta as regras neles contidas. (REsp n. 165.212/MS, Corte Especial-unânime, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 17.10.2001).

Assim, conclui-se que o juízo de primeiro grau bem analisou as provas carreadas aos autos, interpretando e aplicando as normas vigentes à espécie, não estando a sentença recorrida a merecer reparo algum, devendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Posto isso, conheço do recurso e lhe nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 19 de outubro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.026632-4 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE DISPÕE ACERCA DE SERVIÇOS NÃO COBERTOS PELO PLANO – NÃO VERIFICADA – CLÁUSULAS CONTRATUAIS CONTRADITÓRIAS E AMBÍGUAS – INTERPRETAÇÃO DE MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – ART. 47 DO CDC – RESTITUIÇÃO DE VALORES – DEVIDA – RECUSA INDEVIDA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES EM ARCAR COM OS CUSTOS DE PROCEDIMENTOS NECESSITADOS PELO CONTRATANTE – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não é abusiva a cláusula contratual que não coloca o consumidor em desvantagem exagerada, não é incompatível com a equidade e não restringe direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato.

Nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, havendo cláusulas contraditórias e ambíguas, elas devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor – inteligência do art. 47 do CDC.

É devida a restituição de valores despendidos pelo contratante por procedimentos não excluídos de forma expressa no contrato de plano de saúde.

A recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos de procedimentos necessitados pelo beneficiário caracteriza dano moral, já que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições.

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, 28 de setembro de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Geison Rezende Salgado interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pela Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c/c reparação de danos c/c obrigação de fazer ajuizada em desfavor de Unimed Campo Grande - Cooperativa de Trabalho Médico.

Requer o apelante, a reforma da sentença, argumentando, em apertada síntese, que: 1) as cláusulas 5ª e 11ª do contrato celebrado com a parte adversa são contraditórias, pois, enquanto a cláusula 5ª prevê a possibilidade de autorização de exames radiológicos, a cláusula 11ª da avença aponta como não cobertos exames de ultrassonografia, mamografia e ressonância magnética, os quais são espécies de exames radiológicos; 2) a cláusula 11ª é abusiva, porquanto não está redigida com destaque; 3) deve ser ressarcido pelos danos materiais oriundos dos pagamentos dos exames realizados; 4) a recorrida deve ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais em razão da injusta recusa da cobertura dos serviços médicos. Ao final, prequestiona os dispositivos que cita.

Em contrarrazões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Geison Rezende Salgado contra sentença prolatada pela Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c/c reparação de danos c/c obrigação de fazer ajuizada em desfavor de Unimed Campo Grande - Cooperativa de Trabalho Médico.

Requer o apelante a reforma da sentença, argumentando, em apertada síntese, que: 1) as cláusulas 5ª e 11ª do contrato pactuado com a parte adversa são contraditórias, pois, enquanto a cláusula 5ª prevê a possibilidade de autorização de exames radiológicos, a cláusula 11ª da avença aponta como não cobertos exames de ultrassonografia, mamografia e ressonância magnética, que são espécies de exames radiológicos; 2) a cláusula 11ª é abusiva, porquanto não está redigida com destaque; 3) deve ser ressarcido pelos danos materiais oriundos dos pagamentos dos exames realizados; 4) a recorrida deve ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais em razão da injusta recusa da cobertura dos serviços médicos. Ao final, prequestiona os dispositivos que cita.

Dispõe a cláusula 5ª, item 5.2, do contrato de assistência médica hospitalar (f. 18):

> CLÁUSULA 5ª – A CONTRATADA, mediante cumprimento das disposições regidas por este Contrato, se obrigará a prestar os seguintes serviços e benefícios:
>
> [...]
>
> 5.2 – Realização, mediante pedido de médico cooperado da UNIMED, dos exames e testes seguintes:
>
> – Eletrocardiograma – Eletroencefalograma – Exames de Laboratório de Análises Clínicas – **Exames Radiológicos** – Exames Citológicos e Colposcópicos – Exames Anátomo-Patológico – Exames e Testes Oftalmológicos – Provas de Função Pulmonar. (destacamos)

Por sua vez, a cláusula 11ª, item 11.3, do aludido contrato, estabelece que:

> CLÁUSULA 11ª – A UNIMED fica desobrigada da prestação dos serviços a seguir discriminados, não cobertos pelo Plano:
>
> [...]
>
> 11.3 – Exames não cobertos pelo plano:

> ● Exames periódicos ou pré-admissional para fins trabalhistas ● Cinecoronáriografia ● Cintilografia ● Cistoscopia ● Eletromiografia ● Exames hormonais ● Quimioterapia ● Seriografia ● Diálise Peritonial ● Radioterapia ● Endoscopia ● Hemodiálise ● Ecocardiograma ● Ergometria ● Laparoendoscopia ● Mamografias ● Tomografia em geral ● Pneumoartrografia ● Ultrassonografia ● Psicanálise ● Psicoterapias ● Sonoterapia e testes alérgicos.

Inicialmente, cumpre registrar que, diversamente do alegado pelo recorrente, a cláusula 11ª, que trata dos serviços não cobertos pelo plano de saúde está redigida com destaque, uma vez que em todo o instrumento contratual ela é a única que apresenta um símbolo geométrico circular em negrito (●) ao lado de todos os serviços e exames que não possuem cobertura, consoante se observa do item 11.3 acima reproduzido, destacando-se claramente de todo o contexto.

Além disso, a meu juízo, não prospera o pleito do apelante de declaração de nulidade da cláusula 11ª, sob o argumento de que é abusiva, porquanto no momento da formalização do contrato, ele foi informado acerca dos serviços e exames não cobertos pelo plano de saúde, ou seja, teve prévio conhecimento das cláusulas estipuladas pelo fornecedor, as quais, diga-se de passagem, são de fácil compreensão para qualquer pessoa.

A propósito, como muito bem consignado pela magistrada de primeiro grau na fundamentação de sua sentença (f. 318-9):

Ora, compulsando ao contrato não constato qualquer abusividade em seus termos. Os procedimentos cobertos e não cobertos estão prévia e expressamente previstos, em caracteres legíveis e de boa compreensão, mesmo a um leigo ou pessoa simples que seja, em cláusulas próprias. Não há qualquer tentativa de escamotear cláusulas proibitivas ou restritivas ou linguagem técnica obscura adrede inserida. Assim, toda e qualquer informação sobre os termos do contrato pode-se inferir de simples leitura de suas cláusulas, as quais não ofendem a legislação de regência.

Não pode o autor alegar que desconhecia as cláusulas proibitivas de seu contrato, pois sempre teve acesso ao instrumento contratual, tanto que foi o próprio autor quem primeiro juntou o contrato aos autos, já na inicial, e não se pode presumir que tenha deixado de lê-lo ou consultá-lo, mesmo que eventualmente.

Em suma, a meu sentir, é infundada a afirmação do recorrente no sentido de que a cláusula 11ª é abusiva, uma vez que não o coloca em desvantagem exagerada, não é incompatível com a equidade e não restringe direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato.

Por outro lado, da leitura dos itens 5.2 e 11.3 das cláusulas contratuais transcritas alhures, verifica-se que eles têm uma contradição manifesta e uma ambiguidade, trazendo insegurança e dúvida ao serem interpretados, já que, enquanto no primeiro (item 5.2 da cláusula 5ª) a recorrida se obriga a prestar exames radiológicos, no segundo (item 11.3 da cláusula 11ª) ela exclui da cobertura exames de mamografia, ultrassonografia e tomografia em geral, os quais fazem parte da denominada "radiologia digital", que é um aprimoramento da radiologia "tradicional".

Sobre o tema – diferença entre a radiologia digital e a tradicional –, extrai-se do endereço eletrônico *http://www.plani.com.br/radiologia-digital.html*, especializado em diagnósticos médicos por imagem, a seguinte orientação:

> No equipamento tradicional o estudo é obtido da sensibilização de um filme comum por meio de raios-X. Na radiologia digital, o filme convencional é substituído por uma película especial, sensível aos raios-X, que é lida por equipamento moderno de computação, o que proporciona uma imagem de alta resolução.

Diante disso, considerando que o contrato pactuado entre os litigantes se submete ao Código de Defesa do Consumidor, as aludidas cláusulas devem ser interpretadas de modo mais favorável ao apelante, em face da sua condição de consumidor, nos termos do art. 47 da citada norma, prevalecendo o item 5.2 da cláusula 5ª, com a consequente obrigação da recorrida em prestar em favor do contratante e de seus dependentes qualquer modalidade de exame radiológico, em especial, os excluídos pelo item 11.3 da cláusula 11ª, a saber: mamografia, ultrassonografia e tomografia em geral.

Quanto ao pedido de restituição de valores deduzido pelo recorrente, denota-se do documento colacionado à f. 363, que ele arcou com um exame de ressonância, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), haja vista ter sido indeferido pela apelada, de forma ilegítima e arbitrária, sob o fundamento de que tal procedimento não é previsto na cláusula 5ª do contrato (f. 359).

Ora, a cláusula 11ª da avença que dispõe a respeito dos serviços não cobertos pelo plano de saúde em nenhum momento faz menção acerca de tal procedimento, logo, caberia à apelada tê-lo custeado.

De outro vértice, pretende o recorrente a condenação da ré, ora apelada, ao pagamento de indenização por danos morais, sob a alegação de que a recusa injusta da cobertura lhe causou abalo psicológico, pois ao requerer os exames já se encontrava com dores e com a saúde debilitada.

Cumpre frisar que, em regra, o descumprimento contratual não configura dano moral, já que não há violação aos direitos da personalidade.

Entretanto, neste caso particular, por se tratar de direitos indisponíveis, a saber, direito à vida e à saúde de um ser humano, a recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos dos procedimentos necessitados pelo beneficiário caracteriza dano moral, com o consequente dever de indenizar, pois é evidente que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições. Aliás, esse é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> Direito Civil. Recurso especial. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa indevida. Dano moral. Cabimento.
>
> **- É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada.**
>
> Precedentes do STJ.
>
> Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 1054856/RJ, Terceira Turma, Relª Minª Nancy Andrighi, julgado em 5.11.2009). (destacamos)

Assim sendo, levando em consideração que o dano moral restou configurado, faz-se mister estabelecer o seu *quantum*.

Como é cediço, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o arbitramento a título de indenização por danos morais, sendo uma questão subjetiva que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante em cometer futuros atentados.

Carlos Alberto Bittar destaca a importância do caráter punitivo da indenização por danos morais, dizendo:

> [...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto

> dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. (BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1993. p. 233).

Sobre a matéria, esta Corte já decidiu que:

> DANO MORAL – CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ SEGUNDO O CASO CONCRETO.
>
> A fixação do valor da indenização por dano moral fica adstrita ao prudente arbítrio do juiz, que, segundo o caso concreto, fixará o valor correspondente, de modo a prestigiar, concomitantemente, o aspecto compensatório, que essa verba deve produzir em relação ao lesado, o qual deve ser aliado ao caráter sancionatório do lesante e ao inibitório dos demais integrantes da sociedade, sem, contudo, provocar o enriquecimento sem causa da vítima. (AC n. 2003.008512-2, Rel Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, DJ de 30.9.2003).
>
> Rui Stoco, em sua obra "Tratado de Responsabilidade Civil", traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:
>
> a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
>
> b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
>
> c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
>
> d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
>
> e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;
>
> f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
>
> g) não indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
>
> h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente. (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 1030)

Ante a tudo que foi demonstrado, observando os precedentes judiciais e examinando as peculiaridades do caso em tela, com a atenção voltada à capacidade econômica das partes e ao caráter pedagógico da medida, entendo que a indenização por danos morais deve ser arbitrada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia esta que é suficiente para compensar o sofrimento suportado pelo autor.

Em face de todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença e, via de consequência: 1) determinar à ré, agora apelada, prestar em favor do recorrente e seus dependentes qualquer modalidade de exame radiológico, em especial, os excluídos pelo item 11.3 da cláusula 11ª do contrato de assistência médica hospitalar, a saber: mamografia, ultrassonografia e tomografia em geral, pelos motivos acima esposados; 2) condenar a recorrida a restituir ao apelante a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais), acrescida de correção monetária pelo índice IGPM-FGV, desde a data do desembolso, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação; 3) condenar a apelada ao pagamento da importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, acrescida de correção monetária, pelo índice IGPM-FGV, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, ambos com termo inicial a partir da fixação.

Outrossim, em face do resultado, levando em conta que o apelante decaiu de parte mínima do pedido, com fulcro no art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, condeno a ré ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, atendendo-se as alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20 do citado diploma legal.

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. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 28 de setembro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.030134-3 - Bandeirantes
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C DESPEJO – PEDIDO LEVANTAMENTO VALOR DEPOSITADO – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – ARRENDAMENTO RURAL – PREÇO – QUANTIDADE FIXA DE PRODUTOS – CLÁUSULA NULA – MULTA CONTRATUAL – INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR – DEVIDA – BENFEITORIAS – RESSARCIMENTO – INDEVIDO – INERENTES À ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELO ARRENDATÁRIO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Encontra-se fulminada pela preclusão consumativa a pretensão do recorrente que não interpôs o recurso devido no momento oportuno contra a decisão interlocutória que decide a matéria somente impugnada em sede de apelação.

De acordo com o art. 18 do Decreto n. 59.566/1966, é proibida a fixação do preço do arrendamento rural em quantidade fixa de produtos, e, de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a cláusula que viola esta norma deve ser declarada nula, devendo ser substituída por preço a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Comprovada e assumida a inadimplência dos devedores, é devida a imposição da multa contratual.

O pedido de ressarcimento de benfeitorias realizadas não deve ser acolhido quando, além de não comprovar os gastos realizados, aqueles que foram alegados são inerentes à atividade desenvolvida pelo arrendatário, como o preparo do solo para o plantio.

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, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de outubro de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Agenor Jesus Meira e Elton Luiz dos Santos Meira interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Bandeirantes que julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação de rescisão contratual de arrendamento agrícola c/c despejo e cobrança de rendas que lhe move Agropecuária União Santana Ltda.**,** para declarar rescindido o contrato de arrendamento rural e aditivos entre as partes; confirmar a decisão antecipatória de despejo dos réus, condenar os réus ao

pagamento da quantia de R$ 60.294,84, corrigida monetariamente pelo IGPM/FGV a partir do vencimento da obrigação e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; condenar os réus ao pagamento da multa prevista no contrato no percentual de 10% sobre o valor total do arrendamento; ratificar a decisão que manteve o depósito judicial a fim de assegurar à autora o recebimento do crédito em futura execução; condenar os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Pugnam pela reforma da sentença, requerendo a anulação das cláusulas contratuais que ofendem o Estatuto da Terra, inclusive a cláusula terceira do contrato inicial e aditivos que estipulou a renda do arrendamento em quantidade de produto, devendo ser arbitrado novo valor de arrendamento entre as partes.

Alegam ser indevida a multa contratual em que foram condenados, argumentando que a inadimplência se deu por culpa da apelada e pela onerosidade do contrato, devendo ser imputada a esta.

Aduzem que necessário o ressarcimento das benfeitorias realizadas pelos apelantes nas terras arrendadas, com grandes dispêndios que culminaram no valor de R$ 371.960,00, que devem ser compensados ou indenizados.

Sustentam que deve haver a liberação do valor depositado em juízo em favor dos apelantes, pois a negativa do magistrado se mostra verdadeiro pré-julgamento ao afirmar que não possuem bens para futura execução, sendo que até mesmo para embargar não é necessária a segurança do juízo.

Requerem a reforma da sentença para que sejam decretadas nulas as cláusulas contratuais, determinando-se por arbitramento o valor do arrendamento e compensando-se os valores a título de benfeitoria útil e necessária ou retornando-se os autos ao juízo *a quo* por nulidade da sentença, para que o feito tenha a tramitação de direito.

Em contrarrazões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Agenor Jesus Meira e Elton Luiz dos Santos Meira contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Bandeirantes que julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação rescisão contratual de arrendamento agrícola c/c despejo e cobrança de rendas que lhe move Agropecuária União Santana Ltda., para declarar rescindido o contrato de arrendamento rural e aditivos entre as partes; confirmar a decisão antecipatória de despejo dos réus, condenar os réus ao pagamento da quantia de R$ 60.294,84, corrigida monetariamente pelo IGPM/FGV a partir do vencimento da obrigação e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; condenar os réus ao pagamento da multa prevista no contrato no percentual de 10% sobre o valor total do arrendamento; ratificar a decisão que manteve o depósito judicial a fim de assegurar à autora o recebimento do crédito em futura execução; condenar os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Os recorrentes pugnam inicialmente pela reforma da sentença, requerendo a anulação das cláusulas contratuais que ofendem o Estatuto da Terra, inclusive a cláusula terceira do contrato inicial e aditivos que estipulou a renda do arrendamento em quantidade de produto, devendo ser arbitrado novo valor de arrendamento entre as partes.

Alegam ser indevida a multa contratual em que foram condenados, argumentando que a inadimplência se deu por culpa da apelada e pela onerosidade do contrato, devendo ser imputada a esta.

Aduzem que necessário o ressarcimento das benfeitorias realizadas pelos apelantes nas terras arrendadas, com grandes dispêndios que culminaram no valor de R$ 371.960,00, que devem ser compensados ou indenizados.

Sustentam que deve haver a liberação do valor depositado em juízo em favor dos apelantes, pois a negativa do magistrado se mostra verdadeiro pré-julgamento ao afirmar que não possuem bens para futura execução, sendo que até mesmo para embargar não é necessária a segurança do juízo.

O recurso deve ser conhecido apenas em parte.

Deixo de conhecer, ante a preclusão consumativa, quanto ao pedido de liberação do valor depositado, uma vez que o magistrado *a quo* proferiu decisão interlocutória acerca do referido pedido à f. 286 dos presentes autos, cuja intimação da parte deu-se por meio de publicação no Diário Oficial de 29.4.2010 (f. 291), e dessa decisão não foi aviado o recurso cabível.

Também não conheço do pedido recursal de nulidade da sentença, visto que não foi apresentada sequer razões ou fundamentação quanto à pretensão, violando-se o disposto no art. 514, II, do CPC.

Na parte conhecida, a pretensão merece prosperar apenas em parte.

No tocante à anulação da cláusula contratual que estipulou o preço do arrendamento em quantidade fixa de produtos, ou seja, sacas de soja, de fato viola a regra estabelecida no art. 95, XI, "a", da Lei n. 4.504/64 c.c. art. 18 do Decreto n. 59.566/66, que assim estabelecem:

> Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> XI - na regulamentação desta Lei, serão complementadas as seguintes condições que, obrigatoriamente, constarão dos contratos de arrendamento:
>
> a) limites dos preços de aluguel e formas de pagamento em dinheiro ou no seu equivalente em produtos colhidos; (redação vigente na data do contrato analisado)
>
> Art. 18. O preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro, mas o seu pagamento pode ser ajustado que se faça em dinheiro ou em quantidade de frutos cujo preço corrente no mercado local, nunca inferior ao preço mínimo oficial, equivalha ao do aluguel, à época da liquidação.
>
> Parágrafo único. É vedado ajustar como preço de arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro. (g.n.)

Assim, de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, deve ser declarada nula referida cláusula, determinando-se sua substituição pelo que for apurado em liquidação de sentença por arbitramento. Vejamos:

> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO SUMARÍSSIMA DE COBRANÇA DE PREÇO DE ARRENDAMENTO RURAL. CLÁUSULA QUE FIXA O PREÇO EM QUANTIDADE DE PRODUTOS. NULIDADE. DECRETO N. 59.566/1966, ART. 18. APURAÇÃO DO VALOR MEDIANTE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, POR ARBITRAMENTO.
>
> I. É vedada a fixação do preço do arrendamento em quantidade de produtos, ao teor do art. 18 do Decreto n. 59.566/1966. Precedentes do STJ.

> II. Afastada, por nula, a cláusula de preço, cabe a sua substituição pelo que for apurado em liquidação de sentença, por arbitramento.
>
> III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 566520/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 11.5.2004, DJ de 30.8.2004, p. 302) (g.n.)
>
> CIVIL E PROCESSO CIVIL. É NULA CLÁUSULA QUE FIXA O PREÇO EM CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL, EM QUANTIDADE DE PRODUTOS OU SEU EQUIVALENTE EM DINHEIRO (ART. 18, PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO N. 59.566/66).
>
> [...]
>
> 1. Segundo deflui dos arts. 95, XI, "a", da lei n. 4.504, de 30.11.1964 (estatuto da terra), e 18, parágrafo único, do decreto n. 59.566, de 14.11.1966, é defeso ajustar como preço do arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou o seu equivalente em dinheiro.
>
> 2. Conforme precedentes desta corte, "a cláusula que fixa o preço do arrendamento rural em quantidades de produtos é nula."
>
> 3. Não tendo o recorrente impugnado especificamente o fundamento do tribunal de origem no sentido que a nulidade da cláusula não contamina o contrato, persistindo o débito, incide, no ponto, o enunciado da súmula n. 283/STF.
>
> [...] RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp n. 231.177/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26.8.2008, DJ de 15.9.2008).

Portanto, o preço do arrendamento deve ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, considerando-se os pagamentos já efetuados, conforme reconhecido na sentença recorrida (f. 295).

Quanto à multa contratual, melhor sorte não assiste aos apelantes, visto que comprovada a sua inadimplência, conforme documento de f. 45, não havendo falar em culpa da parte apelada.

Além disso, a nulidade da cláusula não afeta todo o contrato, persistindo o débito, logo, devida a aplicação da multa estipulada entre as partes àquele que se encontra em mora.

Da mesma forma não merece guarida o pedido para ressarcimento das benfeitorias realizadas pelos apelantes nas terras arrendadas, isso porque, além de não existir comprovante dos gastos efetivamente realizados, pois foi juntado apenas "laudo técnico de avaliação de investimentos agrícolas" (f. 122-4) conforme reconhecido na sentença recorrida, referido documento demonstra que os investimentos alegados foram aqueles inerentes à atividade desenvolvida pelo arrendatário, não havendo falar em benfeitorias a serem ressarcidas.

Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO RURAL. PREPARAÇÃO DO SOLO PARA PLANTIO. ÔNUS DO ARRENDATÁRIO. BENFEITORIA INDENIZÁVEL NÃO CARACTERIZADA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. FALTA DE PROVA DO PAGAMENTO EM EXCESSO. INDENIZAÇÃO POR REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR EFETIVADA. FALTA DE PROVA DO DANO. ÔNUS DO REQUERENTE. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR.
>
> 1. Não é benfeitoria indenizável o preparo do solo para viabilizar o plantio, realizado pelo arrendatário na terra arrendada.

[...] (REsp n. 794.376/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 13.12.2005, DJ de 13.3.2006 p. 323). (g.n.)

Assim, não há de ser acolhida referida pretensão recursal de indenização por benfeitorias.

Ante o exposto, parcialmente do conheço do recurso e, na parte conhecida, dou-lhe provimento parcial apenas para decretar a nulidade da cláusula que fixa o preço do arrendamento em produtos, determinando-se a sua substituição em dinheiro, em valor a ser apurado em liquidação de sentença, por arbitramento, considerando-se os pagamentos já efetuados, conforme reconhecido na sentença recorrida. Diante da reforma da sentença, redistribuo o ônus e honorários já fixados na sentença, remanescendo 10% a cargo da parte autora e 90% sob a responsabilidade da parte ré, decretada a compensação no coincidente (CPC, art. 21), mantida, no mais, a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO E, NA PARTE CONHECIDA, DERAM-LHE PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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, 26 de outubro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.030645-3 - Campo Grande
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – SEGURO OBRIGATÓRIO – FALECIMENTO DA VÍTIMA NO DECORRER DO PROCESSO POR SITUAÇÃO DIVERSA DO ACIDENTE – INVALIDEZ PERMANENTE – IMPOSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE SUCESSORES – EXTINÇÃO DO FEITO, NOS TERMOS DO ART. 267, IX, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O § 3º do art. 4º da Lei n. 6.194/74, quando menciona "nos demais casos", está evidentemente se referindo aos casos de invalidez permanente e às despesas de assistência médica e suplementares.

Ocorrendo a morte da autora no curso da lide, por razões diversas do acidente, e configurada a invalidez permanente, apenas ela (vítima) é que teria legitimidade para postular a indenização (caráter personalíssimo).

Ante a impossibilidade de sucessores no feito, deve a ação ser extinta, com fulcro no art. 267, IX, do CPC (quando a ação foi considerada intransmissível por disposição legal).

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, 16 de novembro de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Claudimunda Victor de Almeida**,** representada por sua curadora**,** irresignada com a sentença que, nos autos da ação de cobrança de seguro DPVAT ajuizada em face de Real Seguros S.A., nos termos do art. 267, IX, do CPC, extinguiu o feito sem julgamento do mérito, interpõe recurso de apelação, alegando que existem documentos nos autos aptos a confirmar a situação de inválida da autora, em razão de acidente de trânsito. Diz que a presente ação não está insculpida no caráter personalíssimo. Ao final, pugna pela reforma da sentença, suspendo-se o processo para habilitação devida dos herdeiros legais.

A apelada, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Cuida-se de recurso manejado contra a sentença que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Claudimunda Victor de Almeida, representada por sua curadora, em desfavor da Real Seguros S.A., extinguiu o feito sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, IX, do CPC (quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal).

Ao proferir a sentença que se recorre, o magistrado consignou (f.185-6):

> [...] a intenção do legislador é clara no sentido de que a cobertura do seguro obrigatório, quando se trata de invalidez permanente, é paga somente à vítima, não se transferindo para os sucessores (direito personalíssimo).
>
> [...]
>
> Portanto, o direito somente pode ser postulado e reconhecido em favor do próprio titular (salvo se já comprovado, como por exemplo, em execução do julgado). Transpondo tais parâmetros para o caso concreto, da natureza personalíssima do direito postulado, o falecimento da autora acarreta a perda de objeto da ação, considerada intransmissível, devendo o feito ser extinto sem julgamento do mérito.

Em suas razões recursais, a apelante sustenta que existem documentos nos autos aptos a confirmar a situação de inválida da autora, em razão de acidente de trânsito. Diz que a presente ação não está insculpida no caráter personalíssimo. Ao final, pugna pela reforma da sentença, suspendo-se o processo para habilitação devida dos herdeiros legais.

No presente caso, deve-se analisar a possibilidade ou não de sucessão processual, em razão do falecimento da autora ocorrido no curso da lide, por razões diversas das lesões sofridas no acidente de trânsito que deu origem ao ajuizamento desta ação.

Dispõe o art. 4º da Lei n. 6.194/74:

> Art. 4º A indenização no caso de morte será paga de acordo com o disposto no art. 792 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (Redação dada pela Lei n. 11.482, de 2007).
>
> Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 8.441, de 1992). (Redação dada pela Lei n. 11.482, de 2007).
>
> § 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 11.482, de 2007).
>
> § 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 11.482, de 2007).
>
> § 3º Nos demais casos, o pagamento será feito diretamente à vítima na forma que dispuser o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP. (Incluído pela Lei n. 11.482, de 2007).

Destaco que, pela regra disposta no art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.194/74, o recebimento da indenização securitária está atrelada ao evento morte, o que não é o caso dos autos, mesmo porque o falecimento da autora deu-se por razões diversas das lesões sofridas no acidente.

Por outro lado, o § 3º do art. 4º da Lei n. 6.194/74, quando menciona "nos demais casos", está evidentemente se referindo aos casos de invalidez permanente e às despesas de assistência médica e suplementares. No presente caso, a invalidez permanente restou configurada (f. 19), sendo que apenas a vítima teria legitimidade para postular a indenização (caráter personalíssimo).

Em situação semelhante já se pronunciou os tribunais pátrios:

> 54699691 - COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. VÍTIMA. Em casos de invalidez permanente, a vítima é a única pessoa legitimada a postular a verba indenizatória referente ao seguro obrigatório DPVAT. V. V. Com o falecimento da pessoa que, em decorrência de acidente de trânsito se tornou incapacitado para o trabalho, os seus sucessores passam a ter legitimidade para proporem ação visando o recebimento da indenização do seguro obrigatório DPVAT a que tinha direito o acidentado. (TJMG, AC n. 1.0145.08.478165-0/0011, Juiz de Fora, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Tiago Pinto, julgado em 30.7.2009, DJEMG de 18.8.2009).

Este Tribunal de Justiça também já decidiu:

> APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT. Indenização por invalidez permanente. Falecimento da vítima por motivo diverso das lesões sofridas no acidente. Cobertura reclamada pelos pais da vítima. Ilegitimidade ativa para a causa (TJMS, AC n. 2007.001068-6, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 6.3.2007, DOEMS de 26.3.2007).

Sendo assim, ante a impossibilidade de sucessores no presente feito, agiu de forma acertada o magistrado em extinguir o feito, com fulcro no art.267, IX, do CPC (quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal).

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Em face do exposto, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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, 16 de novembro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.036145-9 - Campo Grande
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – MATERIAL UTILIZADO NA CIRURGIA AUTORIZADA PELO PLANO DE SAÚDE – INERENTE AO ATO CIRÚRGICO – IMPERIOSA NECESSIDADE DE FORNECIMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO PROCEDIMENTO AUTORIZADO – RECURSO IMPROVIDO.

Se a recorrida autorizou a realização da cirurgia, com o pagamento necessário da internação para que lhe fosse garantida tal prestação de serviço, que não encontra exclusão no contrato entabulado entre as partes, não se mostra crível a imposição de qualquer óbice à efetivação do ato, como a cobrança dos materiais necessários ao procedimento.

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

Campo Grande, 29 de novembro de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Unimed de Campo Grande-MS interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move Rafael Pinheiro Caniza**,** julgou procedente o pedido formulado pelo autor, a fim de compelir a requerida a fornecer o material a ser utilizado pelo cirurgião-dentista na cirurgia buco-maxilo-facial a que se submeterá o requerente, sob pena de multa fixa no valor de R$ 20.000,00, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Suscita preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o encerramento prematuro do feito impossibilitou o pleno exercício da defesa com a produção de outras provas, havendo conclusões na sentença que não foram submetidas ao contraditório.

No mérito, alega, em síntese, que a decisão recorrida fere o que dispõe a Lei n. 9.656/98, especialmente o art. 35-G, pois a aplicação da norma consumerista não pode esvaziar o conteúdo normativo da regulação expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – e, ainda, o contrato do apelado não tem cobertura odontológica e é regulado pela ANS, não havendo possibilidade de se ampliar a cobertura sem alterar o custo da mensalidade, o que implica desequilíbrio financeiro, enriquecimento sem causa.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Unimed de Campo Grande-MS contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move Rafael Pinheiro Caniza**,** julgou procedente o pedido formulado pelo autor, a fim de compelir a requerida a fornecer o material a ser utilizado pelo cirurgião-dentista na cirurgia buco-maxilo-facial a que se submeterá o requerente, sob pena de multa fixa no valor de R$ 20.000,00, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Preliminarmente, o recorrente alega nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o encerramento prematuro do feito impossibilitou o pleno exercício da defesa com a produção de outras provas, havendo conclusões na sentença que não foram submetidas ao contraditório.

No caso dos autos, o magistrado singular conheceu diretamente do pedido, proferindo sentença na forma do art. 330 do CPC, pois entendeu que a matéria versada nos autos é exclusivamente de direito e não justificaria a produção de mais provas que as já produzidas nos autos, estando a ação pronta para julgamento, atendendo-se assim aos princípios da economia e celeridade processual.

De acordo com o Código de Processo Civil, caberá ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 333, inciso I) e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, inciso II), no tocante ao ônus da prova, sendo regra clara quanto à prova de o fato caber àquele que alega.

No entanto, a produção de provas pode ou não se fazer necessária nos processos judiciais, uma vez que existem controvérsias trazidas à apreciação do Poder Judiciário que dizem respeito apenas à matéria de direito.

Diga-se também que cabe ao Juiz, por ser ele o destinatário da prova, fazer uma avaliação sobre a necessidade ou não de produção de provas pelas partes.

O Superior Tribunal de Justiça já salientou que ***"O julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória"*** (STJ, REsp n. 474475, SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz fux, DJU de 25.2.2004, p. 00102).

No caso dos autos, sendo o debate a respeito de matéria ligada ao contrato entabulado entre as partes e as normas que o regem, inexiste qualquer questão de fato a ser provada que não tenha sido posta nos autos. Os documentos juntados e as insurgências das partes durante a lide demonstram-se suficientes para a constatação da veracidade ou não das teses sustentadas pelas partes.

Ademais, os fatos relevantes à solução da lide já se encontram suficientemente comprovados, dispensando, assim, a produção de outras provas que só trariam prejuízo à celeridade do processo.

Assim, afasto a indigitada preliminar.

No mérito, o recorrente alega, em síntese, que a decisão recorrida fere o que dispõe a Lei n. 9.656/98, especialmente o art. 35-G, pois a aplicação da norma consumerista não pode esvaziar o conteúdo normativo da regulação expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – e, ainda, o contrato do apelado não tem cobertura odontológica e é regulado pela ANS, não havendo possibilidade de se ampliar a cobertura sem alterar o custo da mensalidade, o que implica desequilíbrio financeiro, enriquecimento sem causa.

A irresignação não merece prosperar.

A apelante, conforme documento de f. 18, autorizou o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem e alimentação durante o período de internação hospitalar do apelado para a realização de cirurgia buco-maxilo-facial, negando o pagamento dos honorários do cirurgião-dentista e o fornecimento do material a ser utilizado.

A sentença recorrida julgou procedente o pedido do autor tão somente para compelir a requerida a fornecer o material a ser utilizado pelo cirurgião-dentista na cirurgia buco-maxilo-facial a que se submeterá o requerente, não havendo recurso da parte autora quanto aos honorários do cirurgião-dentista, motivo pelo qual a decisão no presente recurso cinge-se à análise da insurgência exclusiva da parte ré quanto à condenação imposta.

Verifico, pelos documentos de f. 35-56, que a parte autora aderiu ao plano empresarial de prestação de serviços médicos e hospitalares oferecido pela requerida, compreendidos os benefícios do Plano Ambulatorial e Hospitalar (f. 39).

Ao negar o fornecimento do material solicitado para a cirurgia do apelado, a recorrente baseou-se na Resolução n. 167 da Agência Nacional de Saúde, de 9 de janeiro de 2007, que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e fixa as diretrizes de Atenção à Saúde.

Referida resolução no art. 15 regulamenta o Plano Hospitalar, determinando a observância de tais exigências, dentre elas a ***"cobertura de cirurgias odontológicas buco-maxilo-faciais que necessitem de ambiente hospitalar, realizadas por profissional habilitado pelo seu Conselho de Classe, incluindo o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem e alimentação ministrados durante o período de internação hospitalar",*** o que, conforme já mencionado, foi observado pela apelante nos limites estritos da literalidade do dispositivo.

Ocorre que a aplicação das normas não deve se limitar a uma interpretação restrita, mas em consonância com todo o ordenamento jurídico, o que foi bem aplicado pelo magistrado de instância singela quando constatou que, ante a inexistência de cláusula excluindo a cobertura solicitada, não há falar em ausência do dever de cobertura do material solicitado para a cirurgia, e mais, entendo que não se aplica ao caso o disposto no art. 17 da Resolução em comento, pois se refere ao Plano Odontológico, enquanto o presente caso versa sobre o Plano Hospitalar, bem como o § 3º do referido artigo 15 que regulamenta o Plano Hospitalar, ao dispor sobre a permissão de exclusão de procedimentos, não inclui o fornecimento do material para as cirurgias odontológicas buco-maxilo-faciais a que estipula a cobertura.

Portanto, não vislumbro que a decisão recorrida venha a ofender o contrato entabulado entre as partes, mas bem interpretou as normas aplicáveis ao caso para que o direito do autor seja assegurado e, ainda que se tratasse de interpretação das normas contratuais, não há falar que, por aplicação do princípio da *pacta sunt servanda*, devem ser intangíveis todas as cláusulas do contrato, em razão de que a vontade das partes é imprescindível para a formação da relação contratual, pois o Código de Defesa do Consumidor apresenta a relativização da obrigatoriedade e flexibilização da intangibilidade do conteúdo dos contratos.

O simples fato de a Unimed não questionar a sua responsabilidade pelos custos gerais da cirurgia torna presumido o alcance da cobertura contratada em toda a sua extensão.

De tal maneira, se a recorrida autorizou a realização da cirurgia, com o pagamento necessário da internação para que lhe fosse garantida tal prestação de serviço, não se mostra crível a imposição de qualquer óbice à efetivação do ato, como a cobrança dos materiais necessários ao procedimento.

Fere o senso de razoabilidade do homem médio, a exigência de que um consumidor, que por um longo lapso tem passado por privações, a fim de honrar o pagamento de seu plano de saúde, no momento em que necessita realizar uma cirurgia cuja cobertura a empresa fornecedora de serviços autorizou, venha a ser obrigado a pagar pela utilização do material exigido como condição para a prática do ato.

Nesse sentido já se manifestou esta 4ª Turma Cível:

> APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - OBESIDADE MÓRBIDA - CIRURGIA DE REDUÇÃO GÁSTRICA - COBERTURA PELO PLANO - UTILIZAÇÃO DE GRAMPEADOR - ÓRTESE - MATERIAL LIGADO AO ATO CIRÚRGICO - OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DO VALOR DO EQUIPAMENTO. (TJMS, AC n. 2006.021611-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 31.7.2007, DJ de 23.8.2007). (g.n.).

Dessa forma, deve ser mantida a decisão guerreada pelos seus próprios fundamentos.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Por fim, em relação ao prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados, pois a matéria foi suficientemente debatida e fundamentada.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

Campo Grande, 29 de novembro de 2010.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2010.029154-7 - Capital
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PRELIMINAR – DECADÊNCIA – REJEITADA – MÉRITO: REPROVAÇÃO NO EXAME DE APTIDÃO FÍSICA – CANDIDATO QUE PASSA MAU DURANTE A REALIZAÇÃO DO TESTE – INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE SEGUNDA CHAMADA – PREVISÃO EDITALÍCIA – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

O prazo para interposição do mandado de segurança, quando o ato atacado é a reprovação em exame de aptidão física, tem início a partir da data em que o impetrante toma ciência da sua reprovação.

Se o edital do concurso público é claro quanto à impossibilidade de ocorrência de segunda chamada para a realização de prova de aptidão física em qualquer hipótese, não há falar em direito líquido e certo a nova data para a realização do exame por ocorrência de caso fortuito.

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 com o parecer, denegar a segurança. Ausente, justificadamente, o 3º vogal.

Campo Grande, 3 de novembro de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Fabiano Tormena impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Secretário (a) de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul e Diretor(a) Presidente(a) da Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul, alegando que se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos/Sanesul para o cargo de assistente operacional (Edital n. 1/2009 – SAD/ESCOLAGOV/SANESUL), tendo sido aprovado na 1ª fase (prova escrita objetiva), em 1º lugar, para a região de Três Lagoas.

Alega que foi convocado, pelo Edital n. 15/2010/SAD/ESCOLAGOV/SANESUL para a realização do exame de capacitação física, que foi realizado no dia 26 de abril de 2010, oportunidade em que "passou mal" e foi socorrido pelo corpo de bombeiros, tendo o atestado médico constatado ter ele sofrido tontura, mal-estar e alergia cutânea em razão do contato da sua pele com o gramado do Estádio Morenão.

Afirma que interpôs recurso administrativo perante a comissão técnica do teste de capacitação física, que não foi provido, não tendo a autoridade fundamentado a decisão administrativa.

Assevera que foi vítima de caso fortuito, não tendo de qualquer forma contribuído para a ocorrência do evento, porquanto a alergia cutânea que sofreu decorreu dos exercícios realizados no Estádio "Morenão", contrariando o disposto no item 10.13.1 do mesmo edital, que determinava a realização dos testes em local firme, plano e horizontal.

Sustenta que o edital não previa a realização dos testes de capacidade física com "todos os grupos num mesmo dia e horário", o que acarretou tumulto em razão do fechamento dos portões às 14 horas e pelo fato de que acabou sendo o último a realizar as provas, após às 16h30min., aproximadamente, sem o oferecimento de qualquer tipo de alimentação.

Argumenta que no Anexo II do edital não há exigibilidade da prova de capacitação física para o cargo em que o impetrante concorreu e, muito menos, no Decreto n. 12.898/2009, que autorizou a realização do concurso, o que fere o disposto no art. 37, I e II, da CF.

Aduz que não há fundamento administrativo para proibir-se a realização da prova em outra oportunidade, o que viola o princípio da finalidade administrativa, visto que a finalidade do concurso público é selecionar os candidatos mais bem preparados para o exercício da atividade administrativa com eficiência.

Requer a concessão definitiva da segurança, confirmando a liminar, reconhecendo o direito do impetrante a ser submetido, por ordem judicial, a outro exame de aptidão física do concurso para o cargo de assistente técnico operacional da Sanesul, destinado à vaga na cidade de Três Lagoas, em local firme, plano, horizontal, sem qualquer contato com grama ou quaisquer espécies de mato ou capim ou seja invalidado o item 7.1, alínea "c" do Edital n. 1/2009 SAD/ESCOLAGOV/SANESUL, que rege o concurso, por ferir frontalmente o disposto no art. 37, I e II, da CF, o qual não foi observado pelo Decreto n. 12.898/2009, para com isso determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir do impetrante o requisito da capacidade física para o exercício desse cargo.

Com a inicial, vieram os documentos de f. 19-102.

A liminar não foi concedida. (f. 104-7)

Notificadas as autoridades apontadas como coatoras (f. 113-20), estas apresentaram informações, suscitando, preliminarmente, a decadência para interposição do presente *mandamus,* sob a alegação de que, como o impetrante se insurge contra as regras do certame, que estão previstas no Edital n. 01/2009, de 29.12.2009, publicado no dia 30.4.2010, no momento da interposição do presente *mandamus*, o que se deu em 15.9.2010, já havia ultrapassado em muito o prazo decadencial de 120 dias para a interposição do *writ*.

No mérito, sustenta a ausência de direito líquido e certo, porquanto o impetrante não foi considerado inapto somente pelo fato de não ter conseguido concluir a corrida (item 10.15 do Edital n. 1/2009), mas também porque, uma vez submetido à prova física, não atingiu a pontuação exigida pelo edital, tendo sido considerado inapto também por só ter realizado 32 abdominais no período de 1 minuto, ao passo que o edital exigia para os candidatos com no máximo 25 anos de idade, 35 repetições corretas.

Aduz que na prova de aptidão física em um concurso, as condições de aptidão devem ser consideradas na data da realização da prova, sob pena de todo o candidato reprovado fazer jus a uma nova prova para tentar conseguir o índice necessário para aprovação e o concurso não teria mais fim, visto que ficaria por tempo indeterminado realizando provas físicas.

Alega que a avaliação física foi objetiva e o impetrante teve ciência de que a realização da prova seria no Estádio do Morenão e seu atestado médico não trazia nenhuma contra indicação de realizar os exames na grama.

Assevera que facultar ao impetrante a possibilidade de uma nova prova física seria o mesmo que lhe possibilitar um tratamento jurídico específico, sem que esta faculdade fosse ao menos facultada aos demais concorrentes, que também realizaram as provas de avaliação física nas mesmas condições e locais que o impetrante.

Argumenta que, para o STJ, havendo previsão editalícia que proíba a realização de novo teste de aptidão física, não se pode dispensar tratamento diferenciado a candidato em razão das alterações fisiológicas, em homenagem ao princípio da igualdade que rege os concursos públicos.

Requer a denegação da segurança, em face da comprovada inexistência de ato coator, de direito líquido e certo, bem como de prática de ilegalidade ou abuso de poder.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento da preliminar de decadência e, no mérito, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Fabiano Tormena impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Secretário(a) de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul e Diretor(a) Presidente(a) da Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul, alegando que se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos/Sanesul para o cargo de assistente operacional (Edital n. 1/2009 – SAD/ESCOLAGOV/SANESUL), tendo sido aprovado na 1ª fase (prova escrita objetiva), em 1º lugar, para a região de Três Lagoas.

Alega que foi convocado, pelo Edital n. 15/2010/SAD/ESCOLAGOV/SANESUL para a realização do exame de capacitação física, que foi realizado no dia 26 de abril de 2010, oportunidade em que "passou mal" e foi socorrido pelo corpo de bombeiros, tendo o atestado médico constatado ter ele sofrido tontura, mal-estar e alergia cutânea em razão do contato da sua pele com o gramado do Estádio Morenão.

Afirma que interpôs recurso administrativo perante a comissão técnica do teste de capacitação física, que não foi provido, não tendo a autoridade fundamentado a decisão administrativa.

Assevera que foi vítima de caso fortuito, não tendo de qualquer forma contribuído para a ocorrência do evento, porquanto a alergia cutânea que sofreu decorreu dos exercícios realizados no Estádio "Morenão", contrariando o disposto no item 10.13.1 do mesmo edital, que determinava a realização dos testes em local firme, plano e horizontal.

Sustenta que o edital não previa a realização dos testes de capacidade física com "todos os grupos num mesmo dia e horário", o que acarretou tumulto em razão do fechamento dos portões às 14 horas e pelo fato de que acabou sendo o último a realizar as provas, após às 16h30min., aproximadamente, sem o oferecimento de qualquer tipo de alimentação.

Argumenta que no Anexo II do edital não há exigibilidade da prova de capacitação física para o cargo em que o impetrante concorreu e, muito menos, no Decreto n. 12.898/2009, que autorizou a realização do concurso, o que fere o disposto no art. 37, I e II, da CF.

Aduz que não há fundamento administrativo para proibir-se a realização da prova em outra oportunidade, o que viola o princípio da finalidade administrativa, visto que a finalidade do concurso público é selecionar os candidatos mais bem preparados para o exercício da atividade administrativa com eficiência.

Requer a concessão definitiva da segurança, confirmando a liminar, reconhecendo o direito do impetrante a ser submetido, por ordem judicial, a outro exame de aptidão física do concurso para o cargo de assistente técnico operacional da Sanesul, destinado à vaga na cidade de Três Lagoas, em local firme, plano, horizontal, sem qualquer contato com grama ou quaisquer espécies de mato ou capim ou seja invalidado o item 7.1, alínea "c" do Edital n. 1/2009 SAD/ESCOLAGOV/SANESUL, que rege o concurso, por ferir frontalmente o disposto no art. 37, I e II, da CF, o qual não foi observado pelo Decreto n. 12.898/2009, para com isso determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir do impetrante o requisito da capacidade física para o exercício desse cargo.

Preliminar de decadência:

O impetrado entende que, como o impetrante se insurge contra as regras do certame, que estão previstas no Edital n. 1/2009, de 29.12.2009, publicado no dia 30.4.2010, no momento da interposição do presente *mandamus*, o que se deu em 15.9.2010, já havia ultrapassado em muito o prazo decadencial de 120 dias para a interposição do *writ*.

Tenho que razão não lhe assiste.

Ao contrário do entendimento esposado pela autoridade coatora, no caso em tela, a fluência do prazo para a impetração do *mandamus* só teve início quando o impetrante teve ciência do ato coator, no caso, o que o considerou inapto no teste de aptidão física.

Pelo que consta dos autos, o impetrante tomou ciência da sua inaptidão em 28.5.2010, pelo Edital n. 40/2010, que tornou público o resultado dos recursos interpostos pelos candidatos relativos ao Exame de Capacitação Técnica (f. 96).

Considerando que o impetrante interpôs o presente *mandamus* em 9.9.2010, ainda não havia operado a decadência.

Neste sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NA CARREIRA POLICIAL. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO LEGAL. EXIGIBILIDADE. CARÁTER SUBJETIVO E SIGILOSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
>
> 1. O prazo para impetração do mandado de segurança tem início na data em que o interessado toma ciência do ato impugnado, nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/51. Hipótese em que a impetração dirige-se contra o caráter subjetivo e sigiloso do exame psicotécnico aplicado, e não quanto à sua previsão no edital do concurso público, motivo por que não há falar em decadência. Precedentes.
>
> 2. Não se conhece do especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrido. Súmula n. 83/STJ.
>
> 3. Arrimado o acórdão recorrido em fundamento de porte exclusivamente constitucional, o recurso cabível é o extraordinário e não o especial.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1199599/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 18.2.2010).

No mesmo sentido, o entendimento desta Corte:

> MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO DA POLÍCIA MILITAR DE MATO GROSSO DO SUL – REPROVAÇÃO EM EXAME ANTROPOMÉTRICO – PRAZO DECADENCIAL CONTADO DA CIÊNCIA DO ATO COATOR – ALTURA MÍNIMA – EXIGÊNCIA DO EDITAL – NECESSIDADE DE LEI QUE ESTABELEÇA O LIMITE DE IDADE – NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA ISONOMIA – ORDEM CONCEDIDA. (TJMS, MS n. 2009.001231-8–Capital, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 30.3.2009).

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito:

No mérito, alega o impetrante que foi vítima de caso fortuito, não tendo de qualquer forma contribuído para a ocorrência do evento, porquanto a alergia cutânea que sofreu decorreu dos exercícios realizados no Estádio "Morenão", contrariando o disposto no item 10.13.1 do mesmo edital, que determinava a realização dos testes em local firme, plano e horizontal.

Sustenta que o edital não previa a realização dos testes de capacidade física com "todos os grupos num mesmo dia e horário", o que acarretou tumulto em razão do fechamento dos portões às 14 horas e pelo fato de que acabou sendo o último a realizar as provas, após às 16h30min., aproximadamente, sem o oferecimento de qualquer tipo de alimentação.

Argumenta que no Anexo II do edital não há exigibilidade da prova de capacitação física para o cargo em que o impetrante concorreu e, muito menos, no Decreto n. 12.898/2009, que autorizou a realização do concurso, o que fere o disposto no art. 37, I e II, da CF.

Aduz que não há fundamento administrativo para proibir-se a realização da prova em outra oportunidade, o que viola o princípio da finalidade administrativa, visto que a finalidade do concurso público é selecionar os candidatos mais bem preparados para o exercício da atividade administrativa com eficiência.

Não assiste razão ao impetrante.

Inicialmente, ao contrário do que sustenta o impetrante, o Edital n. 1/2009 traz previsão expressa de realização e exame de capacitação física para o cargo de Assistente Técnico Operacional, para o qual concorreu.

Consta do inciso VII, item 7.1, alínea "c", o seguinte:

> 7.1 - O concurso público de provas e títulos/SANESUL constará das seguintes etapas:
>
> [...]
>
> C) Etapa III – Exame de Capacitação Física, de caráter eliminatório, para candidatos aprovados na Prova Escrita Objetiva para os empregos: Agente de Tratamento de Esgoto, Motorista de Carga, Assistente Comercial e Assistente Técnico Operacional;

Assim, não há nenhuma irregularidade na convocação dos candidatos inscritos para o cargo de Assistente Técnico Operacional para a realização do teste de aptidão física.

De igual modo, não consta do edital que os candidatos seriam divididos em grupos, para fins de realização da prova em datas e horários diferenciados e, muito menos, que seria fornecido alimentação durante a realização das provas, o que por certo deveria ficar a cargo dos candidatos.

No inciso X, item 10.1, consta que *"Serão convocados para esta etapa os candidatos considerados aprovados na Prova Escrita Objetiva, através de Edital, a ser publicado no Diário Oficial do Estado – DOE, no endereço www.Imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizado via internet, no site www.Concurso.Ms.Gov.Br, contendo o dia, o horário e o endereço da realização do exame."*

Deste modo, não há nenhuma irregularidade na convocação de todos os candidatos aprovados para realização da prova no mesmo dia e local designados pela comissão do concurso.

Por fim, consta do edital que *"Não haverá segunda chamada para nenhuma das etapas e tampouco realização de prova ou exame fora da data, horário e local estabelecidos em edital"* (inciso VII – alínea 7.2)

Considerando que o concurso público deve obedecer às normas inseridas no edital, que faz lei entre as partes, não pode a Comissão de Concurso admitir a realização de outra prova para o impetrante, em detrimento dos demais candidatos que porventura tenham passado pela mesma situação do impetrante, o que importaria em violação dos princípios da impessoalidade e da igualdade.

É bem verdade que o impetrante foi vítima de caso fortuito, contudo tal fato não autoriza a realização de segunda chamada, sob pena de violação às regras do edital de convocação.

Até porque não restou estabelecido o nexo de causalidade entre o mal-estar sofrido pelo impetrante (alergia) com a grama do Estádio Morenão.

Além disso, o local da prova atendeu aos requisitos do edital, que previa que a prova deveria ser realizada em local firme, plano e horizontal. (Inciso X, item 10.13.1)

Neste caso, a realização de segunda chamada viria em prejuízo dos demais candidatos que atenderam à convocação no dia, horário e local designados pela Comissão de Concurso.

Portanto, prevendo o edital de que não haverá a realização de segunda chamada, é legítima a decisão proferida pelas autoridades apontadas como coatoras que indeferiram a pretensão do impetrante, pois, do contrário, restaria violado o princípio da isonomia, dispensando-lhe tratamento privilegiado em detrimento aos demais concorrentes.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REQUISITOS. CAPACITAÇÃO FÍSICA. REALIZAÇÃO DE EXAME EM DATA POSTERIOR AO ESTABELECIDO NO EDITAL POR OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO.
>
> - Tratando-se de concurso público, de que trata o art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, é entendimento assente que as cláusulas constantes no edital obrigam candidatos e Administração Pública e têm como objeto primeiro o preenchimento das vagas existentes para completar o quadro de funcionários.
>
> - Se o edital do concurso público é claro quanto a impossibilidade de ocorrência de segunda chamada para a realização de prova de aptidão física em qualquer hipótese, não há que se falar em direito líquido e certo a nova data para a realização do exame por ocorrência de caso fortuito.
>
> - Recurso ordinário desprovido. (MS n. 15129/SE, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 2.3.2004).

No mesmo sentido, o entendimento desta Corte:

> AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – TESTE DE APTIDÃO FÍSICA – CANDIDATO ACOMETIDO DE DOENÇA – DESIGNAÇÃO DE NOVA DATA PARA A REALIZAÇÃO DA PROVA – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO E AO INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – AGRAVO IMPROVIDO.
>
> A enfermidade ou qualquer outro motivo de força maior não pode ser considerada para efeito de refazimento de prova de esforço físico, sob pena de violação ao princípio da isonomia, dado que todos os candidatos devem comparecer na data, horário e local designados para realização do exame de esforço, conforme normas previstas no edital do certame. Ademais, a redesignação de data para o exame de esforço, para atendimento exclusivo de interesse do candidato, também compromete o bom andamento do concurso, em prejuízo para a administração e para o interesse público, o que não se pode admitir. (AgRg em MS n.2010.011772-2, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 24.5.2010).

Ante o exposto, em parte com o parecer, denego a segurança por ausência de direito líquido e certo.

O Sr. Des.Claudionor Miguel Abss Duarte (1º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (2º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (4º Vogal)

Peço vênia para divergir do Relator quanto à preliminar de decadência.

O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado, consoante dispõe o art. 23 da Lei n.12.016/2009.

O ato tido como ilegal advém do Edital n. 1/2009, de 29.12.2009, publicado em 30.12.2009. Assim, considerando que o impetrante tomou ciência do ato impugnado em 30.12.2009, a partir de 31.12.2009 passou a fluir o prazo de 120 dias previsto no art. 23 da Lei n.12.016/2009 para impetração do *mandamus*.

Desse modo, atentando-se que o presente *writ* foi impetrado em 9.9.2010, a decadência é manifesta, já que o prazo venceu em 7.5.2010.

A matéria é entendimento sedimentamento pelo Superior Tribunal de Justiça de que o prazo para interposição de mandado de segurança, no tocante à insurgência de regra editalícia, é o da publicação do edital de abertura do concurso, *in verbis*:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. REGRAS EDITALÍCIAS. IMPUGNAÇÃO. DECADÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

I - O termo inicial do prazo decadencial da impetração de mandado de segurança, que visa a impugnação de norma inserta no edital de concurso (critérios para a avaliação psicológica), é a data de sua publicação. Precedentes.

II - *In casu*, entre a veiculação das regras editalícias questionadas e a impetração do *mandamus*, operou-se o transcurso de mais de 120 dias, caracterizando-se a decadência de que trata o art. 23 da Lei Federal n. 12.016/09.

III - Inexistindo prova pré-constituída das alegações apresentadas sobre a não liberação de documentos para fins de recurso, notadamente em face da constatação de versões opostas nos autos, mostra-se inadequada a via mandamental, cujo rito inadmite dilação probatória.

Recurso ordinário desprovido, ressalvado à recorrente o acesso às vias ordinárias. (MS n. 29776/AC ROrd em MS n. 2009/0114945-2, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Ficher, julgado em 29.9.2009, DJ de 19.10.2009).

"RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVENTIAS NOTARIAIS. DECADÊNCIA. Súmula n. 632/STF.

1. O mandado de segurança foi impetrado em 7.7.2008, após decorridos oito anos da publicação do ato coator. Reconhecida a decadência do direito, conforme previsão contida no art. 18 da Lei n. 1.533/51, mesmo prazo mantido na nova Lei do Mandado de Segurança, de n. 12.016/09, em seu artigo 23.

2. A publicação do edital de abertura é o termo inicial do prazo decadencial para impetração da segurança. Precedentes.

3. No tocante à alegada inconstitucionalidade da lei que prevê o prazo decadencial do mandado de segurança, a irresignação fica afastada mediante a aplicação da Súmula n. 632/STF.

4. Recurso ordinário desprovido. (MS n. 30321/ES ROrd em MS n. 2009/0168586-6, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 19.11.2009, DJ de 2.12.2009).

Assim, acolho a preliminar de decadência.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (5º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (6º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto s (7º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (8º Vogal)

De acordo com o relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (9ª Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (10º Vogal)

Acolho a decadência.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (11º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 3º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Luiz Carlos Santini, Joenildo de Sousa Chaves, Atapoã da Costa Feliz, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 3 de novembro de 2010.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.029815-6 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – IPTU – DÉBITO REFERENTE A PERÍODO ANTERIOR AO NEGÓCIO JURÍDICO – ANTIGO PROPRIETÁRIO RESPONSÁVEL PELOS DÉBITOS DA COISA ATÉ O MOMENTO DA TRADIÇÃO – ART. 501 DO CÓDIGO CIVIL – DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Consoante estabelece o art. 502 do Código Civil: *"O vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição."*

Nos termos do art. 21 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 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, 19 de outubro de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Tsuyuko Moyizuki e Rubens Seijo Matzuki, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Monitória que lhes move Jaime Bianchi dos Santos, interpõem apelação cível nesta Corte, alegando que os adquirentes do imóvel deveriam ter verificado e contestado a existência de tributos incidentes sobre o imóvel no ato da compra e venda. Assim, como não o fizeram, tornaram-se responsáveis pelo pagamento dos débitos fiscais.

Aduzem que a certidão emitida pelo Cartório de Registro de Imóveis de Araçatuba-SP (f. 36-7) demonstra que os apelantes venderam o imóvel no dia 11 de março de 2004, tendo o respectivo registro ocorrido no dia 18 do mesmo mês e ano, de modo que desde esta data não são mais os responsáveis pelo pagamento do IPTU.

Afirmam que o aviso de débitos (f. 34) e o instrumento particular de sub-rogação de crédito (f. 38) demonstram que o valor pago pelo apelado de R$ 1.166,58 corresponde ao IPTU dos exercícios de 1999 a 2001. Desse modo, mesmo que se considere equivocadamente o IPTU como obrigação pessoal, os apelantes não podem ser responsabilizados pelo débito referente ao exercício de 1999, uma vez que nesse período não eram os proprietários do imóvel.

Requer a condenação do apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

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

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Tsuyuko Moyizuki e Rubens Seijo Matzuki, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Monitória que lhes move Jaime Bianchi dos Santos, interpõem apelação cível nesta Corte, alegando que os adquirentes do imóvel deveriam ter verificado e contestado a existência de tributos incidentes sobre o imóvel no ato da compra e venda. Assim, como não o fizeram, tornaram-se responsáveis pelo pagamento dos débitos fiscais.

Inicialmente, mister se faz um breve relato do feito.

O apelado é proprietário de um escritório imobiliário situado na cidade de Araçatuba-SP, e segundo a inicial, "[...] em 16 de setembro de 2003, a requerida cadastrou seu imóvel para ser vendido através do escritório do requerente.

Entre tantos outros pretendentes, por volta do mês de agosto de 2003, o requerente encontrou um interessado na aquisição do imóvel e iniciou a negociação.

[...]

No dia 10 de março de 2004, exatamente no dia do vencimento da obrigação contratual assinalada após exaustiva negociação, a requerida compareceu ao escritório do requerente para acertar o horário em que passariam a escritura do imóvel.

Nesta ocasião a requerida foi notificada pelo requerente de que existiam débitos de IPTU, referentes aos exercícios de 1999 a 2001.

[...]

Decorridos alguns meses desde a negociação do imóvel, os atuais proprietários foram notificados da existência de débitos referentes a IPTU, justamente dos exercícios tratados acima, e dirigindo-se ao escritório do requerente, constataram que a requerida agira de má-fé e não havia pago seus débitos conforme combinado naquela oportunidade.

O requerente por sua vez, para não perder a credibilidade com seus clientes bem como a oportunidade de isenção de multa, juros e honorários oferecidos pela Prefeitura Municipal, pagou a vista a importância de R$ 1.166,58.

Assim, muniu-se de instrumento particular de sub-rogação de crédito para buscar seus direitos [...] (f. 4-5).

Pois bem. Pretende o apelado receber a quantia de R$ 1.166,58 referente ao IPTU pago e que lhe foi sub-rogado pelos atuais proprietários do imóvel.

Assim dispõe o art. 502 do Código Civil:

> O vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição.

Segundo Maria Helena Diniz:

> Responsabilidade pelas dívidas. O vendedor, exceto se houver estipulação em contrário, responderá por todos os débitos, inclusive fiscais, que gravarem a coisa alienada até o momento da tradição, porque o domínio é seu [...] (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 350).

Como se vê, é obrigação do devedor arcar com os débitos relativos à coisa até o momento da tradição.

Isso significa dizer, embora o imóvel já não esteja em nome dos apelantes, que a dívida que ora se exige refere-se a fato gerador ocorrido antes da tradição, ou seja, 1999 a 2001, período em que o imóvel pertencia aos apelantes, de modo que devem ser responsabilizados pelo pagamento do débito.

Compulsando os autos (f. 37), denota-se que o imóvel somente foi transferido aos Srs. Fábio Régis Sano Argentina e Sônia Sayuri Yamamoto em 11 de março de 2004, motivo pelo qual, até esse período, os apelantes eram responsáveis pelos impostos incidentes sobre a propriedade.

Ademais, verifica-se que o apelado quitou o débito pendente relativo ao período acima citado, bem como os compradores do imóvel sub-rogaram-lhe os direitos aos referidos créditos, conforme documento de f. 38-9.

Outrossim, são os depoimentos das testemunhas:

> Minha filha e meu genro compraram o imóvel e eu e minha mulher voltamos para o Brasil para que ela fizesse tratamento de saúde. De volta ao Brasil eu fui até a Prefeitura de Araçatuba e fiquei sabendo que havia um débito de IPTU relativo ao imóvel, de data anterior à da venda, e procurei a imobiliária para que ela resolvesse o problema. Não sei dizer qual é a situação atual desse débito. Não sei dizer de quanto era o débito do IPTU.
>
> [...]
>
> O autor me disse que pagou o débito de IPTU e eu não fui até a Prefeitura para saber desse pagamento. Não recebi outra cobrança desse débito depois que fui avisado do pagamento pelo autor. (sogro do comprador - f. 270)
>
> Pelo que sei Jaime solucionou todos os problemas, inclusive acredito que ele arcou com a dívida do IPTU. (irmão do comprador – f. 225)
>
> Segundo os fundamentos do magistrado (f. 321-2):
>
> Por outro lado, no que se refere ao pagamento do IPTU do imóvel, entendo que, havendo instrumento particular de sub-rogação de créditos em favor do embargado (f. 39), prospera o pedido do autor.
>
> É que a responsabilidade pelo pagamento do IPTU pressupõe do proprietário, no caso os requeridos-embargantes, até janeiro de 2004 (f. 30-31), os quais não demonstraram que a responsabilidade pelo pagamento de tais impostos, estariam a cargo dos compradores.
>
> Como é sabido, a ação monitória, "compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro" (art. 1.102-a, CPC).

> Tenho como satisfatória a prova escrita do crédito pleiteado, em relação ao pedido de condenação dos embargantes no pagamento dos valores correspondentes ao IPTU de 1999, 2000 e 2001 (f. 33), cedidos ao requerente (f. 39), no valor de R$ 1.166,58 (mil, cento e sessenta e seis reais e cinquenta e oito centavos), eis que inferior a soma que está no documento de f. 34.
>
> Posto isso, com fulcro no art. 269, inciso I, do CPC, julgo **procedentes em parte** os pedidos dos embargos monitórios ajuizados por **Tsuyuko Motizukli e Rubens Seijo Motizuk** em face de **Jaime Bianchi dos Santos** nesta Ação Monitória promovida por **Jaime Bianchi dos Santos** em face de **Tsuyuko Motizukli e Rubens Seijo Motizuk**, declarando, com fulcro no art. 1102-A e seguintes, do CPC, constituído o título executivo judicial buscado, devendo o crédito de R$ 1.166,58 (mil, cento e sessenta e seis reais e cinquenta e oito centavos), ser corrigido monetariamente pelo índice IGPM/FGV, a contar da propositura da demanda (artigo 1º, § 2º, da Lei n. 6899/81), acrescendo-se ainda juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano (Art. 406 CC c/c Art. 161 CTN), contados da citação inicial (dia 4.2.2005 - Art. 405 CC), prosseguindo-se o feito na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulos X do Código de Processo Civil (Do Cumprimento da Sentença), havendo requerimento expresso de cumprimento de sentença.

Conforme se vê, não existe nenhum documento que comprove que a responsabilidade para o pagamento do IPTU, em relação a débitos anteriores à tradição da coisa, fosse dos compradores do imóvel.

Nesse sentido:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ORDINÁRIA DE COBRANÇA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. IPTU. DÉBITOS ANTERIORES À EFETIVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, QUITADOS, POR FORÇA DE EXECUÇÃO FISCAL, PELOS ADQUIRENTES. RESPONSABILIDADE DOS COMPRADORES PELOS ENCARGOS DO IMÓVEL SOMENTE A PARTIR DA DATA DA CONTRATAÇÃO[...]. (TJSC, AC n. 2000.001922-4, Segunda Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgado em 21.8.2003).
>
> TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - DÉBITO RELATIVO A EXERCÍCIO ANTERIOR À AQUISIÇÃO DO IMÓVEL PELA IMPETRANTE - CERTIDÃO NEGATIVA DE TRIBUTO EXPEDIDA QUANDO DA TRANSMISSÃO DO DOMÍNIO - TRIBUTO INEXIGÍVEL DA ADQUIRENTE - RECURSO PROVIDO.
>
> [...]
>
> 2. O adquirente de imóvel não responde pelo IPTU vencido anteriormente à aquisição se constar do título a prova de sua quitação (CTN, art. 130). (TJSC, AC em MS n. 2002.026671-5, Segunda Câmara de Direito Público, Rel. Des. Newton Trisotto, julgado em 6.10.2003).
>
> E mais, nem se diga que o art. 130 do CTN exclui a responsabilidade dos apelantes.
>
> Assim dispõe referido artigo:
>
> Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Isso porque o supracitado artigo apenas reforça a idéia de que a obrigação dos adquirentes de um imóvel para com o fisco é *propter rem*, sendo diversa, porém, a relação dos adquirentes para com os antigos proprietários, que é pessoal, de modo que, uma vez quitado o IPTU pelos adquirentes ou pessoa a eles sub-

rogadas, referente a período anterior ao negócio jurídico (compra e venda), pode-se exigir o reembolso dos antigos proprietários.

Destarte, não há falar em reforma da sentença nessa parte.

Contudo, em relação aos ônus de sucumbência, merece provimento o recurso, de modo que se deve aplicar o art. 21 do CPC, que assim estabelece:

> Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Isso porque, na parte relativa à corretagem, o autor foi vencido.

Assim, as custas processuais e honorários advocatícios devem ser distribuídos proporcionalmente e compensados entre as partes.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, reformando a sentença, determinar que as custas processuais e honorários advocatícios sejam distribuídos proporcionalmente e compensados entre as partes, nos termos do art. 21 do CPC.

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. 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, 19 de outubro de 2010.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.033277-1 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR FISCAL – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – INDISPONIBILIDADE DOS BENS – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – LEI N. 8.397/92 – ARTIGO 135, III, DO CTN – INADIMPLEMENTO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA DOS SÓCIOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 135, III, DO CTN – RECURSO IMPROVIDO.

O Recurso Especial n. 1.107.728/SP, representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento segundo o qual é *"pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarrete a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa"*.

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, 23 de novembro de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença prolatada pela Juíza da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Cautelar Fiscal que lhe move Ponto Com Informática Ltda., Rodrigo Gonçalves Pimentel e Lenilson Francisco de Oliveira, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, deixando de estender os efeitos da medida cautelar de indisponibilidade dos bens dos sócios, por inexistirem elementos suficientes a demonstrar que a empresa ora apelada tenha agido de forma dolosa contrariando a lei ou o contrato social.

O apelante insurge-se contra parte da sentença que deixou de estender os efeitos da medida cautelar de indisponibilidade dos bens dos sócios, determinando que esta ocorra tão somente sobre os bens da empresa.

O apelante argumenta que, ao contrário do que constou na sentença da cautelar, quando do julgamento das Ações Anulatórias n. 001.09.003547-0 e 001.08.030631-5, foi reconhecido que a apelada, por seus representantes, praticaram a chamada "nota calçada".

Alega que também ficou confirmada a prática de outro ato infracional à legislação tributária, qual seja, a de deixar de registrar no Livro de Registro de Entrada apropriado as notas fiscais constantes do Demonstrativo.

Afirma que deixar de registrar no Livro de Registro de Entrada as notas fiscais e praticar "nota calçada" são atitudes dolosas, que nitidamente visam a lesar o Fisco, em evidente tentativa de sonegação fiscal, conforme definição do artigo 1º da Lei Federal n. 8.137/90.

Sustenta que, conforme se depreende das Execuções Fiscais em apenso (n. 001.05.021002-6 e n. 001.05.028492-5 consolidada e n. 001.06.026841-8), tendo em vista a dissolução irregular da empresa, as ações já foram redirecionadas aos sócios, com fulcro nos art. 134 e 135, III, do CTN, uma vez que não foram localizados bens da empresa para serem penhorados, ficando superada tal questão diante da não interposição de recurso em face de tais decisões.

Argumenta que, caso seja mantida a sentença, esta será inócua, uma vez que, em razão das execuções ficais que ajuizou, está constatado que a empresa apelada não possui nenhum bem em seu nome.

Requer o provimento do presente recurso, a fim de que seja decretada a indisponibilidade dos bens dos sócios, abrangendo a totalidade da dívida constituída pelos Autos de Infração e Imposição de Multa n. 210-E e 244-E e respectivas CDAs.

Em contrarrazões, os apelados manifestam-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, por não se conformar com a sentença prolatada pela Juíza da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Cautelar Fiscal que lhe move Ponto Com Informática Ltda., Rodrigo Gonçalves Pimentel e Lenilson Francisco de Oliveira, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, deixando de estender os efeitos da medida cautelar de indisponibilidade dos bens dos sócios, por inexistirem elementos suficientes a demonstrar que a empresa ora apelada tenha agido de forma dolosa contrariando a lei ou o contrato social.

O apelante insurge-se contra parte da sentença que deixou de estender os efeitos da medida cautelar de indisponibilidade dos bens dos sócios, mas tão somente dos bens da empresa.

Inicialmente, cumpre analisar se o recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul está tempestivo.

Embora entendesse que o Estado deveria ser intimado pela imprensa oficial, denota-se que, em razão da Lei Complementar Estadual n. 95/2001, os representantes do Estado serão intimados pessoalmente dos atos e termos dos processos que atuem, *ex vi:*

> Art. 101. São prerrogativas do Procurador do Estado:
>
> IV - tomar ciência pessoal de atos e de termos dos processos em que funcionarem;

Como na hipótese vertente o Estado não foi intimado pessoalmente da sentença proferida, então, reconheço que o recurso por ele interposto está tempestivo. Por consequência, passo a examinar e decidir as matérias apresentadas em suas razões recursais.

O apelante insurge-se contra parte da sentença que deixou de estender os efeitos da medida cautelar de indisponibilidade dos bens da empresa aos bens dos sócios

O apelante argumenta que, ao contrário do que constou na sentença da cautelar, quando do julgamento das Ações Anulatórias n. 001.09.003547-0 e 001.08.030631-5, foi reconhecido que a apelada, pelos seus representantes, praticaram a chamada "nota calçada".

Alega que também ficou confirmada a prática de outro ato infracional à legislação tributária, qual seja, a de deixar de registrar no Livro de Registro de Entrada apropriado as notas fiscais constantes do Demonstrativo.

Afirma que deixar de registrar no Livro de Registro de Entrada as notas fiscais e praticar "nota calçada" são atitudes dolosas, que nitidamente visam a lesar o Fisco, em evidente tentativa de sonegação fiscal, conforme definição do artigo 1º da Lei Federal n. 8.137/90.

O recurso não merece provimento.

Estabelece o artigo 4.º da Lei n. 8.397/1992 (Medida Cautelar Fiscal):

> Art. 4.º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.
>
> § 1.º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:
>
> a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;
>
> b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.
>
> **§ 2.º A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.**

Conforme doutrina de Américo Luís Martins da Silva, *in* **A execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública**. São Paulo: RT. p. 718-9, a cautelar fiscal ajuizada pela Fazenda pública tem por finalidade:

> Com efeito, através dela a Fazenda Pública visa obter judicialmente a indisponibilidade patrimonial de seus devedores, até o limite do valor exigido, por tentarem ou frustrarem o pagamento de crédito tributário ou não tributário, quer na fase administrativa ou judicial de cobrança.
>
> A referida medida cautelar fiscal pode ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, regularmente constituído em procedimento administrativo, quando o devedor:
>
> 1) sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alterar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;
>
> 2) tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando elidir o adimplemento da obrigação;
>
> 3) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens;

> 4) contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio (tal hipótese não pode ser considerada isoladamente, uma vez que não basta que o sujeito passivo pague; é preciso ficar também provado o seu *animus* de fugir à sua obrigação);
>
> 5) notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: a) deixa de pagá-la no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; b) põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros;
>
> 6) possui débitos, inscritos ou não em dívida ativa, que somados ultrapassem 30% (trinta) por cento do seu patrimônio conhecido;
>
> 7) aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei;
>
> 8) tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta pelo órgão fazendário;
>
> 9) pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito (art. 2º da Lei n. 8.397, de 6.1.1992, com redação e acréscimos dados pela Lei n. 9.532, de 10.12.1997).
>
> [...]
>
> [...]. Na hipótese de o requerido ser pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo: a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício; b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos (§ 1º do art. 4º). Além disso, a indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador, desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública (§ 2º do art. 4º).

Para que a cautelar de indisponibilidade dos bens possa ocorrer, é necessária uma análise conjunta entre o artigo 4º da Lei supramencionada, com o artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos;
>
> III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ao contrário do que pretende o apelante, vê-se que na hipótese vertente a responsabilidade tributária pela ausência de recolhimento dos tributos devidos da empresa apelada não pode ser substituída aos seus sócios diretores, visto que, para a incidência do artigo 135 do Código Tributário Nacional, é necessária a comprovação de que os atos foram praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Para que ocorra a incidência do artigo 135 do Código Tributário Nacional e, por conseguinte, a aplicabilidade das regras do artigo 4º da Lei n. 8.397/92, é necessária a comprovação de que os diretores, gerentes ou representantes da pessoal jurídica praticaram os atos ilícitos com dolo, caso contrário, a única responsável pela obrigação tributária é a empresa apelada.

Ao cotejar os autos, vê-se que o apelante não comprovou que as obrigações tributárias que deixaram de ser praticadas pela empresa foram praticados com dolo pelos seus sócios. Deste modo, embora o simples não recolhimento do tributo constitua uma ilicitude, tal fato por si só não basta para que seja aplicada a regra do artigo 135 do CTN.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEI N. 8.397/92. AUSÊNCIA DE ANÁLISE QUANTO À COMPROVAÇÃO DE EXCESSO DE MANDATO, INFRAÇÃO À LEI OU AO REGULAMENTO. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 135 DO CTN.
>
> 1. Cuida-se de medida cautelar ajuizada pela Fazenda Nacional, onde se pleiteou a decretação da indisponibilidade dos bens da sociedade e de seus administradores, sob o argumento de que a pessoa jurídica foi notificada, nos autos de infração no processo administrativo.
>
> 2. O Tribunal de origem manteve sentença de procedência de medida cautelar fiscal, com fundamento no art. 2º, VI e VII, da Lei n. 8.397/92, determinando a indisponibilidade de bens pessoais da recorrente e da empresa executada até a satisfação do crédito tributário.
>
> 3. O requerimento da medida cautelar independe de prévia constituição do crédito tributário na hipótese em que o devedor, notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento da exação, pratica atos visando ao não cumprimento da obrigação, ou seja, aliena ou transfere bens de sua propriedade, sem proceder à devida comunicação ao órgão fazendário competente.
>
> 4. No entanto, esta Turma já decidiu que "os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade patrimonial secundária na ação principal de execução são também exigidos na ação cautelar fiscal, posto acessória por natureza. (REsp n. 722.998/MT, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.4.2006).
>
> 5. A decretação da indisponibilidade dos bens do sócio, ora recorrente, no Tribunal de origem, baseou-se unicamente no fato de o devedor ter sido citado para pagamento da dívida tributária.
>
> 6. **"A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.101.728/SP, Min. Teori Albino Zavascki, na sessão do dia 11.3.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que a simples falta do pagamento de tributo não configura, por si só, circunstância que acarrete a responsabilidade subsidiária dos sócios"** (AgRg no REsp n. 1.122.807/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 23.4.2010).
>
> 7. Recurso especial provido. (REsp n. 1141977/SC, REsp n. 2009/0178124-0, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21.9.2010, DJ de 4.10.2010).
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. SIMPLES INADIMPLEMENTO DE TRIBUTO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. DISSOLUÇÃO IRREGULAR NÃO COMPROVADA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 1.101.728/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC, firmou a orientação de que o simples inadimplemento de tributo não configura, por si só, circunstância que acarreta a responsabilidade do sócio, prevista no art. 135 do CTN.
>
> 2. Hipótese em que o Tribunal *a quo* consignou faltar nos autos documento que comprove a dissolução irregular da empresa. A revisão desse entendimento, como regra, implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag n.1218923/RS, AgRg no Ag n. 2009/0151725-8, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 21.9.2010, DJ de 13.10.2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO QUOTISTA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. NOME DO EXECUTADO NA CDA. CO-RESPONSÁVEL REDIRECIONAMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. ARTIGO 543-C, DO CPC. RESOLUÇÃO STJ 8/2008. ARTIGO 557 DO CPC. APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TRIBUNAL A QUO. SÚMULA 7.

1. A responsabilidade patrimonial secundária do sócio, na jurisprudência do E. STJ, funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

2. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, "se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos 'com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos'." Precedente: REsp n. 1.104.900/ES, Primeira Seção, Relª. Minª. Denise Arruda, DJU de 1.4.2009).

3. A suscitação da exceção de pré-executividade dispensa penhora, posto limitada às questões relativas aos pressupostos processuais; condições da ação; vícios do título e exigibilidade e prescrição manifesta.

4. A responsabilidade de sócio, por dívida fiscal da pessoa jurídica, em decorrência da prática de ato ilícito, demanda dilação probatória.

5. A exceção de pré-executividade se mostra inadequada, quando o incidente envolve questão que necessita de produção probatória, como referente à responsabilidade solidária do sócio-gerente da empresa executada.

6. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp n. 1.104.900, Relª. Minª. Denise Arruda, sessão de 25.3.2009), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

7. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 1278132/SP, AgRg no Ag n. 2010/0030603-9, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.4.2010, DJ 30.4.2010).

Aliás, referida matéria já foi analisada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, sob a ótica do artigo 543-C do CPC:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco (REsp n. 962.379, Primeira Seção, DJ de 28.10.2008).
>
> 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (REsp n. 374.139/RS, Primeira Seção, DJ de 28.2.2005).
>
> 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (REsp n. 1101728/SP, REsp n. 2008/0244024-6, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 11.3.2009, DJ de 23.3.2009).

Por oportuno, trago à baila os fundamentos do magistrado, a fim de que não se procedesse à indisponibilidade dos bens dos sócios:

> No entanto, consoante disposto no artigo 135 do CTN, a indisponibilidade dos bens dos sócios somente pode ser decretada, quando comprovado que estes tenham agido com dolo ou fraude, excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos, pois suas responsabilidades são subjetivas.
>
> Assim, a extensão da indisponibilidade patrimonial aos sócios, em se tratando de responsabilidade subjetiva, exige a comprovação de que as obrigações tributárias decorrem de atos praticados com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social ou quando a sociedade foi dissolvida irregularmente.
>
> E por isso, o alegado inadimplemento perante o Fisco Estadual não constitui, por si só, razão para que, com base na violação à lei, se procede à indisponibilidade de bens pessoais dos sócios.
>
> Em conformidade com o acima exposto, o mero inadimplemento para com o Fisco Estadual, não consubstancia infração à lei, capaz de estender aos sócios, a responsabilidade pelo pagamento do tributo.

Por sua vez, não prosperam os argumentos do apelante sobre a indisponibilidade patrimonial ser estendida aos bens dos sócios da empresa, por não ser mais inscrita no cadastro de contribuintes do órgão fazendário estadual.

A empresa não possui mais a sua inscrição estadual, porque foi por opção dela requerer a baixa de sua inscrição no cadastro de contribuintes (f. 35) antes mesmo de ser lavrado o auto de lançamento e de imposição de multa e de serem inscritos os débitos em dívida ativa (f. 23, 33, 560 e 572-3).

Logo, vê-se que a empresa apelada e seus sócios não se subsomem às regras do inciso VIII do artigo 2º da Lei n. 8.397/92, *ex vi*:

> Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: (Redação dada pela Lei n. 9.532, de 1997)L9532.htm.
>
> VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; (Incluído pela Lei n. 9., de 1997).

Ademais, cabe ressaltar que existe previsão legal permitindo que a própria pessoa jurídica, por seu representante, possa requerer sua baixa no Cadastro de Contribuintes. Tanto que, para a hipótese vertente, aplica-se o disposto no artigo 40 do Anexo IV do Regulamento do ICMS/MS:

> Art. 40. Sempre que o contribuinte encerrar a atividade de estabelecimento inscrito, fica obrigado a solicitar a baixa respectiva. Parágrafo único. A baixa será requerida: I - dentro do prazo de oito dias contados do encerramento da atividade do estabelecimento; II - junto à Agência ou Subagência Fazendária do seu domicílio fiscal. Art. 41. Requerida a baixa da inscrição, o contribuinte apresentará, ou indicará o local onde se encontram à disposição do Fisco, os seguintes documentos: I - sendo inscrito no Cadastro do Comércio, Indústria e Serviços (CCIS): a) as Autorizações de Impressão de Documentos Fiscais; b) os livros fiscais e contábeis usados e em uso; c) todos os demais documentos fiscais e regulamentares do imposto, relativamente aos últimos cinco anos anteriores ao exercício então corrente, inclusive este; d) os talonários de Notas Fiscais, conhecimentos e outros documentos ainda não utilizados; e) a FIC em seu poder; f) o comprovante do pagamento da taxa relativa à concessão de baixa;[...] § 1º Para os efeitos do disposto no "*caput*" deste artigo, o local indicado como aquele onde se encontram os livros e documentos fiscais, necessários à análise do pedido de baixa, não poderá situar-se fora do perímetro urbano da sede ou do Distrito do Município de domicílio do contribuinte. § 2º O pedido de baixa e os documentos que devem acompanhá-lo, deverão ser encaminhados pelo Chefe da Agência ou Subagência Fazendária ao Fiscal de Rendas da circunscrição ou, quando se tratar de local com diversos Fiscais de Rendas ali lotados, ao setor competente do Serviço de Fiscalização.§ 3º A apresentação dos documentos a que se refere este artigo ou a indicação do local onde se encontram à disposição do Fisco não dispensam o contribuinte da apresentação, mediante intimação, de outros documentos que o Fisco entender necessários para a realização da fiscalização visando ao deferimento do pedido de baixa. Art. 42. Após analisado pelo Fisco, é competente para o deferimento do pedido de baixa o Chefe da Agência ou Subagência Fazendária na qual estiver inscrito o estabelecimento do contribuinte. § 2º A concessão da baixa, ainda que em caráter definitivo, não implica a quitação de tributos e nem exonera o contribuinte de qualquer responsabilidade tributária.

Portanto, não prospera o argumento do apelante de que a medida cautelar de indisponibilidade dos bens também deve incidir sobre os bens dos sócios, uma vez que, para a hipótese vertente, os representantes da empresa requereram, antes de iniciada a apuração dos débitos, a baixa da empresa no cadastro de contribuintes.

Ademais, ressalto que, em razão do disposto no § 2.º do artigo 42 do Anexo IV do Regulamento do ICMS/MS, mesmo diante da baixa definitiva da inscrição do cadastro de contribuinte da empresa apelada, esta não fica exonerada de qualquer responsabilidade tributária.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença.

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. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 23 de novembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.005778-0 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROGRAMA DE PLANEJAMENTO FAMILIAR – INSERÇÃO DO DISPOSITIVO DIU – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA QUANTO À ASSOCIAÇÃO DE AMPARO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA – ACOLHIDA – GRAVIDEZ INDESEJADA – CONSCIÊNCIA DA POSSIBILIDADE DE INSUCESSO – MENOR COM DESENVOLVIMENTO PSICOMOTOR LIMITADO – INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM O USO DO MÉTODO CONTRACEPTIVO – RECURSO IMPROVIDO.

A Associação de Amparo à Maternidade e à Infância deve ser considerada parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, quando limitou em ceder o espaço físico para o funcionamento do Programa de Planejamento Familiar.

Não há 100% de garantia no uso de qualquer método contraceptivo, conforme explanado à autora nas palestras do programa e conforme rótulo do produto.

Não há correlação entre a utilização do DIU e a limitação no desenvolvimento psicomotor apresentada pelo autor.

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, 9 de novembro de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Luís Felipe Aristimunha Pinto, representado por sua mãe Cristiane dos Santos Aristimunha, apela da sentença que julgou extinto o processo em relação à ré Associação de Amparo à Maternidade e à Infância e julgou improcedentes os pedidos formulados em relação à ré Schering – Plough Indústria Farmacêutica Ltda. –, na ação indenizatória de responsabilidade civil por dano material e moral.

O apelante busca a reforma da sentença atacada, asseverando que:

> [...] merece reparo no que tange a exclusão da primeira recorrida do pólo passivo, visto que do conjunto probatório restou demonstrada cabalmente a responsabilidade da mesma, como parte ativa no processo de planejamento familiar. Não havendo assim como excluí-la do pólo passivo da presente demanda, via de conseqüência deve ser mantida a condenada solidariamente com a segunda recorrida. (f. 379)

> [...] procurou a primeira recorrida para fazer um planejamento familiar, já que não desejava mais ter filhos e tendo participado da reunião e se utilizado do método contraceptivo da segunda recorrida – o que é incontroverso – o fato de ter advindo uma gravidez inesperada, causou-lhe abalo emocional e perda salarial, decorrente do seu estado gestacional, via de conseqüência está provado o nexo de causalidade, bem como o que dele refletiu sobre a vida do primeiro recorrente. (f. 380).
>
> [...] falta de informação prestada pelas recorridas no que diz respeito ao lote e da data de fabricação do DIU inserido na recorrente. (f. 380)
>
> [...] as recorridas tinham o dever legal de utilizar dispositivos de qualidade, dentro dos prazos de validade e que garantissem o sucesso do tratamento, entretanto, assim não o fizeram, violando o ordenamento jurídico pátrio e gerando transtornos de ordem material e moral aos recorrentes. (f. 382).
>
> [...] houve falha no método contraceptivo e de igual forma informação errônea a recorrente, razão pela qual tem o dever de reparar o dano, a teor do que dispõem os artigos 186, 927 ambos do Código Civil. (f. 382).

Schering – Plough Indústria Farmacêutica Ltda. –, devidamente intimada, apresentou contrarrazões, pretendendo a manutenção da sentença hostilizada (f. 393-411).

A Associação de Amparo à Maternidade e à Infância, por sua vez, apresentou contrarrazões, requerendo a manutenção da sentença que entendeu por sua ilegitimidade de parte (f. 417-24).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se, como relatado, de apelação cível interposta por Luís Felipe Aristimunha Pinto, representado por sua mãe Cristiane dos Santos Aristimunha, contra sentença proferida nos autos de ação indenizatória de responsabilidade civil por dano material e moral, julgada extinta em relação à ré Associação de Amparo à Maternidade e à Infância, em razão do acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, julgada improcedente em relação à ré Schering – Plough Indústria Farmacêutica Ltda.

No presente caso, a autora, que já possuía 2 filhos, aderiu ao Programa de Planejamento Familiar visando a evitar nova gravidez, submetendo-se a inserção do método contraceptivo escolhido, na hipótese, o dispositivo denominado DIU. Não obstante a inserção do dispositivo intrauterino, adveio a gravidez indesejada em razão da situação financeiro-econômica da autora e o consequente nascimento do autor Luís Felipe, que apresentou desenvolvimento psicomotor inadequado, que a autora atribui ao uso do referido dispositivo DIU.

Pois bem. De plano, verifico que, no que diz respeito à matéria trazida no recurso, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, razão pela qual, para não incorrer em tautologia, transcrevo trechos da referida decisão que adoto para embasar a solução do presente recurso:

> Considerando que a ação foi proposta contra duas requeridas e, estas, individualmente, apresentaram defesa, separadamente, passo a analisá-las, de forma compartimentada, uma a uma.
>
> Em sua defesa de f. 162-177 a co-requerida ASSOCIAÇÃO DE AMPARO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA argui a sua ilegitimidade de parte, sob o argumento de que não houve interferência dela no programa, tendo se limitado ceder espaço físico para a Secretaria de Saúde do Município, quem era responsável pelo Programa de Planejamento Familiar.

Com efeito, na decisão de f. 195 a comprovação de tal argumento foi relegada para a fase de instrução probatória.

Ocorre que, em que pese não ter sido juntada aos autos qualquer prova documental referente à alegação da segunda requerida de que apenas cedeu o seu espaço físico à Secretaria Municipal de Saúde para o desenvolvimento de Programa de Planejamento Familiar de sua responsabilidade, no depoimento da testemunha de f. 353, médica do Programa de Planejamento Familiar que assistiu a autora consta que:

Que a depoente trabalha, como médica, no programa de planejamento familiar, que é da Secretaria de Saúde do Município. Que na época que a depoente atendeu Cristiane, esse programa funcionava em um espaço fornecido pela Maternidade Cândido Mariano. Que quem fornecia todo material para esse programa era e ainda é a Secretaria Municipal de Saúde[...]

[...]

Que a Maternidade requerida não tinha interferência no programa de planejamento familiar, que era um programa autônomo em relação á Maternidade, sendo que essa apenas fazia um favor emprestando um espaço físico adequado para funcionamento do programa[...]

Assim, considerando que as condições da ação podem ser verificadas a qualquer momento do processo, resta sem dúvidas a ilegitimidade de parte da co-requerida ASSOCIAÇÃO DE AMPARO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA, pelo que deve ser declarada a extinção, sem julgamento de mérito, em relação a essa requerida.

No que toca à defesa apresentada pela segunda requerida (f. 121-146), a preliminar argüida já restou afastada pela decisão de f. 195.

De resto, a matéria é de mérito e com ele será abaixo analisada.

Colhe-se dos autos que dois são os pedidos dos autores: um, referente à indenização por danos materiais e morais à autora CRISTIANE DOS SANTOS ARISTIMUNHA por gravidez indesejada e inusitada que lhe causou danos materiais e lhe abalou as emoções; e outro referente à indenização também por danos materiais e morais ao autor LUÍS FELIPE ARISTIMUNHA PINTO que nasceu com desenvolvimento psicomotor inadequado em razão da utilização do dispositivo DIU fornecido pela requerida em questão.

Com efeito, como bem se sabe, a responsabilidade civil para ensejar a obrigação de indenizar impõe a ocorrência de alguns requisitos, entre eles a ação ou omissão do agente, a existência do dano e o nexo de causalidade entre aquela ação ou omissão e o dano experimentado pela vítima.

Convém preponderar que, em se tratando de relação consumerista, como no caso dos autos, paira a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga da culpa da requerida ORGANON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, mas apenas da existência do nexo de causalidade entre a injuridicidade da ação praticada e o dano suportado. Em casos como o dos autos, de responsabilidade objetiva, a reparação dos danos independem da perquirição da culpa, desde que demonstrada a existência do nexo de causa e efeito entre o comportamento do agente e o resultado danoso. O que passo a analisar.

Primeiramente, quanto à pretensão da autora, tenho que a mesma não merece prosperar, isto porque, além de constar dos autos, mais especificamente da prova pericial produzida e da prova testemunhal, é de conhecimento público e notório de qualquer leigo, sem qualquer conhecimento especializado, ainda mais se tratando de uma mulher, que os métodos anticoncepcionais existentes, apesar de altamente eficazes, não são de eficácia absoluta, existem probabilidades de falhas e de insucesso, pois não há garantia total de que não haverá risco de gravidez.

Assim como, em que pese as argumentações da autora de que "sofreu prejuízos pecuniários" e emocionais, pelo que pretende a indenização por danos materiais e morais pela gravidez indesejada, tenho que, ante a inexistência do nexo de causalidade entre a ação praticada e o resultado danoso, não há que se admitir tal pretensão. Tenho que a gravidez não programada da autora, que diz ter lhe causado prejuízos, não adveio de qualquer comportamento da requerida. Aliás, certamente adveio da porcentagem de ineficácia presente em qualquer método contraceptivo, o que era de conhecimento da autora, até mesmo porque não restou demonstrado nos autos que o contraceptivo usado na autora estava falho ou mesmo o procedimento para sua inserção tenha sido realizado de maneira inadequada. Ao contrário, consta dos autos, da prova pericial que:

"Foram realizados todos os procedimentos normais e técnicos para a inserção do DIU; o mesmo foi bem armazenado e estava em condições de uso, com data válida de vencimento. Foi realizado ultra-sonografia pós-inserção, com resultado normal" (f. 251).

E, a própria autora reconhece em seu pedido inicial que "fez exame de ultra-sonografia para verificação da posição do dispositivo, sendo que tudo estava em situação regular, conforme atestado anexo", conforme se verifica do documento de f. 38 acostado com inicial.

Em sendo assim, tenho que a pretensão da co-autora Cristiane dos Santos Aristimunha não merece atendimento, ante as razões acima alinhavadas.

Na mesma esteira, converge a pretensão do autor Luis Felipe Aristimunha Pinto, isto porque conforme acima já mencionado, no caso em exame, paira a responsabilidade objetiva da requerida ORGANON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, quando então não se indaga da conduta culposa, mas tão somente da existência do nexo de causalidade entre a injuridicidade da ação praticada e o dano suportado, não vislumbro estar presente também no caso da pretensão do autor, em particular, por decorrência de seu retardo psicomotor e despesas materiais em razão dessa deficiência.

Da prova pericial, em resposta aos quesitos (f. 252) consta que:

Quesito 15 – No mecanismo supracitado existe algum fato que pode ser causa de retardamento mental-

Resposta: Não existe na literatura médica, relato algum, sobre isto.

(f. 255);

4 – Pode o Sr.Perito esclarecer quais as possíveis causas do retardamento psicomotor-

Resp.: a causa exata de um retardamento psicomotor nem sempre pode ser determinado. Podem ser causas: prematuridade; infecções maternas; partos prolongados [...] e outros.

(f. 256)

13 – Nos estudos realizados existe algum caso de retardamento mental em razão da gravidez com DIU inserido no útero-

Resp.:não há referências na biografia consultada, sobre este tema.

15 – No mecanismo supracitado existe algum fator que pode ser causa de retardamento mental-

Resp.:não

> 16 – Pode-se dizer com certeza a causa do suposto retardamento psicomotor do Autor-
>
> Resp.:não
>
> 17 – Pode-se estabelecer com certeza um nexo causal entre o retardamento do Autor e o uso do DIU
>
> Resp.: não
>
> [...]
>
> 19 – Existe comprovação clínica ou laboratorial de nexo de causalidade entre o suposto retardamento psicomotor e o uso do DIU
>
> Resp.:não (grifos meu)

Seguindo, a prova pericial conclui que (f. 259):

> 5 – não haver na literatura médica consultada referências de alterações na embriogênese, decorrentes de implantação de DIU no útero materno;
>
> Estes peritos não tem como fazer Nexo entre os distúrbios neurológicos apresentados pelo Autor após seu nascimento e a implantação do DIU no útero de sua genitora.
>
> [...] O uso de qualquer contraceptivo tem os seus riscos inerentes, e a autora estava ciente.
>
> Daí, não se tem como admitir a indenização pretendida pelo co-autor, ante ao que acima restou constatado. Dessa forma, concluo que o pedido dos autores deve ser rejeitado em relação à co-requerida ORGANON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. No que se refere à outra requerida ASSOCIAÇÃO DE AMPARO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA, o processo merece ser extinto em relação a esta, ante a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo.

De fato, como se verifica da leitura da sentença supratranscrita, a Associação de Amparo à Maternidade e à Infância é realmente parte ilegítima na demanda, visto que não praticou nenhuma interferência no programa, tendo-se limitado em ceder o espaço físico para a Secretaria de Saúde do Município, a responsável pelo Programa de Planejamento Familiar.

Por outro lado, é de conhecimento público e notório que não há 100% de segurança nos métodos contraceptivos, não havendo falar em direito à indenização, máxime quando a ora apelante foi informada sobre a possibilidade de gravidez nas palestras das quais participou ao aderir ao programa e também porque constam referidas informações no rótulo do produto utilizado.

Outrossim, de acordo com as respostas apresentadas pelos peritos, não há correlação entre a utilização do dispositivo intrauterino e o retardo psicomotor apresentado pelo autor, de modo que não lhe é devida a indenização pretendida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 9 de novembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.037991-6 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL – AUSÊNCIA DE PORTARIA DE INSTAURAÇÃO, DE CITAÇÃO OU DE INDICIAMENTO – REALIZAÇÃO DE ATOS DE INSTRUÇÃO SEM A PRESENÇA DO SERVIDOR – OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO – NULIDADE ABSOLUTA – RECURSO PROVIDO.

É plenamente possível o controle jurisdicional de ato administrativo disciplinar, especialmente aquele que aplica pena de demissão a servidor público.

É nulo o processo administrativo disciplinar que aplica pena de demissão a servidor público sem ter contado com portaria de instauração, citação ou mesmo com algum ato de indiciamento que possa ter dado conhecimento ao processado acerca das faltas funcionais que estavam sendo apuradas nos referidos autos administrativos, especialmente quando restar configurada a existência de prejuízos à ampla defesa e ao contraditório.

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 novembro de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Cuida-se de apelação cível interposta por Mário Maurício Vasquez Beltrão em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação anulatória de ato administrativo disciplinar (reintegração de cargo público) que move contra o Estado de Mato Grosso do Sul e outro.

Assevera o apelante, em apertada síntese, que (i) é possível o exercício do controle jurisdicional do ato administrativo que lhe aplicou a pena de demissão, afirmando que, dos trinta fatos arrolados na denúncia apresentada por um ex-funcionário do Terrasul, seis foram considerados procedentes pela Comissão Processante, sendo que:

(Fato 1) Em relação à sua participação em sociedade particular, na condição de sócio-gerente, afirma o apelante que (i) o fato de ser sócio gerente da empresa Toposat não trouxe prejuízos ao Estado, pois os poucos atos gerenciais por ele praticados "*ocorreram fora da jornada de trabalho e em lapso temporal de pequena duração. Inclusive, o controle de presença do apelante revela que não houve falta dele*" (f. 960); (ii) "não *bastasse isso, verifica-se que a função de*

sócio-gerente não era exclusiva do apelante, mas sim dividida com seu sócio, que efetivamente exercia as atividades gerenciais" (f. 960); (iii) "*ademais, ainda que houvesse esporádicos atos gerenciais, a pena de demissão também seria desproporcional ao modo como o bem jurídico foi (supostamente) ofendido pelo servidor*" (f. 960); e (iv) "*de qualquer forma, a TOPOSAT foi constituída em 19 de março de 1.987, quando não existia a vedação prevista nos artigos 219, inciso X, da Lei Estadual n. 1.102/90 e 117, inciso X, da Lei n. 8.112/90, sendo que jamais foi determinado o rompimento da sociedade*" (f. 960).

(Fato 2) Sobre a utilização de equipamento do Terrasul em benefício particular, alega que (i) "*não há no processo administrativo a necessária prova objetiva de que o apelante utilizou equipamento do extinto TERRASUL em benefício próprio*" (f. 961); (ii) não reconheceu em seu depoimento a utilização do aparelho de *fax* do extinto Terrasul; (iii) em depoimento prestado à Comissão Processante, Serafim Barbosa Loureiro afirmou que o apelante nunca utilizou equipamentos do Terrasul para realização de trabalhos particulares; (iv) "*ainda que assim não se entenda, não parece razoável que esse tipo de conduta supostamente comprovada possa justificar grave pena de demissão*" (f. 962);

(Fato 3) Acerca do suposto favorecimento à empresa Rota Engenharia e Agrimensura, argumenta que (i) "*não há nos autos, nem neste nem naquele do procedimento administrativo, uma única prova que autorize tal conclusão. Aliás, tanto não há prova que a AGE [Auditoria Geral do Estado] já havia concluído, que 'quanto ao fato de dizer que o Dr. Beltrão advogou em causa da Rota Engenharia e Agrimensura, e orientou no procedimentos irregulares, e os aceitou passivamente, só o Dr. Beltrão pode dizer, pois não conseguimos obter provas concretas e nem o motivo desse proceder tão inusitado, como foi nesse processo'*" (f. 962-3); (ii) a referida empresa foi contratada para proceder a medição de área objeto de processo de regularização por questão de segurança dos servidores do órgão e porque as equipes do Terrasul estavam trabalhando em vistorias de processos de regularização; (iii) "*é direito do administrador escolher a forma de execução de suas ações. No caso, determinou-se a medição porque havia interesse do TERRASUL em aplicar o parágrafo único do artigo 41 da Lei de Terras, o mais rápido possível e sem que disso decorressem riscos para seus funcionários. A demonstrar a dificuldade de tal operação ser realizada por funcionários do TERRASUL estão os ofícios enviados ao Juízo da respectiva Comarca e ao Sr. Delegado de Polícia da localidade*" (f. 964); (iv) "*ademais, o valor pelo qual foi contratado o serviço (R$ 154,00 por Km) estava abaixo do preço de mercado, o total do serviço (R$ 2.079,00) dispensava abertura de licitação (conforme relatório da AGE, f. 21) e a firma que realizou a medição estava sediada em Rio Verde, município onde se localiza o imóvel, o que implicou em aceleramento do processo de arrecadação das terras*" (f. 964); e (v) "*não fosse isso, vale ressaltar que o TERRASUL em diversas oportunidades contratou serviços de topografia junto a empresas particulares, quando a respectiva execução revelava-se antieconômica ou contrária aos interesses da Administração*" (f. 964).

(Fato 4) Sobre o suposto excesso na concessão de parcelamento de terras, alega o apelante que "*em nenhum momento o apelante foi acusado de ter efetivado de modo ilegal ou em excesso os tais parcelamentos de terras. Por tal razão, o ora apelante nunca teve a oportunidade de se defender dessa injusta acusação, sendo julgado e condenado sem que sequer se manifestasse a respeito, o que, mais uma vez, evidencia a parcialidade da aludida Comissão*". (f. 965).

(Fato 5) Em relação à suposta prática de advocacia administrativa patrocinada em favor de Joaquim Veloso, o apelante afirma que (i) "*constatou que havia uma ação discriminatória em andamento, onde Joaquim Veloso e Roberto Pedro Tonial reivindicavam uma mesma área, sendo que o primeiro possuía um título provisório e o segundo era detentor da posse*" (f. 968); (ii) "*como Diretor-Geral do extinto TERRASUL, o apelante solicitou o comparecimento das partes em seu gabinete para tentar viabilizar um acordo, de modo que fossem concluídos os processos instaurados perante o referido órgão*" (f. 968); (iii) "*buscou beneficiar o Estado de Mato Grosso do Sul, na medida em que, declarada a caducidade dos títulos provisórios de Joaquim Veloso, pôde receber o pagamento do valor da terra do Sr. Roberto Tonial*" (f. 968); (iv) "*não se pode extrair nada de irregular da tramitação do referido processo, até porque não se encontra supedâneo jurídico ou lógico a alegação de que o apelante teria prejudicado o Sr. Roberto Tonial e favorecido o Sr. Joaquim Veloso, se o último teve seus títulos extintos e o primeiro obteve o direito de regularizar a área em questão*" (f. 969); e (v) "*a questão é tão óbvia que a AGE concluiu, quanto ao referido processo,*

que 'ao enquadrar o Dr. Beltrão em crime de Advocacia Administrativa, favorecendo terceiros, deveria haver provas concretas e não conjecturas, que podem ter variadas interpretações" (f. 969).

(Fato 6) No tocante ao suposto favorecimento à empresa Palmeira Assessoria Agrária, o apelante alega que (i) "*se determinação houve para que se realizasse algum serviço em benefício da mencionada Srª Julieta, isto, com toda certeza, não partiu do apelante. Pelo que se sabe, o levantamento técnico realizado na área de propriedade daquela senhora foi determinado pelo Diretor-Geral à época, tendo por fundamento o art. 41, caput, do Decreto n. 1.697/82, tendo este assim agido por tratar-se de área de grande extensão, a ser regularizada, o que acarretou ganhos financeiros ao TERRASUL e ao próprio Estado de Mato Grosso do Sul*" (f. 970); (ii) "*os trabalhos realizados pelos engenheiros do TERRASUL diferem do trabalho apresentado pelo Sr. Márcio Palmeira, mesmo porque, conforme afirmou o Sr. Ercílio Donatoni em seu depoimento à Comissão, as áreas são distintas*" (f. 271); (iii) "*por fim, convém sublinhar que a própria AGE, no relatório que elaborou, não localizou o processo de diárias citado na denúncia, sendo que não existe nenhuma prova das acusações veiculadas nesse sentido*" (f. 971) e (iv) "*logo, se o apelante nada determinou a respeito da questão aventada, não poderia ter sido imputada a ele a acusação de ter causado lesão aos cofres públicos*" (f. 971).

O apelante afirma, ainda, que, mesmo que não se reconheça a legalidade de suas condutas, a pena de demissão é desproporcional ao caso em tela, pois (i) foi admitido no Terrasul em 1985 e nunca teve nenhuma falta; (ii) nunca havia sido punido; (iii) sempre manteve reputação ilibada e elogiável desempenho de suas funções, tanto que, admitido no órgão como mero engenheiro, galgou todos os degraus da carreira até alcançar o cargo máximo de Diretor-Geral; e (iv) enquanto comandou a autarquia, jamais teve uma conta nem sequer rejeitada pelo Tribunal de Contas.

Requer, ao final, o provimento do recurso "*a fim de que se julguem procedentes os pedidos iniciais, reconhecendo-se a ilegalidade do ato administrativo veiculado no Decreto 'P' n. 1410/96 e determinando a efetiva reintegração do apelante ao cargo público anteriormente ocupado, com efeitos ex tunc, tudo por conta da inexistência de motivos que pudessem levar à pena de demissão*" ou, então, para reenquadrar a sanção disciplinar, substituindo a pena de demissão pela de suspensão.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Mário Maurício Vasquez Beltrão em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação anulatória de ato administrativo disciplinar ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul e outro.

Busca o apelante sua reintegração ao serviço público, com efeitos *ex tunc*, pela anulação do ato administrativo que o demitiu ou por meio da substituição da pena de demissão pela de suspensão.

O recurso merece provimento.

De início, anoto que é plenamente possível o controle jurisdicional de ato administrativo disciplinar, especialmente aquele que aplica pena de demissão a servidor público.

Nesse sentido, aliás, vários são os precedentes do Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque o voto proferido pelo Min. Eros Grau no MS n. 24.699/DF, no qual, após longo arrazoado, que pode ser lido como uma verdadeira lição de direito administrativo, assim concluiu o nobre ministro:

> Sendo assim, concluo esta primeira parte de meu voto, deixando assente que o Poder Judiciário pode e deve, mediante a análise dos motivos do ato administrativo – e sem que isso

> implique em invasão da esfera privativa de atribuições reservadas à Administração pela Constituição do Brasil – pode e deve, dizia, rever a pena de demissão imposta ao servidor público.[1]

Tampouco destoa deste entendimento o Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do seguinte precedente:

> [...] I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.
>
> II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.[...][2].

Como destacado no julgado supratranscrito, justamente em razão de princípios tão caros ao constituinte de 1988, *v.g.*, os princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da culpabilidade e da proporcionalidade, é que não há falar em discricionariedade no ato administrativo que aplica sanção disciplinar, motivo pelo qual o controle jurisdicional na espécie é amplo, não se restringindo, destarte, aos seus aspectos formais.

No precedente do Supremo Tribunal Federal acima transcrito, por exemplo, a Corte Maior determinou a reintegração de servidor público demitido em processo administrativo disciplinar por vislumbrar, dentre outros fundamentos, que "*o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos*". Vale dizer, naquele caso, o Pretório Excelso analisou amplamente as provas existentes nos autos e concluiu de forma diversa do que havia sido concluído pela administração, fato que evidencia, portanto, a amplitude do poder de revisão do ato administrativo demissional pelo Judiciário.

Pois bem. Segundo consta dos autos, o apelante era servidor do antigo Terrasul, hoje Idaterra, sendo que, contra ele, foi elaborado um dossiê pelo então servidor do mesmo órgão Ronaldo Lacerda Freitas (f. 61), contendo diversas denúncias de irregularidades (primeiros quatro volumes dos autos suplementares).

Em razão dessas denúncias, foi realizada auditoria pela Auditoria-Geral do Estado, cuja conclusão, apresentada pelas inspecionantes no quinto volume dos autos suplementares e ratificada pelo Auditor-Geral do Estado às f. 72-3 destes autos, indicou a necessidade de instauração de processo administrativo para apurar algumas irregularidades.

Com efeito, a Auditoria-Geral do Estado, que trabalhou por três meses dentro do referido órgão, reconheceu a existência de irregularidades, mas afastou também grande parte das denúncias apresentadas, anotando expressamente que:

> Houve irregularidades? Sim, houve, mas sobretudo, muito do que foi escrito e, à maioria das vezes de forma caluniosa e pejorativa, a nós configurou que, o servidor ao fazer tal denúncia, não foi pensando em melhorar a imagem do Órgão, ou torná-lo melhor na execução de suas metas fim.
>
> O que vimos aqui foi uma forma de tumultuar o ambiente de trabalho, fazendo deste espaço físico apenas o melhor local para um duelo particular.
>
> Sim, ao longo desse tempo que aqui estivemos, tudo que lemos, todas as denúncias autônomas que recebemos, nos afigurou de forma nítida o embate particular entre alguns servidores.

1 MS n. 24699, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 30.11.2004, DJ de 1.7.2005, PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-83 RTJ VOL-00195-01 PP-00064

2 MS n. 12927/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12.12.2007, DJ de 12.2.2008, p. 1

> Poder, inveja, ciúmes, e tantos outros, a nós desconhecidos, foram os motivos dessa tão propagada denúncia.
>
> São motivos fortes, que levaram alguns, em detrimento de outros a agirem de forma coercitiva; impondo desordens, gerando medo e insegurança a todos os funcionários, que de alguma forma se viram representando o papel de coadjuvantes numa guerra particular, onde não existirão vencedores ou vencidos, mas a certeza de contarem com pessoas humanas, justas e responsáveis, como seus dirigentes, ao norteá-los para seguirem em frente, em busca de dias melhores." (f. 136-7 do 5º volume suplementar).

A transcrição do trecho acima se mostra necessária porque demonstra o verdadeiro regime de embates e delações, para utilizar palavras da própria conclusão da auditoria, que prevalecia naquele órgão, fato que, a meu ver, evidencia a relevância do presente controle jurisdicional, pois, considerando a situação narrada, a sanção aplicada administrativamente deve ser avaliada *cum granus salis*.

Feitas essas observações, passo a demonstrar os motivos pelos quais, a meu ver, este recurso merece provimento.

Ocorre que o processo administrativo disciplinar em questão, desde o princípio, transcorreu à margem do que dispõe o Estatuto dos Servidores Civis do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei n. 1.102/90).

Com efeito, o referido processo administrativo teve início sem que tenha havido portaria instauradora conforme dispõe o § 2º do artigo 258 da Lei n. 1.102/90, a seguir transcrito:

> Art. 258[...]
>
> § 2º O ato de instauração indicará o nome, cargo, empresa ou função e a matrícula do funcionário acusado, bem como declinará as faltas ou irregularidades que lhe foram imputadas.

Note-se que, após a apresentação das denúncias, os responsáveis pelo Terrasul – Secretário de Estado de Agricultura, Pecuária e Desenvolvimento Agrário e o Diretor-Geral do Órgão – deram conhecimento ao Secretário de Estado de Administração (f. 58-9 destes autos) e solicitaram orientações ao Procurador-Geral do Estado (f. 60).

Em resposta de f. 62, o Procurador-Geral do Estado encaminhou minuta de portaria a ser expedida pelo Terrasul para "*a instauração de processo administrativo disciplinar, para apurar irregularidades praticadas por servidor daquele Departamento*".

Contudo, mesmo possuindo a minuta da portaria de instauração pronta, demandando apenas a numeração e a assinatura do Diretor-Geral do Terrasul (f. 63-7), o referido órgão deixou de assim proceder, pois a mencionada minuta não foi assinada e tampouco publicada. Aliás, este ponto evidencia a inconsistência da defesa do ato efetuada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, pois, em sua contestação, assim rechaçou a alegação de ofensa à ampla defesa no referido processo administrativo:

> A imputação disciplinar deduzida contra o autor pela Comissão de Disciplina consubstanciou-se no despacho de instrução e indiciação que sumariou, de modo claro e objetivo, os fatos e ilícitos disciplinares a ele atribuídos (f. 63-67).
>
> Aquela peça delineou os limites da acusação dirigida ao então indiciado, que se defendeu eficazmente dos fatos que lhe foi imputado. (*sic*, f. 875) Destaquei.

Entretanto, vale ressaltar que o "despacho de instrução e indiciação" mencionado pelo apelado não existe juridicamente, uma vez que se trata de mera minuta de portaria, a qual, reitero, não foi numerada, assinada tampouco publicada.

Em verdade, o que se verifica é que a Resolução Conjunta "P" SAD/SECAP n. 002/95 (f. 161) constituiu a comissão processante e esta, desrespeitando todo o regramento jurídico do processo administrativo e, por conseguinte, os princípios da ampla defesa e do contraditório, iniciou o processo administrativo em questão sem publicar a portaria instauradora.

Por oportuno, anoto que a referida resolução não pode ser considerada como o ato inaugural do processo administrativo, ou seja, como a portaria de instauração, pois não indicou nenhum dos requisitos mínimos contidos no dispositivo supratranscrito, os quais novamente transcrevo: "*o nome, cargo, empresa ou função e a matrícula do funcionário acusado, bem como declinará as faltas ou irregularidades que lhe foram imputadas*".

Mas não é só. Além do processo administrativo em questão não ter sido instaurado por meio de portaria inaugural, a comissão processante também não providenciou a citação do apelante, infringindo, assim, expressa determinação do artigo 259 da Lei n. 1.102/90, a seguir transcrito:

> Art. 259. A citação do acusado dar-se-á pessoalmente, por escrito, contra recibo e será acompanhada de cópia de documentos que lhe permita conhecer os motivos do processo disciplinar.

O referido processo administrativo disciplinar, portanto, iniciou-se sem portaria da autoridade competente e sem a citação do acusado, o que configura, a meu ver, nulidade absoluta, especialmente porque, na hipótese, esses vícios acarretaram flagrante ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

Isto porque, como já dito, o processo administrativo em questão teve seu curso, aí incluindo dois depoimentos do denunciante (f. 176-9 e 180-3), juntada de diversos documentos (f. 169-70, 186, 189-231, 234-45 e 251-92) e requisições de provas (f. 248), antes mesmo do ingresso do denunciado nos autos, o que, seguramente, impediu o exercício do contraditório assegurado pela Constituição Federal e pela Lei n. 1.102/90, que assim dispõe:

> Art. 261 [...]
>
> § 3º Durante a instrução, o acusado será sempre intimado para assistir pessoalmente aos atos processuais, fazendo-se acompanhar de defensor e poderá, nas inquirições, levantar contradita, formular perguntas e reinquirir testemunhas.
>
> Ainda antes do ingresso do denunciado nos autos, a comissão processante realizou diligências na Comarca de Cassilândia (f. 446), o que também ofende, juntamente com o princípio do contraditório, o artigo 267 da Lei n. 1.102/90:
>
> Art. 267. As diligências externas poderão ser acompanhadas pelo servidor acusado e seu defensor.

Como se vê, o processo administrativo disciplinar que aplicou a pena de demissão ao apelante não contou com portaria de instauração, citação ou mesmo com algum ato de indiciamento do servidor acusado, o que certamente inviabilizou a sua defesa, pois nem sequer lhe foi dado conhecimento acerca das faltas funcionais que estavam sendo apuradas nos referidos autos administrativos.

Não se está aqui falando, reitera-se, que a portaria inaugural teve algum vício, mas sim que ela simplesmente não existiu, assim como não existiu a citação tampouco o indiciamento do servidor denunciado.

Em outra vertente, ressalto que, a meu ver, mesmo o posterior ingresso do servidor no decorrer do processo administrativo disciplinar não foi suficiente para sanar as graves nulidades apontadas, pois, ainda que seu procurador tenha se esforçado para apresentar defesa, certo é que nenhum ato da comissão processante indicou quais fatos imputados ao denunciado estavam sendo apurados naquele feito e, por conseguinte, sobre contra o que ele deveria, de fato, se defender.

Aliás, a simples concessão de vistas do processo administrativo em questão ao apelante não foi suficiente para permitir-lhe o exercício da ampla defesa, pois, reitero, não havia nos autos nenhum documento da própria comissão processante que indicasse os fatos que estavam sendo apurados, mas somente diversos volumes contendo denúncias desencontradas em uma espécie de dossiê elaborado pelo denunciante.

Para comprovar esse cerceamento de defesa, basta observarmos, por exemplo, que, diante da ausência de um ato que descrevesse as faltas que lhes eram atribuídas, o apelante foi condenado pela suposta irregularidade na concessão de parcelamento de excesso de terras sem ter tido a oportunidade de se defender contra a referida acusação em seus depoimentos (f. 327-32 e 356-61), nos quais tal fato não lhe foi sequer perguntado, tampouco pôde fazê-lo em suas alegações finais (f. 732-71).

Assim, diante de tão graves nulidades – ausência de portaria de instauração, falta de citação e inexistência de indiciamento, bem como pelo fato de ter havido a realização de atos de instrução sem a presença do apelante – e dos evidentes prejuízos à defesa delas decorrentes, não tenho dúvida em anular, de ofício, o referido processo administrativo.

Por oportuno, transcrevo observação lançada pelo i. Des. João Maria Lós no voto proferido no Mandado de Segurança n. 2008.018448-9, que bem se aplica na hipótese:

> O que se busca aqui é chamar a atenção para a imprescindibilidade da instauração e desenvolvimento de processo disciplinar em conformidade com o devido processo legal, revestido das formalidades exigidas em observância ao direito do contraditório e da ampla defesa. Não se pretende aqui inocentar o servidor que eventualmente tenha praticado irregularidade administrativa, muito menos propagar, por hipótese, a impunidade. O que não se admite é aplicação da penalidade disciplinar máxima sem que se tenha atendido ao primado do devido processo legal.
>
> É cediço que o processo administrativo disciplinar rege-se pelo princípio do informalismo, de modo que não segue o rigor exigido no processo penal. Entretanto o fato imputado ao servidor deve estar descrito de forma precisa e minuciosa, de modo a possibilitar sua ampla defesa, perfazendo formalidade mínima havida em decorrência do princípio da legalidade e do devido processo legal.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para anular o Processo Administrativo Disciplinar n. 04/002746/95, sem prejuízo de nova instauração, e, por conseguinte, determino a reintegração do apelante ao cargo do qual foi ilegalmente demitido.

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, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 23 de novembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.021678-3/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO – AFASTADAS – COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA – ERRO MÉDICO CONSTATADO – REPARAÇÃO DE DANOS CABÍVEL – DECISÃO MONOCRÁTICA– REDISCUSSÃO DE MATÉRIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Deve ser mantida a decisão impugnada, se o recorrente pretende apenas a rediscussão da matéria, sem trazer qualquer fato novo, capaz de promover a modificação do *decisum*.

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, 9 de novembro de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de agravo regimental interposto por Kátia Dutra do Souto de Arruda Alves contra decisão monocrática (f. 356-62), proferida em razão da interposição de recurso de apelação cível manejado nos autos da indenização por danos morais e materiais promovida por Selma Maria Estivalet Gindri Dorneles.

A agravante sustenta, em síntese, que:

> [...] nulidade da decisão, por desatenção ao princípio do devido processo legal e violação da regra do art. 557 do CPC, que não autorizam que se julgue monocraticamente apelação que, na sua maior parte (quanto ao mérito), diz respeito a REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. (f. 365).
>
> [...] violação do dever de motivação, algo exigido pelos arts. 93, IX, da Constituição Federal, e 165 e 458 do CPC, apontando a jurisprudência ser nulo o acórdão que mantém a sentença pelos seus próprios fundamentos, por falta de motivação, tendo o apelante o direito de ver solucionadas as teses postas na apelação. (f. 366).
>
> [...] não se pode afastar a conclusão do laudo, pois a fístula pode surgir como uma complicação indesejada do ato cirúrgico, não derivando daí, por si só, a responsabilidade civil da agravante. (f. 368).

> [...] na apelação constou insurgência da ora agravante quanto ao TERMO INICIAL DA CONTAGEM DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA (f. 332), algo efetivamente não examinado. (f. 368).

Ao final, requer a anulação da decisão invectivada, acolhendo-se as preliminares arguidas e, caso não seja este o entendimento, o provimento do recurso no mérito.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

A decisão atacada tem o seguinte teor (f. 356-62):

> [...] Nego seguimento ao presente recurso.

Decido monocraticamente, na forma do artigo 557, *caput,* do Código de Processo Civil, em homenagem à instrumentalidade, celeridade e economia processual e, em especial, em atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserida pela Emenda Constitucional n. 45/04, no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

O presente caso refere-se a pedido de indenização por eventual reparação civil decorrente de erro médico que consiste em complicação decorrente de cirurgia de histerectomia abdominal, alegada previsível pela médica perita e pela ré, ora apelante.

Dito isso, verifico que, com relação à matéria trazida no recurso, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevo dela trechos que servem para embasar esta decisão:

> No caso em apreço a relação havida entre as partes foi contratual e, pois, se submete ao CDC.
>
> Assim, em que pese a análise do ônus probatório ser carreado a autora, não por não ser hipossuficiente mas porque em sendo profissional liberal deve ser demonstrada a ocorrência da culpa - art. 14, § 4º - todos os outros direitos do consumidor se preservam.
>
> Entre os direitos do consumidor o art. 14, § 1º segundo o qual o serviço médico pode ser considerado defeituoso quando não fornecido de acordo com a segurança que dele pode ser esperado no modo de seu fornecimento.
>
> É o que sucedeu no caso em apreço que faz concluir que houve sim defeito na prestação dos serviços prestados pela ré.
>
> Demonstro.
>
> As partes são concordes ao afirmarem que efetivamente a autora se submeteu a uma cirurgia com a ré.
>
> A ré não nega na contestação que tenha efetivamente informado a demandante que se tratava de uma cirurgia simples e de rápida recuperação.
>
> Ao contrário, na contestação afirmou que aplicou toda a melhor técnica para que a autora ficasse boa.
>
> Aliás, esta a obrigação mesmo no contrato de meio.

[...]

No entanto, a demonstração dos autos é que efetivamente a ré não utilizou todas as medidas que poderia e que lhe seria razoável exigir.

Explico.

[...]

Ou seja o juiz deve aferir as circunstâncias do caso com sensatez, tino, discrição, determinação, de forma equilibrada, equânime, circunspecta, precavida, analisando a diligência com plausibilidade e sensibilidade, apoiando-se nos dados da experiência comum, sem se olvidar das palavras dos entendidos.

Por eqüanime também deve ser entendido aquilo que contém em cada prova.

A alegação da autora, na inicial, foi de que ao realizar o ato cirúrgico a ré cometeu um erro.

Na verdade, a ré após o laudo confirma este erro é previsível - f. 307.

A perita também informa que este erro é previsível.

Mais ainda a perita informa que "é aconselhável ao médico informar ao paciente risco de complicações cirúrgicas" e até sugere que se imponha ao mesmo a assinatura de um "termo de consentimento informado" cujo teor é disponibilizado pela Febrasgo - f. 273-.

Ora, o fato de ser uma complicação previsível, ao contrário do que afirmou a ré ou mesmo sugere a perita, não isenta a demandada da culpa do cometimento de tal erro.

Ficou muito claro e evidente que a ré ao fazer na autora uma cirurgia de histerectomia abdominal provocou lesão do ureter "o que ocasiona saída da urina pela vagina e não pela uretra" tal como afirmou a autor.

Vale dizer, o fato ou o argumento, ou ainda a afirmativa feita pela autora ficou comprovado pelo laudo pericial.

Demonstrado está que efetivamente a ré realizou a cirurgia e lesou, não propositadamente, mas isso é irrelevante, o ureter da autora.

Mais ainda, tal lesão era previsível.

Se era previsível e se havia, como afirmado pela perita, meios para que fosse evitado, então evidente que pode a ré ter agido sem que isso justifique a aplicação de punição administrativa do conselho de medicina, mas, também, fica evidenciado que sua atitude fere sim ao comando do art. 14 do CDC porque não aplicou TODOS os meios para evitar tal fato.

Realmente a perícia foi cristalina em dizer que esta complicação é previsível na literatura.

A ré afirmou peremptoriamente que é especialista em ginecologia e obstetrícia com centenas de procedimentos iguais ao realizado na autora.

Se é assim, se é uma profissional tão experiente e capacitada é razoável exigir que a mesma tivesse tido a cautela advertida pela perita no item 10 de f. 277 isso não teria ocorrido.

Aliás, disse a perita no item 10:

> 10)[...] quais os cuidados que o profissional deve tomar para evitar lesões no sistema urinário-
>
> R: Operar com boa pratica cirúrgica e verificar a contratilidade do ureter com pinça cirúrgica, pelos movimentos de peristalse (movimentos do ureter que demonstra a capacidade de bombeamento da urina) antes do fechamento da cavidade"
>
> Ou seja, se é um evento previsível e a ré é uma expert neste tipo de cirurgia, já tendo realizado às centenas, era bem razoável que: 1) informasse a paciente a possibilidade desta intercorrência, e não dissesse que era procedimentos simples e que tudo se resolveria rapidamente; 2) fizesse o pinçamento do ureter e verificasse os movimentos de peristalse antes do fechamento da cavidade abdominal.
>
> Se a ré não fez estes procedimentos evidente que agiu com culpa sendo negligente na falta de informação e imperita por não realizar o procedimento acima.
>
> Isto demonstra que, as provas conduzem que as afirmativas da autora foram demonstradas enquanto que as da ré não o foram e, por isso, a conclusão jurídica é que a demandante deve sim respondem pelos danos.
>
> Quanto aos danos materiais deve-se adotar, até ante a falta de contestação específica, o valor informado às f. 13 de R$ 7.043,00.
>
> Todavia, a afirmativa de que seria necessário acrescer "as que ainda serão necessárias realizar", não tem razão de ser.
>
> A perícia concluiu que atualmente a autora está em boas condições de saúde sem necessidade de outras intervenções ou tratamento.
>
> Quanto aos danos morais evidente que não se tratou de mero aborrecimento.
>
> A autora teve nítidos transtornos físicos e mentais.
>
> A autora é médica-veterinária, a ré também tem boas condições de saúde, as condições das partes são boas.
>
> Todavia, as circunstâncias não revelam que a indenização deva ser alta. A ré atendeu a autora sempre que foi solicitado, acompanhando inclusive a operação que corrigiu o erro que havia cometido.
>
> Assim justo que a fixação da indenização por danos morais seja cerca de duas vezes o que houve de dano material, ou seja, justa a indenização em R$ 15.000,00.
>
> Posto isso, julgo procedente em parte o pedido encetado na inicial para condenar a ré a pagar a autora R$ 7.043,00 a título de danos materiais (valor esse corrigido pelo INPC a contar da propositura da ação e juros de mora de 1% a contar da citação) e R$ 15.000,00 a título de danos morais (correção e juros também nessa condenação).
>
> Sucumbência mínima da autora, arcará a ré com as custas do processo e honorários que fixo em 15% sobre o valor da condenação considerando a proximidade, trabalho e até ao tempo e o fato de ser desnecessária a realização de audiência de instrução."

De fato, consoante entendimento adotado pelo juízo de origem, ao provocar o evento danoso, complicação cirúrgica por erro médico, a apelante não se desincumbiu de utilizar

da forma correta a técnica conhecida, quando poderia e deveria fazê-lo, por profissional experiente que é em sua área de atuação (ginecologia e obstetrícia), pois já realizou centenas de procedimentos iguais ao realizado na autora.

Agiu, portanto, com imperícia, pois o surgimento do efeito indesejável ocorreu por sua exclusiva culpa, quando deixou de empregar a técnica da forma que viesse a evitar complicação previsível.

Importante acrescentar que embora a profissional se utilize da técnica correta, mas cometa erro médico por conduta fatídica, fica configurada sua culpa na modalidade de imperícia, conforme ensinamento de Rui Stoco[1]:

"Há "imperícia" quando a técnica é correta e adequada, mas a conduta ou atuação do médico é incorreta ou desastrosa. Quer dizer o médico aplica mal uma boa técnica.

[...]

A segunda hipótese ("imperícia") contém o "erro inescusável" ou não justificável, portanto erro punível no plano civil e que impõe o dever de reparar."

E esta conclusão pelo erro médico não há de ser confundida com erro de técnica, como pretende demonstrar a apelante em suas razões, pois é cediço que não cabe ao juiz dizer qual é a melhor técnica, por não ser habilitado na área médica. Mas, em contrapartida, compete ao magistrado o julgamento a respeito da ocorrência do erro médico, com base na análise dos fatos ocorridos, bem como do laudo pericial e das provas trazidas aos autos.

Resta, portanto, afastada a pretensão da apelante em responsabilizar a paciente, ao alegar que o tempo decorrido pode ter sido fato causador da demora na recuperação da paciente e que a decisão de aguardar pelo profissional de sua confiança foi decisão de risco assumida pela autora, ora apelada, tendo em vista a culpa exclusiva da apelante que agiu com imperícia, com bem explicitado acima.

Por fim, o cabimento da indenização decorre da constatação de conduta culposa do agente, da existência do dano, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, pois, caso inexistente quaisquer destes requisitos, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Neste sentido, é o entendimento jurisprudencial a seguir:

"INDENIZAÇÃO -RESPONSABILIDADE CIVIL - EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.

- Para que se imponha o dever de indenizar, necessária a comprovação dos requisitos subjetivos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, a ilicitude da conduta e o nexo causal entre ambos.

[...][2] (grifei)

Verifica-se, com isso, que a responsabilidade civil da ré restou demonstrada, porquanto preenchido o dano (complicação cirúrgica), a ilicitude da conduta (imperícia, erro médico) e o nexo causal (fístula distal do ureter), daí porque cabível a indenização a ora apelada, como bem decidido pelo juiz de origem.

Assim, demonstrada a ilicitude da conduta praticada pela ora apelante, não há falar em improcedência da pretensão indenizatória.

1 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil, Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: RT. p. 555.

2 TJMG, AC n. 2.0000.00.501071-3/000, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Lacerda, julgado em 30.11.2005.

As razões deduzidas no presente regimental não são suficientes para modificar o entendimento adotado, impondo-se, por conseguinte, a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Com efeito, por primeiro, rejeito a preliminar de nulidade da decisão, porquanto o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil expressamente atribui ao relator a possibilidade de negar seguimento a recurso manifestamente improcedente.

Ora, insistindo a recorrente em ter seu recurso julgado por órgão colegiado, o que é inegável direito seu, pode interpor o agravo regimental para provocar a Turma, conforme dispõe o §1º do referido artigo.

Afasto, portanto, esta prefacial.

Quanto à preliminar de nulidade da decisão por falta de motivação, em razão da manutenção dos fundamentos contidos na sentença, tenho que igualmente não deve prevalecer.

Pois bem. Anote-se, por oportuno, que a presunção de veracidade dos fatos articulados na inicial é relativa, pois cabe ao magistrado, quando da prolação da sentença, verificar os elementos colacionados aos autos e, calcando-se no juízo da verossimilhança e plausibilidade, julgar de acordo com sua convicção.

Por outro lado, não está o julgador obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes nem se ater aos argumentos indicados por elas.

No caso, como se vê, os fundamentos adotados para apontar os elementos de convicção do magistrado foram suficientes e a sentença ora combatida enfrentou minuciosamente as matérias relacionadas à presente demanda.

Nesse sentido, eis a orientação da Corte Superior de Justiça:

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA [...] 2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (art. 131 do CPC), usando os fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. 3. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide [...][1]. (Grifei).

Ademais, não se pode olvidar que é o magistrado de origem, em razão do princípio da identidade física do juiz, quem possui melhores condições para avaliar as alegações das partes, pois o magistrado local, de fato, é quem está mais bem posicionado para realizar o exame das provas produzidas nos autos, razão pela qual suas decisões devem ser prestigiadas, desde que assegurado, evidentemente, o devido processo legal.

1 STJ, Ag n. 750.145, RS (2006/0040640-2), Rel. Min. José Delgado, DJ de 18.4.2006.

O magistrado acolheu o pedido da autora, por ter ela demonstrado a veracidade de suas alegações, não tendo a requerida, ora apelante, logrado êxito em desconstituir a veracidade ou não dos fatos ali afirmados.

Assim, não há falar em nulidade da decisão monocrática que manteve os fundamentos da sentença como razão de decidir.

No que concerne ao mérito, mantenho o entendimento adotado na decisão atacada.

O presente caso refere-se a pedido de indenização em decorrência de erro médico que consiste em complicação decorrente de cirurgia de histerectomia abdominal, alegada previsível pela médica perita e pela ré, ora agravante, que provocou uma lesão (fístula) no ureter da autora, ocasionando a "*saída da urina pela vagina e não pela uretra*", tal como afirmou a autora.

Embora a agravante sustente não ter havido erro médico, visto que o surgimento da fístula pós-histerctomia abdominal é fato previsível, o caso se enquadra perfeitamente no que dispõe o art. 14 e parágrafos do CDC, pois, ao provocar o evento danoso, complicação cirúrgica por erro médico, a agravante não se desincumbiu de utilizar da forma correta a técnica por ela bem conhecida, quando poderia e deveria fazê-lo, por profissional experiente que é em sua área de atuação (ginecologia e obstetrícia), visto que já realizou centenas de procedimentos iguais ao realizado na autora.

Desse modo, tendo agido com culpa, de modo a causar danos na ora agravada, deve, nos termos da legislação consumerista, reparar os danos causados.

Quanto aos juros e correção monetária, a decisão também deve ser mantida, visto que, ao utilizar a sentença como razões de decidir, subtende-se sua manutenção, inclusive, quanto a esta matéria, de modo que, os juros de mora sejam devidos desde a citação válida e a correção monetária, pelo INPC, seja devida a contar da propositura da ação.

Assim, não tendo a agravante trazido argumentos capazes de alterar a decisão monocrática atacada, manter-se-á por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do presente 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. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 9 de novembro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.016243-5 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA C/C PETIÇÃO DE HERANÇA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA –DECLARAÇÃO DE OFFÍCIO – PRAZO DIMINUÍDO PELA NOVA LEI CIVIL – REGRA DE TRANSIÇÃO – ARTIGO 2.028 DO CC/2002 – CONTAGEM DO PRAZO A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO – PRESCRIÇÃO AFASTADA – AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA – PRESCRIÇÃO ÂNUA – RESCISÃO DA PARTILHA – PRAZO DE 2 ANOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA SUCESSÕES PARA O PROCESSAMENTO DA AÇÃO INDENIZATÓRIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Havendo nulidade na sentença, esta pode ser analisada independente do pedido das partes.

2. Quando decorrido menos da metade do prazo prescricional regulado pelo CC/1916 (ou por lei extravagante) e esse mesmo prazo tiver sido diminuído pela lei nova (CC/2002), aplica-se a regra da lei nova, a partir de sua vigência (12.1.2003), desprezando-se o tempo que já tinha fluído sob a égide da lei revogada. 3. Quanto à ação de anulação de partilha, o prazo prescricional é de 1 ano, nos termos do art. 1.027 do CPC, a contar da data em que tenha ocorrido qualquer dos vícios nele mencionados. 4. É rescindível a partilha julgada por sentença nos casos previstos no art. 1.030 do CPC, cujo prazo é de 2 anos do trânsito em julgado da decisão. 5. O Juízo da Sucessão é competente para processar e julgar a ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada em virtude de preterição de herdeiro na partilha.

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

Campo Grande, 7 de outubro de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Dirce Xavier dos Santos apela da sentença que, nos autos da Anulação de Partilha c/c Ação de Petição de Herança e Indenização por Danos Materiais e Morais, indeferiu a petição inicial em virtude da prescrição do direito de ajuizar ação de petição de herança (10 anos), bem como ação de anulação de partilha (1 ano) e ação rescisória (2 anos do trânsito em julgado da sentença). E ainda, quanto à ação de indenização por danos materiais e morais, por ser incompetente para seu conhecimento, uma vez que a matéria escapa à competência da Vara de Sucessões. Inconformada, aduz que não há falar em prescrição da ação de anulação da partilha, uma vez que a recorrente apenas tomou conhecimento da sua exclusão da ação de arrolamento de bens, promovida

pelos apelados, dias antes do ajuizamento da presente ação, deve, portanto, ser este o prazo inicial para a contagem da prescrição, tanto da ação de petição de herança quanto da anulatória ou rescisória. No que tange à ação indenizatória, defende a competência da Vara de Sucessões em virtude de ser decorrente de fatos e pedidos a serem discutidos na ação anulatória e petição de herança. Requer o provimento do recurso com a reforma da sentença para que seja recebida a petição inicial e dado prosseguimento ao feito.

Sem contrarrazões, porque ainda não houve citação, uma vez que a sentença é de indeferimento da inicial.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Extrai-se dos autos que os apelados ajuizaram Ação de Arrolamento de Bens (autos n. 001.98.0016443-0), alegando serem filhos e únicos herdeiros de Euclydes de Oliveira, falecido em 10.6.1998, na condição de viúvo, deixando bens a inventariar, da qual foi a apelante preterida como herdeira, já que nem sequer foi mencionada e muito menos citada na referida ação, daí que ingressou com a presente Ação de Anulação de Partilha c/c Petição de Herança e Indenização por Danos Materiais e Morais, buscando ver garantido seu direito à herança, a qual teve a inicial indeferida em face do reconhecimento da prescrição com relação às duas primeiras ações e a incompetência do juízo quanto à terceira, o que deu ensejo ao presente recurso de apelação.

Preliminar de ofício de nulidade da sentença

Inicialmente, por questão de ordem, suscito preliminar de nulidade da sentença em relação ao tópico em que o juízo *a quo* sustentou que deixava de conhecer do pedido de indenização por danos materiais e morais, por entender que a matéria escapa à competência da Vara de Sucessões, tendo em consequência indeferido a petição inicial. Entendo que, com tal sustentação, o juízo atuou em evidente contradição, pois não se pode ao mesmo tempo não conhecer e declarar extinção do processo devido indeferimento da inicial.

Quando não se conhece de determinada questão, por óbvio não se pode emitir julgamento sobre ela, como fez o juízo singelo. Na verdade, o que se fez foi entender que, em virtude da falta de competência, declarou-se a extinção do processo, devido ao indeferimento da inicial, o que também não é possível perante nosso ordenamento jurídico. É que, em se tratando de incompetência do juízo para processar e julgar determinada ação, em razão da matéria, ou seja, havendo incompetência absoluta, esta deve ser declarada e os autos remetidos ao juízo competente. O art. 113 do CPC, § 2º, assim dispõe:

> A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. [...]
>
> § 2º: **Declarada a incompetência absoluta**, somente os atos decisórios serão nulos, **remetendo-se os autos ao juiz competente**. (destaquei)

Portanto, reconhecendo o juiz sua incompetência, deve determinar a remessa dos autos ao juízo competente, o que não ocorreu *in casu*.

Diante disso, declaro nulo o capítulo da sentença onde o juízo *a quo* deixou de conhecer do pedido de indenização por danos materiais e morais, sob o argumento de ser incompetente, e, prosseguindo, indeferiu a petição inicial.

No mérito

Alega a recorrente que o prazo inicial para a contagem da prescrição deve ser da data em que tomou conhecimento da sua exclusão da ação de arrolamento de bens, ou seja, dias antes do seu ajuizamento, o que, por consequência, afasta a prescrição.

Nesse passo, entendo que o recurso deve prosperar em parte, porém por fundamentos diversos. É que, a meu juízo, não é crível que a apelante só tenha tomado conhecimento da ação de arrolamento de bens (distribuída em 9.7.1998) apenas dias antes do ajuizamento da presente ação (10.2.2009), como quer fazer crer, pois afirma nos autos que viveu mais de 30 anos com o *de cujus*, estando ao seu lado quando de sua morte.

Diante disso, indaga-se: Quem ficou administrando os bens do *de cujus* quando este faleceu? Se a apelante era sua esposa, como poderia não saber da ação de arrolamento de bens ajuizada pelos filhos do *de cujus*? Se a apelante recebe pensão do falecido desde sua morte, como pôde não ter se preocupado com os demais bens, já que era esposa do falecido? Causa estranheza, portanto, a alegação da recorrente quanto ao conhecimento da ação de arrolamento de bens somente dias antes do ajuizamento desta ação, daí que afasto esse argumento.

Quanto à prescrição para ajuizamento da Ação de Petição de Herança, entendo que, embora o juiz singular tenha aplicado o prazo devido (10 anos, reduzido pelo novo Código Civil), pecou na aplicação da regra de transição, uma vez que não observou a data correta para início da contagem do prazo prescricional. Com efeito, o juízo *a quo* contou o início do prazo da prescrição a partir da morte de Euclydes de Oliveira, ou seja, 10.6.1998, quando o correto seria fazer a contagem da data em que entrou em vigor do novo Código Civil, ou seja, de 12.1.2003.

Assim, contando-se o prazo de 10 anos a partir de 12.1.2003, a prescrição ocorreria em 12.1.2013. Considerando que a ação foi ajuizada no dia 10.2.2009, conclui-se que a pretensão da autora-apelante não foi atingida pela prescrição, de modo que a sentença deve ser reformada também nesse ponto.

Sobre a petição de herança, bem como o prazo prescricional, oportuna a lição do mestre Sílvio de Salvo Venosa:

> O herdeiro que não foi parte pode recorrer à ação de petição de herança, não ficando preso à ação rescisória. A ação de petição de herança tem caráter reivindicatório e prazo extintivo de dez anos. É cabível tanto para herdeiro excluído na partilha amigável, como para o herdeiro excluído da partilha judicial. Seu direito situa-se no plano material e não no plano da coisa julgada da partilha, neste último caso, que não o atingiu. Nem se volta ele contra a partilha amigável, negócio que lhe é estranho. A partilha amigável será atingida porque foi satisfeita sua pretensão à herança. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito das Sucessões**. 4. ed. Atlas. p. 417)

No que diz respeito à matéria, já se posicionou este Órgão no mesmo sentido, inclusive em acórdão de minha relatoria. Confira:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA - PRAZO DIMINUIDO PELA LEI NOVA CIVIL - REGRA DE TRANSIÇÃO - ARTIGO 2.028 DO CC/2002 - PRESCRIÇÃO AFASTADA - DEMORA DO AUTOR EM PLEITEAR DIREITO - IRRELEVÂNCIA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Quando decorrido menos da metade do prazo prescricional regulado pelo CC/1916 (ou por lei extravagante) e esse mesmo prazo tiver sido diminuído pela lei nova (CC/2002), aplica-se a regra da lei nova, a partir de sua vigência (12.1.2003), desprezando-se o tempo que já tinha fluído sob a égide da lei revogada. 2. Não importam as razões que levaram o apelado ao retardamento quanto a exigência do seu direito ao quinhão hereditário, mas sim a sua filiação para com o '*de cujus*' e a constatação do direito alegado. (Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, publicado em 5.5.2010, DJ n. 2188) destaquei

Por outro lado, com relação à Ação para Anulação de Partilha, tenho que melhor sorte não socorre a apelante, pois, conforme se infere dos autos, com relação a essa ação, agiu bem o juízo *a quo*. Com efeito, a ação de anulação de partilha encontra-se regulada no art. 1.029 do CPC, o qual prevê:

> A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos de inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz.
>
> Parágrafo único: O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em 1 (um) ano, contado este prazo:
>
> I- no caso de coação, do dia em que ela cessou;
>
> II- no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;
>
> III- quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.
>
> O Código Civil também trata da matéria no artigo 2.027, cuja redação é a seguinte:
>
> A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos.
>
> Parágrafo único: Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha.
>
> Por fim, o artigo 1.030 do mesmo *Codex* dispõe sobre a rescisão da partilha:
>
> É rescindível a partilha julgada por sentença:
>
> I – nos casos mencionados no artigo antecedente;
>
> II- se feita com preterição de formalidades legais;
>
> III – se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.

Pois bem, quanto aos vícios que invalidam os negócios jurídicos, como dolo, erro, coação ou intervenção de incapaz, não se vislumbra sua existência na espécie versada, uma vez que a apelante apenas alegou a má-fé dos apelados, por ter preterido sua participação na partilha, homologada na Ação de Arrolamento de Bens, entretanto não mencionou qualquer vício, de modo que fica, então, afastada a aplicação dos artigos 1.029 do CPC e 2.027 do Código Civil.

Confira o entendimento deste Tribunal sobre o tema:

> NULIDADE DE PARTILHA AMIGÁVEL - PRESCRIÇÃO - PRAZO ÂNUO - INÍCIO DA CONTAGEM APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. O prazo prescricional de um ano para anular partilha amigável tem início após o trânsito em julgado da sentença homologatória. (Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, publicado em 8.9.2005, Diário n. 1)

E do Superior Tribunal de Justiça também:

> Direito civil e processual civil. Família. Sucessões. Ação declaratória de reconhecimento de união estável. Pedido de anulação de partilha. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridades ausentes. Prescrição. Decadência. - Não paira nenhuma omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, que conferiu à controvérsia a solução que entendeu de direito, sem que maculasse o art. 535 do CPC. - A ação de reconhecimento de união estável c/c partilha de bens reveste-se de natureza pessoal, de modo que se aplica o prazo prescricional vintenário, que deve ser contado a partir da ruptura da vida em comum, de acordo com o art. 177 do CC/1916, vigente à época da abertura da sucessão. - **Quanto ao direito de anular a partilha, verifica-se que o prazo decadencial de um ano previsto no art. 178, § 6º, inc. V, do CC/1916, é contado tão-somente a partir do momento em que aquele que pretende**

> **a anulação atinge, por decisão transitada em julgado, a condição de herdeiro, legatário ou sucessor do falecido.** Recurso especial provido. (REsp n. 1015975/SP, Terceira Turma, Relª. Minª. Nanacy Andrighi, julgado em 13.5.2008, DJ de 28.5.2008). Destaquei.

A respeito da ação rescisória prevista no art. 1.030 do CPC, também, agiu com acerto o juízo *a quo* ao considerar prescrita a pretensão da autora, pois o prazo para sua interposição é de 2 anos, a contar do trânsito em julgado da decisão, conforme previsão contida no art. 495 do CPC. *In casu*, observa-se que a sentença homologatória da partilha foi prolatada no dia 11 de fevereiro de 2000, sendo que o prazo para a ação rescisória iniciou-se nessa data, tendo-se esgotado em 11.2.2002. Considerando que a presente ação foi proposta em 10.2.2009, conclui-se que foi atingida pela prescrição.

Assim, sob qualquer enfoque, a pretensão à anulação ou rescisão da partilha realmente se encontra prescrita, seja quanto à ação anulatória, cujo prazo é de 1 ano, seja com relação à ação rescisória, que tem prazo de 2 anos, de maneira que, com relação a essas ações, a apelante não mais possui direito.

Por fim, entendeu o juiz singular ser incompetente para o julgamento da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais interposta pela autora-apelante e deixou de conhecer da matéria, indeferindo a petição inicial, o que a meu ver deve ser revisto. É que, tratando-se de ação indenizatória relacionada à partilha dos bens do *"de cujus"*, o juízo competente é o das sucessões, em virtude da força atrativa do juízo do inventário. Com efeito, a competência dos Juízes de Direito desta Comarca, em razão da matéria, encontra-se definida na Resolução n. 221, de 1.9.1994, deste Tribunal:

> Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:
>
> s) ao da Vara de Sucessões, processar e julgar os inventários, arrolamentos, sobrepartilhas de bens, habilitações de crédito, testamento, anulação de partilha **e, em geral, todo e qualquer feito relativo a Sucessões e seus respectivos incidentes**; (acrescentada pela Resolução n. 371, de 6.3.2002, DJMS de 7.3.2002).

Sobre a matéria, oportuna a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[1], que, ao comentarem o Código de Processo Civil, ensinam:

> Indenização promovida por concubina contra os herdeiros do *de cujus*. Entendimento de que há conexão lógica entre o inventário e a indenizatória, que deve ser distribuída por prevenção. (TJSP, Câmara Especial, Ccomp n. 26972-SP, Rel. Des. Yussef Cahali).

Nesse sentido, também é o entendimento jurisprudencial em casos semelhantes. Confira:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE ALUGUEL. USO DE IMÓVEL POR UM DOS HERDEIROS EM DETRIMENTO DE OUTROS. INVENTÁRIO. COMPETÊNCIA. A competência para apreciar matéria relacionada a direito de família e sucessões é de competência do 4º Grupo Cível deste Tribunal de Justiça. POR UNANIMIDADE, COMPETÊNCIA DECLINADA. (TJRS, AC n. 70030711162, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Angelo Maraninchi Giannakos, julgado em 24.3.2010). (destaquei).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. INSURGÊNCIA QUANTO A DETERMINAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS REALIZADA NOS AUTOS DE INVENTÁRIO. COMPETÊNCIA INTERNA. SUCESSÕES. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS INTEGRANTES DO 4º GRUPO CÍVEL DESTA CORTE. A questão dos autos diz respeito à matéria cuja competência extrapola os limites

1 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

impostos pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça a este Órgão Fracionário. Está-se diante de um agravo de instrumento interposto em sede de embargos de terceiro, em que visa a embargante desconstituir decisão proferida nos autos de inventário, em que se discute o encargo de inventariante desempenhado por seu esposo. Assim, é de ser o presente recurso redistribuído a uma das Câmaras integrantes do Colendo 4º Grupo Cível desta Corte. COMPETÊNCIA DECLINADA. UNÂNIME. (TJRS, Ag n. 70021406152, Nona Câmara Cível, Relª. Desª. Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 24.10.2007).

DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA - INCIDENTE NO FEITO DE SUCESSÃO - COMPETÊNCIA - VARA DE SUCESSÕES - LETRA S DO ART. 2º DA RESOLUÇÃO N. 221/94 ALTERADA PELA N. 371/02. A declaração de ausência, ressurgindo como incidente no processo de inventário, dado o interesse patrimonial, é da competência da vara de sucessões. (Rel. Des. Nildo de Carvalho, publicado em 28.11.2002) Destaquei.

Com isso, por todo o exposto, **conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento**, para, preliminarmente, de ofício, anular o capítulo da sentença na parte que não se conheceu do pedido de indenização por danos materiais e morais, em virtude da incompetência do juízo. E, no mérito, para afastar a prescrição em relação à Ação de Petição de Herança, bem como reconhecer a competência do Juízo da Vara de Sucessões para processar e julgar a ação de indenização por danos materiais e morais, devendo ser dado prosseguimento ao processo quanto aos pedidos em que ainda não há decisão a respeito (petição de herança e danos materiais e morais). Mantenho a sentença quanto aos demais capítulos.

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. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 7 de outubro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.029919-6 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE SEGURO – VEÍCULO CONDUZIDO POR TERCEIRO – OCORRÊNCIA DE SINISTRO – AUSÊNCIA DE COBERTURA POR NÃO CONSTAR O NOME DO TERCEIRO NA APÓLICE – INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ADERENTE – COBERTURA TOTAL – DANO MORAL INEXISTENTE – MERO DISSABOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Aos contratos de seguro, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor, as quais possibilitam a revisão e a interpretação de suas cláusulas da forma mais favorável ao aderente, razão pela qual deve ser tida a cobertura. 2. O simples fato do descumprimento contratual, com os transtornos decorrentes da recusa ao pagamento da indenização devida, não é fundamento para a indenização por danos morais.

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

Campo Grande, 21 de outubro de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Eduardes Barbosa Gomes apela da sentença de improcedência prolatada nos autos da Ação de Cobrança c/c Indenização por Danos Morais que move em face de Itaú Seguros S/A. Alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, tendo em vista o juiz ter prolatado sentença sem lhe dar a oportunidade de provar suas alegações em audiência. No mérito, sustenta que emprestou o veículo a terceiro e que este não reside com ele, desta forma, não pode ser negado o pagamento com base na cláusula restritiva posta na sentença. Defende que as interpretações contratuais devem ser feitas em favor do consumidor. Aduz que a apólice de seguro não o obriga a relacionar condutores que não residam com ele. Argumenta que a declaração por ele firmada, relatando que o motorista era seu enteado e residia com ele deve ser anulada, pelo instituto do dolo civil, visto que esta fora ditada pelo perito da seguradora. Afirma que deve ser indenizado, de acordo com a tabela FIPE, em R$ 22.124,00, corrigidos pelo IPCA, mais juros moratórios de 12% ao ano e multa de 2% a partir do sinistro. Sustenta, ainda, que, diante da abusividade da seguradora em não pagá-lo, deve ser indenizado em R$ 20.000,00 pelo dano moral sofrido. Clama, por fim, pelo acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, remetendo-se o processo à origem para seu prosseguimento e, caso superada tal tese, que seja provido o recurso para anulação da declaração emitida pelo recorrente, bem como condenação da seguradora-apelada ao pagamento da indenização. Requer o arbitramento dos honorários advocatícios em 20% do valor da causa.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 192-8, defendendo a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eduardes Barbosa Gomes contra sentença que julgou improcedente seu pedido proposto em face de Itaú Seguros S/A. Para melhor entendimento da questão, passo a breve relato dos fatos: o apelante contratou seguro para seu automóvel com a Seguradora Itaú em 30.10.2008. Em 10.2.2009, o apelante emprestou o carro a terceiro, que sofreu acidente, ocorrendo danos de grande monta. Após acionar a seguradora para receber a indenização, esta negou o pagamento (f. 22), sob o argumento que o condutor, no momento do sinistro, não estava mencionado na apólice como pessoa autorizada a dirigir o veículo. O apelante ingressou com ação de cobrança, que foi julgada improcedente nos seguintes termos:

> Desta forma, tendo em vista a inexistência de previsão de cobertura no caso do veículo estar sendo conduzido por terceira pessoa estranha à apólice de seguro, dessume-se que a requerida não assumiu referido risco, e, portanto, não está obrigada a indenizar o requerente.
>
> [...]
>
> Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, com fundamento nos artigos 757 e 760, do Código Civil, julgo totalmente improcedentes os pedidos formulados por Eduardes Barbosa Gomes em face de Itáu Seguros S/A.

Feitos estes prolegômenos, passo à análise da preliminar de cerceamento de defesa. A insurgência do apelante consiste na alegação de que, como pretendia produzir prova em audiência, com o julgamento antecipado da lide, entende ter havido cerceamento de defesa.

Pois bem. Não se pode olvidar que no 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,[1] 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, restou claro que, mesmo o apelante produzindo prova em audiência, qual seja a testemunhal, seja qual fosse o conteúdo dos depoimentos, estes não seriam suficientes a convencer o julgador singular, dada a existência de outros elementos de convicção extraídos dos autos. Não vejo, portanto, possibilidade de produção de outras provas em audiência.

Quanto à prova testemunhal, frise-se que neste caso não seria útil ao desfecho da lide, visto que a principal discussão travada nos autos relaciona-se à cláusula contratual que trata da indicação dos condutores autorizados a conduzir o veículo, constante da apólice do seguro (f. 19), já que o motivo da negativa de cobertura dos danos pela seguradora decorreu do fato de o condutor do veículo, no momento do acidente, não estar relacionado no questionário suplementar de avaliação de risco (f. 22). Ademais, o próprio apelado defende ser irrelevante a anulação do documento de f. 21, cujo vício o recorrente pretende demonstrar por meio de prova em audiência, pois afirma que, mesmo havendo comprovação de que o condutor do veículo não residia com o recorrente, isso não alteraria o disposto na cláusula contratual supostamente não observada.

1 **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 53.

Outrossim, dispõe o artigo 330 do Código de Processo Civil:

> Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
>
> I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Desta forma, é irrelevante ao caso a prova testemunhal, que objetiva a anulação do documento de f. 21, tendo em vista a indiferença do apelado com tal documento e ainda por ser a questão de mérito unicamente de direito.

Com isso, rejeito a preliminar arguida e passo à análise do mérito.

Sustenta o apelante que a cláusula contratual exigente da indicação de possíveis usuários do veículo, diz respeito somente às pessoas que com ele residem, é, portanto, impossível relacionar o condutor do veículo que sofreu o acidente, por não manter residência com o recorrente. Confira o que dispõe a cláusula contratual debatida (f. 19):

> **Indicação de Condutores.**
>
> Abaixo, apresentamos todas as pessoas que **residem com o segurado e conduzem o veículo** (mesmo que eventualmente) e/ou sejam empregados autorizados a dirigir. **Ex.: Segurado, conjuge, filhos, pais, irmãos, dependentes, etc..**
>
> O segurado **não será indenizado** se constatado que a pessoa que **conduzia** o veículo no momento do sinistro **reside** com o segurado ou era empregado autorizado a dirigir o veículo e não estava relacionada neste questionário. (grifo no original)

Ora, a cláusula excludente é clara e objetiva, inclusive restando negritadas as palavras chaves que visam a deixar evidenciadas as situações que não ensejam cobertura em caso de sinistro. Portanto, o que se pode concluir é que deve constar da referida relação apenas as pessoas que residem com o segurado ou que sejam seus empregados autorizados a dirigir, não havendo qualquer menção a respeito de terceiros. Sobre o tema, dispõe o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor: *"As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor."*

Vejamos a posição doutrinária acerca da matéria:

> A nova proteção contratual assegurada através da norma de interpretação do art. 47 do CDC traz como grande contribuição o fato de não distinguir, como até então fazia a jurisprudência, entre cláusulas claras e cláusulas ambíguas. Nestes casos, a jurisprudência brasileira geralmente lança mão não só do recurso de interpretação mais favorável ao consumidor, com base no art. 47 do CDC, mas também das idéias de interpretação do contrato teoricamente, com cláusulas claras, conforme as expectativas que aquele tipo contratual e aquele tipo de cláusula desperta nos consumidores, conforme as novas imposições da boa-fé. (MARQUES,Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. **Comentários as Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006).

Este Tribunal já decidiu caso semelhante:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOB A LUZ DA DEFINIÇÃO DE ABUSO E CLÁUSULAS ABUSIVAS DA LEI N. 9.656/98 – **INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DA FORMA MAIS**

> **BENÉFICA PARA O CONSUMIDOR (ARTIGO 47 DO CDC)** – PLANO DE SAÚDE SEM PREVISÃO DE COBERTURA PARA TRATAMENTO DENOMINADO RADIOLOGIA CONFORMACIONAL – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL – DIREITO À VIDA E À SAÚDE QUE SE SOBREPÕEM A QUALQUER OUTRO COMANDO LEGAL – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Se no contexto contratual, a interpretação das cláusulas contratuais for contraditória ou divergente, deve ser privilegiada a interpretação mais favorável ao consumidor, nos termos do que dispõe o artigo 47 do CDC. (AC n. 2010.010898-1, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 31.5.2010) destaquei.

Com efeito, diante da proteção que o CDC traz ao consumidor, *in casu*, dada a clareza da redação da cláusula em debate, torna-se inquestionável que assiste razão ao apelante quanto ao direito de ser indenizado, visto que o contrato não faz menção a terceiro condutor não residente com o segurado que viesse a envolver-se em acidente. Agir de forma diversa seria o mesmo que proibir alguém de emprestar seu veículo a terceira pessoa, somente por não constar referida pessoa na indicação de condutores prevista na apólice do seguro. E, com isso, estar-se-ía restringindo o uso de um bem particular, maculando uma das características da propriedade, quais sejam: usar, fruir e dispor.

Quanto à indenização por dano moral, entendo não fazer *jus* o apelante.

No caso dos autos, a situação vivida pelo apelante não trouxe a este qualquer situação vexatória, constrangedora ou humilhante que possa ser considerada dano moral. Mero aborrecimento não caracteriza dano moral, portanto não deve ser indenizado.

Os fundamentos do apelante insertos na petição inicial, bem como no presente recurso, não são suficientes a ensejar dano moral, pois não é todo o ilícito contratual ou extracontratual que provoca, por sua própria natureza de ilícito, um dano de natureza moral. Não se pode balizar nem desvirtuar o instituto, transformando a indenização por dano moral em forma de promover o locupletamento de uns em detrimento da simples resistência de outros a uma pretensão, nem se pode transformar a indenização por danos morais numa forma preponderante de punição ao que descumpriu uma obrigação civil.

Nesse sentido, cito julgado deste Tribunal, inclusive acórdão de minha relatoria:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO, C/C INDENIZAÇÃO - VENTOS FORTES - NEXO DE CAUSALIDADE - INDENIZAÇÃO DEVIDA. Se a perícia conclui que os danos encontrados no imóvel podem ter decorrido dos fortes ventos que atingiram a região, fato confirmado pelas testemunhas, não pode a seguradora se eximir do pagamento da indenização. **ILÍCITO CONTRATUAL – DANOS MORAIS – PESSOA JURÍDICA – INEXISTENTE** – JUROS DE MORA E CORREÇÃO – DATA DA RECUSA AO PAGAMENTO. **O simples fato do descumprimento contratual, com os transtornos decorrentes da recusa ao pagamento da indenização devida, não é fundamento para a indenização por danos morais, principalmente em se tratando de pessoa jurídica.** Danos morais não se confundem com lucros cessantes. CONTRATO DE SEGURO – ILÍCITO CONTRATUAL – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. Não havendo como aferir a data em que a indenização deveria ter sido paga, a correção monetária e os juros de mora incidem desde a data em que a seguradora se recusou ao pagamento da indenização. (Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, publicado em 9.6.2009, DJ n. 1981) destaquei.

E mais,

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – MERO ABORRECIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Para que o

> autor 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 enseja, por si só, a referida indenização**. (TJMS, AC n. 2004.008051-4, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 18.3.2008) destaquei.
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – REALIZAÇÃO DE EVENTOS E SHOWS ACÚSTICOS E QUE PROPAGAM SOM EXCESSIVO – PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO – BAIRRO RESIDENCIAL – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER MANTIDA – DANO MORAL – NÃO-CONFIGURAÇÃO – MERO DISSABOR E ABORRECIMENTO QUE NÃO ATINGEM O DIREITO DE PERSONALIDADE DOS AUTORES – AFASTAMENTO – PROVIMENTO PARCIAL. **Não há falar em configuração do dano moral, pois o caso trata de meros dissabores e aborrecimentos que acontecem no cotidiano de qualquer homem médio, que não atinge o direito da personalidade como a honra, a imagem, o nome, e muito menos causou uma dor ou sofrimento intenso.** (TJMS, AC n. 2007.015810-6, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 11.9.2007). destaquei.

Desta forma, feitas estas considerações, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para determinar que Itaú Seguros S/A cumpra o contrato de seguro e pague a indenização devida ao apelante, pelos danos ocorridos em seu veículo, decorrentes do sinistro noticiado na inicial. Também determino a incidência de correção monetária (IGPM) e de juros de mora (1%) desde a data da recusa ao pagamento da indenização, ou seja, 25 de março de 2009.

Por fim, considerando que cada litigante foi em parte vencedor e vencido, deverão arcar igualmente com as custas processuais. Quanto aos honorários advocatícios, fixo em 15% da condenação, devendo a parte autora pagar 50% desse valor ao patrono da requerida, bem como a requerida deverá pagar 50% desse valor ao patrono do autor.

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. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 21 de outubro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.035667-8 - Paranaíba
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – EFEITO SUSPENSIVO – PRECLUSÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – REALIZAÇÃO DE CIRURGIA – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA NO JULGAMENTO ANTECIPADO – AFASTADA – MÉRITO – NECESSIDADE E URGÊNCIA DO PROCEDIMENTO – DEMONSTRADA – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA DO CUMPRIMENTO DA TUTELA – POSSIBILIDADE – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. O Juízo *a quo* recebeu o recurso somente no efeito devolutivo e não houve agravo, restando preclusa a apreciação do pedido. 2. A realização de perícia para demonstrar que a cirurgia não se faz urgente no caso seria totalmente dispensável, irrelevante e até inócua, haja vista a existência de suficientes elementos de convicção nos autos nesse sentido. Ademais, ressalta-se que a legislação processual (art. 420 do CPC) permite ao juiz indeferir a perícia quando a prova do fato não depender de conhecimento técnico ou for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. 3. A urgência em casos de saúde não se verifica somente quando o paciente está em iminente risco de vir a óbito, mas também quando se constata demasiado sofrimento e/ou agravamento da patologia na espera de atendimento, tratamento ou cirurgia, como é o caso dos autos, daí a procedência do pedido, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. *"O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos"* (REsp n. 935083/RS).

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, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação nos autos da Ação Civil Pública que lhe foi ajuizada pelo Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença que julgou procedente o pedido inicial de obrigação de fazer consistente na realização da cirurgia de quadril em Rosângela Cristo Lopes, com a concessão da tutela antecipada, sob pena de bloqueio de verbas públicas. Preliminarmente, requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, sob o argumento de que está sujeito a risco de lesão grave ou de difícil reparação no cumprimento da tutela concedida em sentença que considera nula. No mérito recursal, aduz inicialmente a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide. Argumenta que pugnou e se fazia necessária a produção de prova pericial, a fim de comprovar a real urgência do

procedimento cirúrgico pretendido em favor da paciente. Quanto ao mérito da lide, defende a improcedência do pedido, afirmando que não há comprovação nos autos do quadro clínico que justifique a urgência reclamada na presente ação; que, conforme parecer técnico de f. 60-2, trata-se de cirurgia eletiva, da qual não depende a vida do paciente; que não há razão para procedência do pedido feito na ação nem para a concessão de prazo tão exíguo, 45 dias, para o cumprimento da sentença; que deve ser observada a regra de previsão de recursos de orçamento público e respeitada a fila de espera para procedimento da mesma natureza. Por fim, sustenta que o bloqueio de verbas públicas para o caso de descumprimento da liminar é medida drástica que não guarda proporcionalidade e razoabilidade em relação ao direito tutelado, já que, segundo frisa, não é o caso de perigo de vida; que tal medida somente tem pertinência em hipóteses excepcionais, o que não é o caso dos autos; que a determinação de sequestro de verbas públicas ofende o art. 100 da Constituição Federal, uma vez que cria nova hipótese de pagamento sem observância da ordem de precatórios. Requer a concessão de efeito suspensivo ao apelo e a acolhida de preliminar de nulidade da sentença para reabertura da fase de instrução. Em caso de não acolhimento da preliminar, pugna pela reforma para improcedência do pedido inicial ou, subsidiariamente, seja excluída a pena de bloqueio de verbas públicas.

Há reexame necessário.

O apelado, em contrarrazões, requer o improvimento do apelo. A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e acolhimento da preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa. Sucessivamente, no mérito, pugna pelo provimento do apelo e do recurso obrigatório, para reformar a sentença julgando improcedente o pedido inicial.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso obrigatório, bem como recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, apresentados em face da sentença de procedência e concessão da tutela nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Inicialmente, pretende o apelante o recebimento do apelo também no efeito suspensivo. O Juízo *a quo* recebeu o recurso somente no efeito devolutivo e não houve agravo, daí que resta preclusa a apreciação desse pedido.

Quanto ao mérito, analiso o recurso obrigatório em conjunto com o recurso de apelação, dada a abrangência deste último.

Em sede preliminar, alega o Estado apelante a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, sob o fundamento de que se faz necessária a realização de perícia médica apta a comprovar a urgência da cirurgia a que deve se submeter a paciente Rosângela de Cristo Lopes.

Pois bem. Não se pode olvidar que em nosso ordenamento jurídico 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,[1] 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.

1 LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 53.

Desta forma, analisando os fundamentos da decisão e a prova documental presente nos autos, resta claro que seja qual fosse o conteúdo da prova pericial, esta não afastaria o convencimento já formado pelos elementos até então apresentados no processo. Note-se que há nos autos robusta prova documental consubstanciada em ofícios e encaminhamentos médicos que dão conta da necessidade da realização de cirurgia no quadril da paciente, em razão de uma prótese infectada, sendo-lhe ministrados antibióticos venosos por ao menos seis meses (f. 21), a qual padece, ainda, como evidenciam as fotos (f. 24-6), de uma grande "ferida" aberta no local, que por certo lhe causa dor, desconforto e toda sorte de transtornos a seu cotidiano, além de lhe expor ainda mais ao risco de infecções e complicações, conclusão a que se chega sem a necessidade de opinião de *expert*. Sobeja anotar que a paciente em questão está nestas condições há mais de ano e meio, no aguardo de uma posição do Poder Público para solução definitiva do problema, mas nem previsão de data para o procedimento cirúrgico lhe é informado nem mesmo nesta via judicial, o que a toda evidência viola os conceitos mais comezinhos de dignidade da pessoa humana.

Assim, a realização de perícia para demonstrar que a cirurgia não se faz urgente no caso dos autos, conforme pretende o apelante, seria totalmente dispensável, irrelevante e até inócua. Sobre essa questão, confira a opinião do mestre Nelson Nery Júnior, citando jurisprudência no mesmo sentido:

> Existindo fatos controvertidos, a necessidade de prova a respeito deles exige ainda que sejam eles pertinentes e relevantes. Fato pertinente é o que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante é aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido (questão de fato), não é pertinente, é irrelevante, a necessidade de produção de prova a respeito dele inexiste, pelo que a instrução em audiência seria pura perda de tempo, com prejuízo para a celeridade do processo, tornando-se.imperativo, nesse caso, o julgamento antecipado da lide (RT 684/124)[2]

Por fim, vale ressaltar que a legislação processual permite ao juiz indeferir a prova pericial quando a prova do fato não depender de conhecimento técnico ou for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos, consoante preveem os incisos do parágrafo único do art. 420 do CPC:

> Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.
>
> Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:
>
> I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;
>
> II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
>
> III - a verificação for impraticável.

Sendo assim, não constato nulidade da sentença proferida independentemente da prova pericial, daí que fica afastada preliminar arguida nesse sentido.

Quanto ao mérito do pedido, defende o apelante a improcedência, afirmando que não há comprovação nos autos do quadro clínico que justifique a urgência reclamada na presente ação. Argumenta que o parecer técnico de f. 60-2 indica que se trata de cirurgia eletiva, da qual não depende a vida do paciente, razão pela qual deve ser observada a regra de previsão de recursos de orçamento público e respeitada a fila de espera para procedimento da mesma natureza.

Venho manifestando o entendimento de que, em casos como o dos autos, deve ser atendido o princípio maior, que é o da garantia à vida digna. Tal foi ressaltado pelo Min. Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n. 625.329-RJ. Ainda que tenham sido estabelecidas normas operacionais para a organização do SUS

2 NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 600.

e objetivando facilitar o atendimento à população, tais comandos legais não podem afastar a responsabilidade dos entes públicos, quanto à prestação dos serviços de saúde.

Consta dos autos que a substituída (Rosângela de Cristo Lopes) possui uma prótese no quadril que está infectada (fotos nos autos), necessitando intervenção cirúrgica, hoje há mais de dois anos, consoante comprovam os ofícios da Prefeitura Municipal de Paranaíba e encaminhamento médico, juntados com a inicial, não impugnados pelo apelante. De outro lado, a necessitada não possui suporte financeiro para arcar com os custos da cirurgia particular, que consoante afirma o próprio Estado é de alta complexidade, demandando inclusive transfusão de sangue e internação em UTI.

Não é demais ressalvar que a urgência em casos de saúde não se verifica somente quando o paciente está em iminente risco de vir a óbito, mas também quando se constata demasiado sofrimento e/ou agravamento da patologia na espera de atendimento, tratamento ou cirurgia, como é o caso dos autos. O cidadão não pode ser prejudicado pelas normas burocráticas impostas pela Administração, que não podem se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pela Constituição, especialmente por apresentar fístula crônica (f. 23), que, até mesmo pelo local em que se apresenta (f. 24-6), dificulta movimentos essenciais como sentar ou andar, fato que, como já dito, dispensa a opinião de um perito.

O STJ já teve oportunidade de assim decidir:

> As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente, em especial, quando comprovado que a medicação anteriormente aplicada não surte o efeito desejado, apresentando o paciente agravamento em seu quadro clínico. (MS n. 17.903-MG, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 20.9.2004, p. 215).
>
> "É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto.Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento. Entendimento consagrado nessa Corte na esteira de orientação do Egrégio STF. Recurso ordinário conhecido e provido. (11129-PR, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 18.2.2002, p.279).
>
> Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). O não preenchimento de mera formalidade - no caso, inclusão de medicamento em lista prévia - não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos. (AgRg na STA 83-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 6.12.2004, p. 172).

O recorrente também se insurge contra a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia do cumprimento da tutela antecipada. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou favoravelmente à medida, a fim de assegurar o cumprimento da ordem judicial:

> ADMINISTRATIVO – FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, E ART. 461-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. [...] 2. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui

> características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, uma vez tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. 3. O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos. Nas palavras do Min. Teori Albino Zavascki, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. (REsp n. 840.912/RS, Primeira Turma, julgado em 15.2.2007, DJ de 23.4.2007) 4. Não há que se sujeitar os valores deferidos em antecipação de tutela ao regime de precatórios, pois seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o Supremo Tribunal Federal apenas resguarda as exceções do art. 1º da Lei n. 9.494/97. Precedente. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 935083/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2.8.2007, DJ de 15.8.2007, p. 268).

Nesse ponto, cumpre assinalar que o artigo 461, § 5º, do CPC evidencia a intenção do legislador, qual seja, a de prover o juiz de meios idôneos a compelir o devedor faltoso a adimplir satisfatoriamente a obrigação à qual se comprometeu.

Com isso, diante das peculiaridades do caso, tais como a necessidade e imprescindibilidade da cirurgia, bem como o fato de ser imperioso o cumprimento da obrigação, mister se faz a imposição de penalidade apta a garanti-lo, como bem procedeu o juízo *a quo*.

Ante o exposto, contra o parecer, conheço dos recursos obrigatório e de apelação e nego-lhes provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

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 e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2010.

***

Órgão Especial
Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.032592-7 - Capital
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – LEI ESTADUAL N. 3.358/07 – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA – VIOLAÇÃO AO ART. 5º, *CAPUT*, E ART. 37, I E II, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO AO ART. 27, I E II, E ART. 67, § 1º, II, "B", DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – VIOLAÇÃO AO LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – EFEITOS *EX NUNC* A PARTIR DA CAUTELAR ANTERIORMENTE DEFERIDA.

Realmente seria vedada a análise da recepção da Lei Federal n. 4.737/65, contudo tal apreciação não é necessária para o deslinde do feito, visto que a Lei Estadual objeto desta demanda não reproduz o disposto na Legislação Federal.

A Lei Estadual n. 3.558/07 dispõe sobre matéria cuja competência privativa deve ser deflagrada pelo chefe do Poder Executivo, consoante dispõe o art. 67, § 1º, II, "b", da Constituição Estadual, o que não foi respeitado.

Tanto a Constituição Federal quanto a Estadual estabelecem a acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros que preencham os requisitos exigidos em lei. No entanto, deve ser ressaltado que tais requisitos devem ser dotados de razoabilidade, de acordo com a natureza do cargo a ser exercido, sob pena de ser violado, além do art. 37, I e II, o próprio art. 5º, *caput*, da CF.

Com o advento da Lei ora impugnada, o candidato de concurso público advindo de outro Estado estará impossibilitado de tomar posse no cargo para o qual eventualmente tiver sido aprovado e convocado, visto que, para requerer a transferência eleitoral, precisa estar residindo no novo domicílio há mais de 3 (três) meses. Violados, aí, os arts. 5º, *caput*, e 37, I e II, da CF, assim como o art. 27, I e II, da CE.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

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 com o parecer, julgar procedente a arguição. Ausentes, justificadamente, os vogais 2º e 5º.

Campo Grande, 24 de novembro de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Ministério Público Estadual, por intermédio do Procurador-Geral de Justiça, propõe Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido Liminar, em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, cujo objeto implica a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.558, de 9 de janeiro de 2007.

Sustenta o autor que a Assembléia Legislativa dispôs, por meio da Lei Estadual n. 3.358/2007, sobre a obrigatoriedade da apresentação do título eleitoral expedido no Estado de Mato Grosso do Sul, no ato da posse do servidor nomeado para exercício de cargos efetivos ou em comissão.

Assevera que, do ato normativo impugnado, decorre inconstitucionalidade material e formal, ilidindo a possibilidade do cidadão brasileiro ou estrangeiro de prestar concurso neste Estado, já que a Lei Federal n. 4.737/65 exige o mínimo de 3 (três) meses de residência fixa no Estado para que seja possibilitada a transferência do domicílio eleitoral, fazendo, assim, ato discriminatório contra os concorrentes e atentando contra a ampla acessibilidade em cargos públicos, prevista nos incisos I e II do art. 27 da Constituição Estadual, além de confrontar a isonomia e a razoabilidade.

Entende que, apesar de a lei poder estabelecer requisitos e condições para o acesso aos cargos públicos, as exigências desproporcionais, despropositadas e arbitrárias, cuja razão de discrímen não seja agasalhada pelo ordenamento, devem ser rechaçadas por inconstitucionais, sendo visível que o objetivo da lei atacada não é aferir habilidades específicas e inerentes ao cargo, mas apenas barrar eleitores de outros Estados, o que não condiz com o art. 219, XIX, da Lei n. 1.102/90, que determina ao servidor público que veio de outro Estado a transferir o título após sua posse.

A inconstitucionalidade formal decorre do fato de que teve iniciativa da Assembléia Legislativa, quando deveria ser do Chefe do Poder Executivo, ou do órgão que nomeou o servidor, consoante dispõe o art. 67, II, "b", da Constituição Estadual. Ademais, submete a aplicação da norma impugnada aos três poderes, ao Tribunal de Contas, Ministério Público e Defensoria Pública, sendo que cada órgão possui competência privativa para legislar sobre suas funções administrativas.

Por entender presentes os requisitos ensejadores, requereu a concessão da medida cautelar, a fim de suspender liminarmente a eficácia da Lei Estadual n. 3.358/2007, haja vista o interesse público relevante e os inúmeros transtornos de sua aplicação, provocando prejuízo ao Estado e à sociedade. Pugnou, ainda, que ao final fosse julgada procedente a presente demanda, com a declaração da inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.358/2007.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, manifestou-se às f. 53-7, arguindo preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, em face da necessidade de análise da recepção da Lei n. 4.737/65. No mérito, defende a possibilidade da exigência do título de eleitor deste Estado para fins de ingresso no serviço público.

A cautelar foi concedida por este Órgão Especial, por unanimidade, às f. 62-5.

Intimados a se manifestar acerca do mérito, os réus prestaram informações. O Estado de Mato Grosso do Sul reiterou as informações anteriormente prestadas, inclusive a arguição de preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. A Assembléia Legislativa de Mato Grosso do Sul, por sua vez, informou que a aprovação e sanção foram efetuadas em observância a constitucionalidade formal e material da norma impugnada.

O Ministério Público Estadual postulou pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pela procedência do pedido, ante a inconstitucionalidade formal e material, declarando-se a inconstitucionalidade direta da Lei Estadual n. 3.358, 9 de janeiro 2007, com efeitos *ex tunc*.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Estadual, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.358, de 9 de janeiro de 2007, que torna obrigatória a apresentação de título eleitoral expedido neste Estado no ato de posse dos servidores públicos dos Três Poderes, Tribunal de Contas, Defensoria Pública e Ministério Público.

Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido

O Estado de Mato Grosso do Sul suscita preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, em razão de que a questão da inconstitucionalidade imputada à Lei Estadual n. 3.558/07 passaria necessariamente pela análise da recepção da Lei n. 4.737/65 pela Constituição Federal de 1988.

Tenho que tal argumento não merece guarida.

Realmente seria vedado a este Órgão Especial analisar a recepção da Lei Federal n. 4.737/65, contudo tal análise não é necessária para o deslinde do feito, visto que a Lei Estadual objeto desta demanda não reproduz o disposto na legislação Federal.

Tanto o é que nem sequer foi apontada a suposta correlação entre as legislações estadual e federal, limitando-se o Estado a arguir a preliminar, sem fundamentá-la.

Sem necessidade de maiores digressões, afasto a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Do mérito

Tenho que a presente ação deve ser julgada procedente, tanto pela inconstitucionalidade formal quanto pela inconstitucionalidade material.

Necessária a transcrição da norma objeto da demanda:

> LEI N. 3.358, DE 9 DE JANEIRO DE 2007.
>
> Torna obrigatório, nos casos que menciona, a apresentação de título eleitoral expedido no Estado.
>
> Publicada no Diário Oficial n. 6.887, de 11 de janeiro de 2007.
>
> O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.
>
> Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º No ato da Posse, o servidor nomeado para o exercício de cargo efetivo ou em comissão apresentará, obrigatoriamente, além dos documentos exigidos na legislação específica, título eleitoral expedido no Estado de Mato Grosso do Sul.
>
> Parágrafo único. A disposição a que se refere este artigo aplica-se às nomeações nos quadros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Campo Grande, 9 de janeiro de 2007.

ANDRÉ PUCCINELLI

Governador do Estado

Da inconstitucionalidade formal

Em síntese, o procedimento legislativo deve observar os limites previstos na Constituição Federal, por força do princípio da separação dos poderes.

Isto é, "*alguns princípios constitucionais devem ser obrigatoriamente repetidos pelos constituintes estaduais, ou, mesmo que não existam no texto estadual, são de cumprimento imperativo por parte dos Estados-membros. José Afonso da Silva os denominou de princípios estabelecidos e Raul Machado Horta os chamou de princípios centrais. Os princípios estabelecidos constituem-se em limites, porque a Constituição Estadual não tem caráter originário – ela é derivada, subordinada e limitada pelas normas da Constituição Federal*".[1]

Nesse passo, vislumbra-se que a Lei Estadual n. 3.558/07 dispõe sobre matéria cuja competência privativa deve ser deflagrada pelo chefe do Poder Executivo, do Poder Judiciário e do Ministério Público, o que não foi respeitado. Senão, vejamos o disposto na Constituição Estadual, respectivamente:

Art. 67 - A iniciativa de leis complementares e ordinárias cabe a

qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, nos termos desta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos da Polícia Militar e do Corpo de

Bombeiros Militar;

II - disponham sobre:

a) a criação de cargos, de funções ou de empregos públicos na administração direta e autárquica ou sobre o aumento de sua remuneração;

b) os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;

[...]

Art. 114 - Compete ao Tribunal de Justiça:

I - privativamente:

a) eleger o Presidente e demais titulares dos cargos de sua direção;

b) organizar seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos nos termos da lei, propondo ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;

1 *In* Manual de Direito Constitucional. RT. p. 80.

> [...]
>
> g) prover, por concurso público de provas ou de provas e títulos, os
>
> cargos de provimento efetivo necessários à administração da Justiça;
>
> [...]
>
> Art. 131 - Compete privativamente ao Ministério Público propor à
>
> Assembléia Legislativa, através de projeto de lei:
>
> I - a alteração do número de seus membros;
>
> II - a criação e a extinção de cargos e de serviços auxiliares;
>
> III - a fixação dos vencimentos dos seus membros e servidores.
>
> Parágrafo único. Os cargos do Ministério Público e os de seus serviços auxiliares serão providos por concurso público de provas e de provas e títulos.

Em consequência, na hipótese versada nestes autos, a farta prova pré-constituída denota (f. 26-7), à saciedade, a inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada, visto que não houve demonstração de que fora respeitado o escorreito procedimento legislativo.

E, partindo-se da premissa de que o princípio da separação dos poderes é erigido como princípio institucional da República Federativa do Brasil, entendo que a promulgação e a sanção da Lei Estadual n. 3.558/07 por iniciativa do Poder Legislativo Estadual afronta a Constituição Federal e Estadual, restando a necessidade de ser declarada a inconstitucionalidade da norma impugnada, com o fito de ver-se garantido o postulado constitucional do equilíbrio e harmonia dos Poderes legitimamente constituídos.

Em outras palavras, o artigo 2º da Constituição Federal constitui o "*postulado básico de qualquer Estado democrático, sendo que o princípio da separação dos poderes encontra seu pressuposto constitucional nesse dispositivo*".[2]

Nesse ínterim, cumpre não olvidar que a Constituição Estadual determina, como fundamento do Estado de Mato Grosso do Sul, o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal[3], sendo a separação dos poderes um deles, consistindo inclusive em cláusula pétrea inserta na Carta Magna, prescrevendo, ademais, que os poderes constituídos são harmônicos e independentes entre si.

Da inconstitucionalidade material

Na inconstitucionalidade material, "*os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição.*[4]"

Os constitucionalistas pátrios, como José Afonso da Silva[5], Uadi Lamego Bulos[6], dentre outros, diferenciam a inconstitucionalidade material, substancial, quando o vício diz respeito ao conteúdo da norma, denominada nomoestática; e formal, extrínseca, quando se verifica que o vício está na produção da norma, que vai desde a iniciativa até sua inserção no ordenamento jurídico. É a inconstitucionalidade nomodinâmica.

2 DOUGLAS, William. **Direito Constitucional**. Niteroi: Impetus. p. 49.

3 Art. 1º - O Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos: [...] II - o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal;

4 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 963.

5 SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros.

6 BULOS, Uadi Lamegos. **Constituição Intepretada**. São Paulo: Malherios.

Nesse diapasão, verifica-se que no caso em testilha foram desrespeitadas ambas as situações descritas alhures, já que a Lei Estadual impugnada, além de desrespeitar o procedimento legislativo, indicando a inconstitucionalidade nomodinâmica – por não observar a competência privativa do Poder Executivo para deflagrar o respectivo procedimento legislativo –, feriu igualmente normas substanciais da Constituição Federal e Estadual.

Vejamos o que dispõem a Carta Maior Federal e Estadual, respectivamente:

> 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:
>
> I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;
>
> [...]
>
> Art. 27 - Para a organização da administração pública direta, indireta ou das fundações de qualquer dos Poderes do Estado é obrigatório o cumprimento do seguinte:
>
> I - os cargos, os empregos ou as funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos por lei;
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Tanto a Constituição Federal quanto a Estadual estabelecem a acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros que preencham os requisitos exigidos em lei. No entanto, deve ser ressaltado que tais requisitos devem ser dotados de razoabilidade, de acordo com a natureza do cargo a ser exercido, sob pena de ser violado, além do art. 37, I e II, o próprio art. 5º, caput, da CF, conforme explica Hely Lopes Meirelles[7]:

> Quanto ao princípio da isonomia (CF, art. 5º), é preciso ver que, além das distinções acima referidas, a igualdade de todos os brasileiros perante a lei veda as exigências meramente discriminatórias, como as relativas ao lugar de nascimento, condições pessoais de fortuna, família, privilégios de classe ou qualquer outra qualificação social. E assim é porque os requisitos a que se refere o texto constitucional (art. 39), há de ser apenas os que, objetivamente considerados, se mostrem necessários ao cabal desempenho da função pública.

No presente caso, não se mostra razoável a determinação de que, no ato da posse, o candidato apresente o título eleitoral expedido por este Estado. Visando a uma melhor explanação dos efeitos da Lei impugnada, e da sua flagrante afronta aos princípios do livre acesso aos cargos públicos e da isonomia, importante transcrever as demais normas que regem a matéria.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 378-9.

A Lei n. 1.102/90, em consonância com a Lei Federal n. 8.112/90[8], estabelece que:

> Art. 19. Posse é o ato expresso de aceitação das atribuições, deveres e responsabilidades inerentes ao cargo, com o compromisso de desempenhá-lo com probidade e obediência às normas legais e regulamentares, formalizado com a assinatura do termo pela autoridade competente e pelo empossado.
>
> § 1º A posse ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento, prorrogável por mais trinta, a requerimento do interessado, e a juízo da administração.
>
> [...]
>
> Art. 22. Será tornado sem efeito o ato de nomeação, se a posse não se verificar no prazo estabelecido em Lei.

Enquanto isso, a Lei n. 4.737/65 dispõe que:

> Art. 55. Em caso de mudança de domicílio, cabe ao eleitor requerer ao juiz do novo domicílio sua transferência, juntando o título anterior.
>
> § 1º A transferência só será admitida satisfeitas as seguintes exigências:
>
> I - entrada do requerimento no cartório eleitoral do novo domicílio até 100 (cem) dias antes da data da eleição.
>
> II - transcorrência de pelo menos 1 (um) ano da inscrição primitiva;
>
> III - residência mínima de 3 (três) meses no novo domicílio, atestada pela autoridade policial ou provada por outros meios convincentes.

Sob esse prisma, é óbvio que o candidato de concurso público advindo de outro Estado, com o advento da Lei ora impugnada, estará impossibilitado de tomar posse no cargo para o qual eventualmente tiver sido aprovado e convocado, visto que, para requerer a transferência eleitoral, precisa estar residindo no novo domicílio há mais de 3 (três) meses. Violados, aí, os arts. 5º, *caput*, e 37, I e II, da CF, assim como o art. 27, I e II, da CE.

De outro vértice, já existe legislação estadual acerca da matéria, mais especificamente na Lei n. 1.102/90, que reza em seu art. 219:

> Art. 219. Ao funcionário é proibido:
>
> [...]
>
> XIX - ter domicílio eleitoral fora do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Min. Gilmar Mendes[9] ensina que "*É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir*

8 Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei. § 1º A posse ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento. [...] § 6º Será tornado sem efeito o ato de provimento se a posse não ocorrer no prazo previsto no § 1º deste artigo.

9 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 966.

a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo".

Importante salientar, portanto, que já existe norma estadual determinando que, a partir do momento que o cidadão se torna servidor público, está proibido de possuir domicílio eleitoral fora do Estado de Mato Grosso do Sul. Assim, mostra-se razoável que imediatamente a sua posse, assim que cumprir os requisitos impostos pela legislação eleitoral, solicite a aludida transferência.

Nesse sentido já decidiu este Sodalício:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – POLÍCIA MILITAR – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO IMEDIATA DE TÍTULO DE ELEITOR NO ESTADO DE MS PARA PARTICIPAÇÃO DE CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR – DILAÇÃO DO PRAZO PARA 3 MESES PARA ATENDIMENTO DESTA EXIGÊNCIA EM ATENDIMENTO À NORMA DO TSE QUE EXIGE ESTE LAPSO TEMPORAL DE RESIDÊNCIA NA UNIDADE DA FEDERAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA.
>
> Se o candidato é aprovado nas provas preliminares e encontra-se em dia com suas obrigações eleitorais, não se mostra razoável que este venha a ser impedido de ingressar no curso de formação simplesmente pelo fato de que, por residir em outra unidade da federação, ainda não conseguiu obter a transferência de seu título de eleitor para o Estado de Mato Grosso do Sul. (TJMS n. 2009.000077-7, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 22.6.2009).

Com efeito, é nítido que as normas objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade violam formal e materialmente a Constituição Federal (art. 5º, *caput*, e art. 37, I e II) e a Constituição Estadual (art. 27, I e II, e art. 67, § 1º, II, "b").

Por fim, considerando que a medida cautelar foi deferida com efeitos *ex nunc,* consoante discutido e decidido por este Órgão Especial, tenho que, visando à preservação da segurança jurídica, a confirmação da tutela de urgência deve ser realizada respeitando os limites já delineados, motivo pelo qual entendo que à presente decisão devem ser atribuídos efeitos *ex nunc*, a partir da concessão da medida cautelar.

Nesse sentido já se pronunciou este Sodalício:

> [...] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA – COSIP – EFEITOS *EX NUNC*.
>
> A regra é que os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade se opere *ex tunc*, todavia na hipótese deve se dar *ex nunc* a fim de evitar o comprometimento da execução dos serviços de iluminação pública contratados pelo município, impossibilitando o pagamento da concessionária de serviço público, já que o orçamento municipal certamente previa como fonte de receita a arrecadação proveniente da contribuição em comento (COSIP). (ADIn n. 2006.011482-6, Tribunal Pleno, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 30.5.2007).

Desse modo, sem mais delongas, declaro a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.358, de 9 de janeiro de 2007, com efeitos *ex nunc*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, JULGARAM PROCEDENTE A ARGUIÇÃO. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 2º E 5º.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, João Carlos Brandes Garcia, Luiz Carlos Santini, Atapoã da Costa Feliz, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques, Divoncir Schreiner Maran, Paschoal Carmello Leandro, Romero Osme Dias Lopes e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 24 de novembro de 2010.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança n. 2010.020707-6/0001-01 - Capital
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSÃO LIMINAR – DEMISSÃO DE SERVIDOR – AUSÊNCIA DE DECISÃO MOTIVADA – PRESENÇA DE REQUISITOS – RECURSO IMPROVIDO.

Estando presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida liminar, esta deve ser deferida.

Não trazendo o agravante fundamentação capaz de ensejar a modificação do julgado monocrático, a manutenção é medida que se impõe.

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, negar provimento ao regimental.

Campo Grande, 29 de setembro de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Estado de Mato Grosso do Sul inconformado com a decisão que deferiu a liminar nos autos do Mandado de Segurança n. 2010.020707-6, impetrado por Amadeu José Celestino Junior e outros**,** interpõe o presente regimental, por entender não estarem presentes os requisitos ensejadores da medida.

Aduz, em síntese, que a decisão agravada está equivocada, por não estar presente o *fumus boni iuris*, já que o decreto de demissão dos impetrantes está devidamente motivado, não havendo confundir motivação sucinta com ausência de motivação. Aduz que há nos autos do processo administrativo o parecer do Corregedor e a manifestação do Secretário de Segurança e, ademais, o decreto é em si mesmo ato jurídico repleto de conteúdo, e não um invólucro formalista destinado tão somente a publicar algum ato anterior.

Ao final, requer a reconsideração da decisão que concedeu a liminar, ou, caso contrário, a apreciação e julgamento deste recurso pelo órgão competente.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

O presente regimental não merece prosperar.

É que a decisão agravada entendeu estarem presentes os requisitos ensejadores da concessão da liminar, nos seguintes termos:

> Tenho que a liminar deve ser deferida.
>
> Isto porque segundo o magistério de Teori Albino Zavascki, "não há dúvida de que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação dos efeitos da tutela, semelhante à prevista no artigo 273, I, do Código de Processo Civil."
>
> Com efeito, a eventual concessão requer prova inequívoca, capaz de convencer o julgador da verossimilhança das alegações do impetrante, conjugada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que está presente no caso em tela.
>
> **No caso, vislumbro o *fumus boni iuris*, pois os impetrantes trouxeram a cópia integral do processo administrativo disciplinar, donde se extrai que realmente não houve decisão da autoridade competente, limitando-se o exercício de sua competência na edição dos Decretos de demissão.**
>
> **Quanto ao *periculum in mora*, tenho não restar dúvidas de sua presença, pois a demissão dos impetrantes acarreta na interrupção de seus vencimentos e, consequentemente, de seu meio de subsistência.**
>
> Conforme ensina Celso Agrícola Barbi, a concessão da medida liminar deve-se dar "se for relevante o fundamento do pedido, e se o ato impugnado for de natureza tal que a "demora" natural do processo torne a concessão do mandado de segurança ineficaz [...]"
>
> Em conseqüência da presença dos requisitos ensejadores, defiro a liminar requerida pelos impetrantes, para o fim de suspender os efeitos do ato impugnado.

Vê-se que o *decisum* acima constatou que o *periculum in mora* reside na interrupção da remuneração dos impetrantes, acaso sejam imediatamente exonerados, assim como que o *fumus boni iuris* consiste na ausência de motivação do ato impugnado, pois se limitou a autoridade impetrada a determinar a exoneração, sem a prolação de decisão.

No julgamento dos embargos de declaração da decisão ora recorrida, ainda foi esclarecido que:

> Tenho que os presentes embargos merecem ser rejeitados.
>
> Inicialmente, no que tange à alegação de que a pena de demissão dos impetrantes seria a única medida aceitável diante dos fatos, esta não pode ser matéria destes embargos, pois sequer foram objeto da decisão embargada. Isto porque o *fumus boni iuris* que fundamentou a concessão da medida – questão devidamente demonstrada na inicial –, constatou haver vício formal no processo administrativo que culminou na demissão dos embargados, nada havendo que falar, portanto, sobre a justiça da referida decisão administrativa.
>
> **Quanto ao entendimento exarado na decisão embargada, no sentido de ser necessária decisão da autoridade impetrada que antecedesse à edição do decreto, este não significa obscuridade, tampouco viola os dispositivos constitucionais de fundamentação invocados pelo embargante, pois apenas denotam divergência de posicionamento.**
>
> **De qualquer forma, não é certo que não há procedimento a ser observado para a realização do ato administrativo, pois "a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao**

praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelos menos, invalidável, por ausência da motivação."

Hely Lopes Meirelles ainda explica que "o julgamento é a decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo. Essa decisão normalmente baseia-se nas conclusões do relatório, mas pode desprezá-las ou contrariá-las, por interpretação diversa das normas legais aplicáveis ao caso, ou por chegar o julgador a conclusões fáticas diferentes das da comissão processante ou de quem individualmente realizou o processo."

De outro vértice, sabe-se que "não pode ser conhecido recurso que sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os embargos declaratórios são apelos de integração – não de substituição". (ED no REsp n. 143.471, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Os embargos de declaração não têm por escopo a modificação do julgado somente porque a parte não se conforma com o resultado proferido, como pretende o embargante. O instituto tem outro objetivo, qual seja, aclarar o julgamento, "visto que é função precípua do pronunciamento judicial, exatamente, fixar a certeza jurídica a respeito da lide ou da questão decidida".

No mesmo sentido, segue jurisprudência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - TENTATIVA DE REDISCUTIR A MATÉRIA OBJETO DA APELAÇÃO - REJEITADOS - RECURSO IMPROVIDO. (ED em AC n. 2002.010531-7/0001-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – MANIFESTA INTENÇÃO DE FORÇAR A REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ APRECIADA – PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DE LEI – DESCABIMENTO – MEIO IMPRÓPRIO – REJEIÇÃO.

Rejeita-se os embargos quando pelas razões dos embargantes resta evidente sua manifesta intenção de forçar a rediscussão de matéria já devidamente apreciada. [...]. (ED em AgRg em Ag n. 2004.008113-8/0001-01, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini).

(STJ-128946) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. CORTE DE FORNECIMENTO. CONSUMIDORES INADIMPLENTES. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÕES INEXISTÊNCIA.

O Poder Judiciário não é órgão consultivo, não tendo este eg. Tribunal o dever de rebater, uma a uma, todas as pretensas violações à lei federal sustentadas pelas partes, em que teria incorrido a Corte *a quo*, sendo a sua função a solução dos conflitos o que, *in casu*, cristalinamente promoveu.

Não havendo no v. Acórdão embargado qualquer ponto omisso sobre que deva se pronunciar esta colenda Turma, mas tão-somente o intuito de rediscutir o julgado, rejeitam-se os embargos declaratórios. (STJ, ED no AgRg no REsp n, 298017/MG (2000/0144950-8), Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 27.11.2001, DJ de 15.4.2002, p. 172).

O inconformismo do embargante deve ser manifestado na via recursal própria.

Ante todo o exposto, não havendo obscuridade na decisão embargada, rejeito os presentes embargos de declaração.

Como se vislumbra, a decisão agravada bem analisou a questão posta, não logrando o agravante trazer, na petição do agravo regimental, qualquer argumento que me fizesse rever a opinião dantes externada. Ressalta-se que os argumentos trazidos neste regimental se limitaram a repetir, de forma mais detalhada, os argumentos despendidos nos embargos de declaração.

Desse modo, sem mais delongas, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, 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, Hildebrando Coelho Neto e João Maria Lós.

Campo Grande, 29 de setembro de 2010.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental em Mandado de Injunção n. 2010.032019-2/0001-00 - Capital
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO QUE DETERMINOU RECOLHIMENTO DE CUSTAS INICIAIS – ALEGAÇÃO DE ISENÇÃO POR EXERCÍCIO DE CIDADANIA – TAXA JUDICIÁRIA PREVISTA LEGALMENTE – APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL N. 3.779/09 – RECURSO IMPROVIDO.

A Lei n. 3.779/09 prevê expressamente os casos de isenção da taxa judiciária, não estando incluso neste rol o mandado de injunção.

Não trazendo o agravante fundamentação capaz de ensejar a modificação do julgado monocrático, a manutenção é medida que se impõe.

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, negar provimento ao regimental. Ausentes, justificadamente, os vogais 2º e 5º.

Campo Grande, 17 de novembro de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Mauro Deli Veiga, inconformado com a decisão que determinou o recolhimento das custas iniciais e diligência nos autos do Mandado de Injunção n. 2010.032019-2, interpõe o presente regimental, por entender não ser devido o pagamento de qualquer valor para o manejo do presente remédio constitucional.

Aduz, em síntese, que não deve pagar custa ou diligência devido à classe e espécie da ação, que visa a garantir um direito de exercício da cidadania previsto na Constituição Federal. Assim, a Lei Estadual n. 3.779/09, em seu art. 24, IV, dispõe serem isentos de recolhimento da taxa judiciária os atos necessários ao exercício da cidadania, assim declarados em lei. Ademais, o art. 7º do mesmo Diploma legal prevê que o contribuinte da Taxa Judiciária é a pessoa que der causa à abertura de processo judicial ou administrativo, e, no presente caso, quem deu causa ao ajuizamento da demanda foi o próprio Estado, que não legislou acerca da aposentadoria especial.

Ao final, requer seja dado provimento ao recurso, com a declaração de gratuidade do mandado de injunção, com a devolução do valor ora recolhido, que totaliza a importância de R$ 234,24 (duzentos e trinta e quatro reais e vinte e quatro centavos).

Mantenho a decisão agravada.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

O presente regimental não merece prosperar.

É que a decisão agravada apenas deu cumprimento ao disposto na própria Lei n. 3.779/09, invocada pelo agravante, que dispõe:

> Art. 13. O recolhimento das custas será comprovado:
>
> I - nos feitos cíveis, no momento da propositura da ação, do oferecimento da reconvenção, do registro do incidente processual ou do registro da carta precatória ou rogatória;
>
> Ademais, o referido Diploma legal ainda menciona os casos de isenção do recolhimento da taxa judiciária, dentre os quais não se encontra o mandado de injunção, mas apenas o *habeas corpus*, *habeas data.*
>
> Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária:
>
> I - a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações;
>
> II - o beneficiário da assistência judiciária, até mesmo quanto à sucumbência, enquanto perdurar os motivos que originaram o deferimento da assistência;
>
> III - as ações interpostas nos Juizados Especiais, em primeiro grau de jurisdição, ressalvados os casos previstos em lei;
>
> IV - os atos necessários ao exercício da cidadania, assim declarados em lei;
>
> V - os conflitos de competência, desde que suscitados por autoridade judiciária;
>
> VI - as ações e os recursos:
>
> a) a ação popular, até mesmo quanto à sucumbência, salvo comprovada má-fé;
>
> b) o *habeas data*;
>
> c) o *habeas corpus*;
>
> d) as ações de competência do Juízo da Infância e da Juventude, salvo a litigância de má-fé;
>
> e) os embargos de declaração;
>
> f) o Ministério Público e a Defensoria Pública de ofício e seus assistidos;
>
> g) o pedido de alimentos e as revisionais de alimentos em que o valor da prestação mensal não seja superior a dois salários mínimos;
>
> h) o reexame necessário.

Os Tribunais Superiores possuem o mesmo entendimento, tanto que a Lei n. 11.636/07, que dispõe acerca das custas judiciais devidas no âmbito do STJ, incluiu expressamente na Tabela B[1] de seu Anexo o valor relativo às custas iniciais do Mandado de Injunção.

1 XII - Mandado de Injunção - 50,00

Como se vislumbra, a decisão agravada não merece nenhuma reforma, pois proferida em consonância com o Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul – Lei Estadual n. 3.779/09.

Diante do exposto, sem mais delongas, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 2º E 5º.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, João Carlos Brandes Garcia, Atapoã da Costa Feliz, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paschoal Carmello Leandro e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 17 de novembro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.022167-4 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO – SANÇÃO DISCIPLINAR APLICADA EM DESACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA LEGALIDADE – NÃO VERIFICAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em ilegalidade se as provas produzidas no processo administrativo disciplinar demonstram a completa adequação entre o ato punitivo e as infrações imputadas ao servidor público, além de ter sido garantido a ele todos os direitos constitucionais, como os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Se a pena aplicada ao autor está em consonância com a norma, não há falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade.

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, 30 de setembro de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Carlos Augusto do Amaral apela a este Tribunal, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, que julgou improcedente o pedido formulado na ação anulatória de sanção disciplinar que ajuizou em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega em suas razões que desde o início requereu a análise da legalidade no que concerne à sanção administrativa aplicada, que atentou contra os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e, por sua vez, da legalidade.

Aduz que o princípio da legalidade foi violado no momento em que foi imposta a sanção administrativa claramente desproporcional, uma vez que o apelante não tinha conhecimento de que o veículo comprado era produto de furto, tratando-se de um equívoco primário de sua parte, que, por não ter experiência na compra de carros, não tomou os devidos cuidados.

Sustenta que, em casos mais graves, impôs-se pena mais branda que a demissão a bem do serviço público, que se trata de sanção disciplinar excessivamente desproporcional à transgressão cometida.

Contrarrazões apresentadas às f. 493-509.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, que julgou improcedente o pedido formulado na ação anulatória de sanção disciplinar ajuizada por Carlos Augusto Amaral em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Infere-se dos autos que o autor, agente de polícia civil deste Estado, pelo Processo Administrativo Disciplinar n. 9/007/CGP/SSP/MS, sofreu pena de demissão a bem do serviço público, em virtude de ter adquirido veículo produto de furto, e, ao ser abordado por autoridade policial, teria mentido, afirmando que o veículo havia sido depositado em seu nome pelo Delegado de Polícia de Rio Brilhante-MS, em virtude de uma viagem que precisou fazer, o que fora desmentido posteriormente.

O autor ajuizou ação anulatória em face do requerido, objetivando a invalidação/anulação ou redução da sanção disciplinar aplicada, a reintegração no serviço e o pagamento das verbas retroativas.

Na sentença (f. 441-57), o magistrado julgou improcedente o pedido, entendendo que o processo administrativo *"ocorreu em absoluto respeito ao contraditório e à ampla defesa, com fundamentação clara e precisa, não extrapolando em momento algum os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade",* Concluindo, ainda que a pena aplicada ao autor *"está em consonância com a norma, não havendo se falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade".*

O autor insurge-se contra a sentença, alegando que a pena aplicada fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, consequentemente, o princípio da legalidade.

Com relação ao princípio da legalidade, sabe-se que, de acordo com o art. 37 da Constituição Federal, *"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".*

Não se trata apenas de seguir a lei. Trata-se de um princípio aplicado diretamente na Administração Pública. Enquanto para o particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, para a Administração Pública é permitido fazer apenas o que a lei determina.

Nesse sentido, Diogenes Gasparini ensina em Direito Administrativo que, *"O princípio da legalidade significa estar a administração pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor."*

Nesse contexto, afirma o apelante que a pena imposta fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fere, por conseguinte o princípio da legalidade, o que faz necessário uma análise da legislação aplicada ao caso.

A Lei Complementar n. 38/89 traz as causas para a pena de demissão do policial.

> Art. 110. São penas disciplinares:
>
> I – repreensão;
>
> II – suspensão;
>
> III – multa;
>
> IV – demissão;

> V – [...]
>
> [...]
>
> Art. 114. Caberá a aplicação da pena de demissão nos casos de:
>
> I - falta relacionada no artigo 104, deste Estatuto, quando de natureza grave e comprovada má fé;
>
> [...]
>
> § 4º O ato de demissão mencionará, sempre, a causa da penalidade.
>
> Art. 115. Considerada a gravidade da falta cometida pelo policial civil, do ato de demissão poderá constar a nota "a bem do serviço público".

Portanto, vê-se que há previsão legal para a aplicação da pena de demissão ao funcionário que praticar "*falta relacionada no artigo 104, deste Estatuto, quando de natureza grave e comprovada má-fé*" (art. 114, I).

Compulsando as cópias do processo administrativo trazido aos autos, verifica-se a comprovação da prática da infração disciplinar que levou à aplicação da sanção disciplinar, conforme conclusão da comissão (f. 134):

> Diante de tudo o que foi exposto, a Comissão conclui que o agente de polícia Carlos Augusto do Amaral, estava na posse do veículo "dublê". Tinha conhecimento desta irregularidade, e por este motivo quando foi abordado na Rodovia mentiu, alegando que o veículo havia sido depositado pelo Delegado de Rio Brilhante-MS, justificando assim sua posse. Após ser desmentido alegou que o havia comprado, mediante empréstimo bancário efetuado, tentando justificar a compra deste, vez que não tinha condições financeiras para isto. Apresentou cópias de um contrato de empréstimo em nome de outra pessoa, não explicando quem é essa pessoa e muito menos provando que tal importância foi destinada a "suposta" compra do veículo, porque certamente tal fato não ocorreu.
>
> Em assim sendo, por tudo do que dos autos consta e pela análise do contesto probatório, constatou-se e não resta dúvida a prática da infração atribuída ao servidor, vez que suas alegações não encontram respaldo no conjunto probante, conforme demonstra nos autos em análise.
>
> Isto posto, considerando a gravidade das faltas praticadas e com amparo legal nos artigos 110, inciso IV, 111, 114, inciso I e artigo 115, todos da Lei Complementar n. 38/89, pela não observância das normas constantes dos artigos 103, inciso I e VI, e artigo 104, incisos XXIV e XXVI, esta Comissão propõe a aplicação da pena de Demissão com a nota "a bem do serviço público" ao servidor Carlos Augusto do Amaral.

Observa-se, assim, que o apelante descumpriu os deveres previstos no art. 103, I e VII, praticou as infrações disciplinares dispostas no art. 104, XXIV e XXVI, da Lei Complementar n. 38, de 12 de janeiro de 1989, o que acarretou a aplicação da punição de demissão, com amparo legal no art. 110, IV, 111, 114, I, e art. 115.

Sabe-se que o controle do Judiciário sobre o ato administrativo deve-se limitar ao exame de sua legalidade, ou seja, se ele foi praticado de acordo com a norma vigente, nesse aspecto, o ato que deu ensejo à sanção aplicada ao apelante é previsto na legislação atinente. Além do mais, todo o processo administrativo realizado comprovou a prática da infração, não se podendo alegar ausência de motivos para a punição que se encontra de acordo com os fatos apurados no processo administrativo.

No presente caso não se observou qualquer irregularidade no processo administrativo, onde foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, prevista no artigo 41, § 1º, inciso II, da Constituição Federal. Além disso, a punição imposta pela Administração Pública é proporcional e condizente com a conduta ilegal do apelante.

Compulsando os presentes autos, observa-se que não resta comprovada a ocorrência de falhas na produção das provas em desfavor do autor, tendo a comissão processante conduzido a instrução do procedimento disciplinar com dignidade e coerência com todo conjunto probatório acarretado no processo, sendo que a demissão do apelante fora acatada pelo Corregedor-Geral de Polícia Civil, pela Secretária de Segurança Pública do Estado e pelo Governador do Estado.

Destarte, se a sanção disciplinar foi aplicada de acordo com a legislação atinente, onde consta expressa previsão de aplicação da pena de demissão a bem do serviço público, onde foram consideradas a natureza e gravidade da infração cometida, não há falar em descumprimento do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, não havendo falar, consequentemente, em reforma da sentença.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, 30 de setembro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.031683-2 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO – IMÓVEL ADQUIRIDO APÓS A CITAÇÃO DO EXECUTADO, PORÉM ANTERIOR AO REGISTRO DA PENHORA – TERCEIRO DE BOA-FÉ – FRAUDE NÃO CONFIGURADA – RECURSO PROVIDO.

Somente restará configurada a fraude à execução, nos casos em que o negócio jurídico envolvendo o bem do executado for concretizado em período posterior à citação deste, e que já tenha sido realizada a inscrição da penhora no Cartório de Registro Imobiliário. Na ausência do registro, cabe ao exequente, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem.

Não tendo sido registrada a penhora, fica afastada a caracterização da fraude à execução, já que não se pode impor ao adquirente de boa-fé o conhecimento do processo executivo.

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

Campo Grande, 9 de dezembro de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Andre Pires do Amaral interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos de embargos de terceiro opostos em face de Waldomar Mondini e José Antônio Marchiote.

Alega, preliminarmente, a nulidade da sentença em face do julgamento antecipado da lide, na qual, anteriormente, havia requerido a realização de audiência de instrução e julgamento, visando à oitiva de testemunha que comprovasse sua boa-fé no momento de aquisição do imóvel, restando caracterizado o cerceamento de defesa.

Aduz que o registro da penhora na matrícula do imóvel deu-se em data posterior à venda do imóvel, o que descaracteriza a fraude à execução, pois, de acordo com a Súmula n. 375 do STJ, é imprescindível o registro da penhora do bem alienado ou a prova inequívoca da má-fé do terceiro adquirente.

Sustenta que o exequente não se acautelou na preservação do seu direito ao não efetuar a averbação no ofício imobiliário, nos termos dos artigos 593; 615-A, § 3º, e 659, § 4º, todos do Código de Processo Civil, para dar publicidade à constrição judicial imposta sobre o imóvel, o que seria oponível a terceiros.

Assevera que, ao contrário do disposto na sentença, a ciência do executado, bem como do espólio de Alzira Maia Marchiote, acerca da penhora do imóvel, só ocorreu em 28.2.2005, data posterior à venda do imóvel, e não pela manifestação de seu advogado, que nem sequer possuía poderes para receber citações e intimações.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do recurso, acolhendo-se a preliminar, ou, no caso de entendimento contrário, reformar-se integralmente a sentença de primeiro grau, julgando-se o recurso monocraticamente, com base no art. 515 c.c. 557 do CPC.

Contrarrazões às f. 174-6.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação, em virtude de sentença prolatada nos autos de embargos de terceiro opostos por Andre Pires do Amaral em face de Waldomar Mondini e José Antônio Marchiote.

O embargante opôs embargos de terceiro, tendo em vista a constrição efetuada sobre o imóvel de sua propriedade, lote de terreno n. 19-D, nos Autos de Execução n. 001.99.007674-5, ajuizados por Waldemar Mondini em face de José Antônio Marchiote.

Alegou que o imóvel foi adquirido por contrato de compra e venda na data de 4 de junho de 2004 e que tomou todas as precauções para a compra, tais como certidões tributárias, não havendo qualquer averbação em sua matrícula, nem de penhora, nem de ônus reais de garantia, ou de arresto ou sequestro, caracterizando-se como terceiro de boa-fé e detentor de direito real, tendo direito de permanecer na casa. O valor pago aos alienantes pela transferência eletrônica foi de R$ 48.834,00 (quarenta e oito mil, oitocentos e trinta e quatro reais) e, para a imobiliária, o valor de R$ 4.095,00 (quatro mil e noventa e cinco reais).

Sustentou que há excesso de penhora e que a averbação da constrição foi efetuada em data muito posterior à penhora, caso em que o direito do exequente não é oponível contra terceiros. Que a ciência da penhora pelo executado e pelo espólio de sua mulher só ocorreu em 28.2.2005 e que o imóvel pertencia ao espólio, e nem este nem suas herdeiras devem responder pela dívida, já que não houve comprovação de que tenha sido efetuada em benefício da família.

A magistrada proferiu sentença (f. 142-7), julgando improcedentes os embargos sob o entendimento de que:

> [...] a suposta alienação do imóvel ocorreu posteriormente ao ajuizamento da ação, da citação do devedor e da penhora do bem, de forma que não há que se falar em procedência dos embargos de terceiro, pois o embargante, independentemente de boa-fé, adquiriu o bem ora constritado e que serve para garantia da satisfação do credor.
>
> Com efeito, a fraude a execução resta patente naqueles autos, uma vez que o executado alienou o imóvel em data posterior a sua citação e inclusive quando já tinha ciência da constrição.
>
> [...]
>
> Diga-se que a ausência de averbação junto a matrícula do imóvel não descaracteriza a fraude à execução, ainda mais porque o executado já havia sido citado na execução e intimado da penhora, e embora não constasse registro da penhora junto a matrícula do imóvel, o embargante poderia ter verificado se o bem possuía alguma constrição, conforme acima mencionado, o que teria evitado a sua aquisição.

O embargante insurge-se, alegando, preliminar de nulidade da sentença, em vista de cerceamento de defesa, pois, tendo requerido a realização de audiência de instrução e julgamento, objetivando a oitiva do corretor de imóveis, que comprovasse sua boa-fé, houve o julgamento antecipado da lide.

Em conformidade com o disposto no artigo 130, do Código de Processo Civil, compete ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização das provas que entender necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias.

Dessa forma, a produção de provas constitui-se em direito da parte em poder influir o magistrado quando do julgamento da lide, devendo, contudo, estar-se atento que o juízo de utilidade e necessidade fica a cargo do magistrado, de modo a resultar a operação no equilíbrio entre a celeridade desejável e a segurança indispensável na realização da Justiça. Logo, sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização.

Extrai-se que o recorrente pugnou pela produção de prova testemunhal, o que, no caso em análise, a toda evidencia, se mostra inócuo, pois não há necessidade, utilidade ou mesmo pertinência com a questão versada nos autos.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou que "*presentes às condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder*" (STJ, RESp n. 2.833-RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 14.8.1990).

No caso em exame, a questão capital da lide afigura-se eminentemente de direito, não havendo a necessidade de produção probatória. Assim, havendo nos autos, suficientes elementos de convicção, o magistrado deve dar imediata solução à causa, diante da desnecessidade da colheita de provas, sem que isso represente cerceamento de defesa.

Não vejo prejuízo algum ao apelante frente ao juiz singular não ter produzido prova testemunhal para a oitiva do corretor de imóveis, já que a força probante desta prova, seria quase inexistente, frente ao juízo de cognição exauriente do magistrado ante as demais provas existentes nos autos.

Assim, rejeito essa preliminar.

Segundo o documento de f. 23-5, o imóvel registrado sob o n. 154.776, do livro 2, do RGI da 1ª Circunscrição Imobiliária, desta Comarca, fora vendido na data de 4 de junho de 2004 para o embargante.

Entretanto, já pendia ação de execução contra o vendedor do imóvel – autos n. 001.99.007674-5 –, tendo ocorrido, inclusive a citação do executado José Antônio Marchiote, presumindo-se que a venda do imóvel se deu em fraude à execução.

Porém, o simples fato de que o bem tenha sido vendido, posteriormente à citação do executado, não torna inconteste a existência do *consilium fraudis*, pois o exame das provas dos autos não confirma a presença os requisitos que a configuram, haja vista que a aquisição do imóvel pelo embargante, apesar de ter sido efetuada após a citação do executado, foi anterior ao registro da penhora, realizada somente em 24.11.2006, mais de dois anos após a venda do imóvel.

Observa-se, assim, que quando o apelante efetuou a compra do imóvel, este não possuía qualquer restrição, evidenciando que trata-se de terceiro de boa-fé.

Portanto, não restou comprovado um requisito importante para a configuração de fraude a execução, a averbação da penhora na matrícula do imóvel, de acordo com a Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça:

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO (CPC, ART. 593-II). ALIENAÇÃO APÓS A CITAÇÃO MAS ANTERIOR A CONSTRIÇÃO. **CIÊNCIA DO ADQUIRENTE DA DEMANDA EM CURSO. ÔNUS DO CREDOR.** PROVA. RECURSO ACOLHIDO.
>
> II –**Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso**. [...] (STJ, REsp n. 489346/MG, REsp n. 2002/0174925-3, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 6.5.2003, DJ de 25.8.2003).
>
> Assim, não há como se presumir que as partes, executado e embargante, agiram em conluio, encontrando-se pacificado o entendimento de caber ao credor o ônus de comprovar a má-fé do terceiro, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado, uma vez que não pode o terceiro de boa-fé ser prejudicado, pela falta do registro da penhora.
>
> Portanto, nos termos do § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil, deveria o exequente ter providenciado a inscrição da penhora no registro imobiliário, para eliminar a possibilidade de arguição do terceiro sobre aquisição efetuada de boa-fé:
>
> Art.659. [...]
>
> § 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, par presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

Nesse sentido, o juízo externado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no julgamento do Recurso Especial n. 186.633-MS:

> Para a caracterização da fraude de execução, relativa à alienação de bem constrito, é indispensável a inscrição do gravame no registro competente, cabendo ao exeqüente, na ausência desse registro, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem.

Encontra-se consolidado na jurisprudência, especialmente nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que há presunção de boa-fé do adquirente de imóvel, cuja penhora não tenha sido inscrita no Registro de Imóveis, que poderá ser elidida por prova em contrário do exequente, a quem incumbirá demonstrar a existência de *consilium fraudis*. Veja-se:

> PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 185, DO CTN. BEM ALIENADO APÓS A CITAÇÃO VÁLIDA E ANTES DO REGISTRO DA PENHORA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA N. 375, DO STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.
>
> 1. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Enunciado n. 375 da Súmula do STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, em 18.3.2009).

2. Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema:

a) Na redação anterior do art. 185 do CTN, exigia-se apenas a citação válida em processo de execução fiscal prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorriam o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas até 8.6.2005);

b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);

c) A averbação no registro de imóveis da certidão de inscrição em dívida ativa, ou da certidão comprobatória do ajuizamento da execução, ou da penhora cria a presunção absoluta de que a alienação posterior se dá em fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente;

d) A presunção relativa de fraude à execução pode ser invertida pelo adquirente se demonstrar que agiu com boa-fé na aquisição do bem, apresentando as certidões de tributos federais e aquelas pertinentes ao local onde se situa o imóvel e onde tinha residência o alienante ao tempo da alienação, exigidas pela Lei n. 7.433/85, e demonstrando que, mesmo de posse de tais certidões, não lhe era possível ter conhecimento da existência da execução fiscal (caso de alienação ocorrida até 8.6.2005), ou da inscrição em dívida ativa (caso de alienação ocorrida após 9.6.2005);

e) Invertida a presunção relativa de fraude à execução, cabe ao credor demonstrar o *consilium fraudis*, a culpa ou a má-fé;

f) A incidência da norma de fraude à execução pode ser afastada pelo devedor ou pelo adquirente se demonstrado que foram reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida, ou que a citação não foi válida (para alienações ocorridas até 8.6.2005), ou que a alienação se deu antes da citação (para alienações ocorridas até 8.6.2005), ou que a alienação se deu antes da inscrição em dívida ativa (para alienações posteriores a 9.6.2005).

3. Hipótese em que a alienação se deu após a citação válida, contudo, antes do registro da penhora, não tendo sido comprovada a má-fé do terceiro adquirente, o que afasta a ocorrência de fraude à execução nos moldes do enunciado n. 375 da Súmula do STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp n. 726.323/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 4.8.2009, DJ de 17.8.2009).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165 E 458, II, DO CPC NÃO CARACTERIZADA – EXECUÇÃO FISCAL – FRAUDE À EXECUÇÃO – ALIENAÇÃO POSTERIOR À CITAÇÃO DO EXECUTADO, MAS ANTERIOR AO REGISTRO DE PENHORA OU ARRESTO – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO *CONSILIUM FRAUDIS*.

1. Não ocorre ofensa aos arts. 465 e 458, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (REsp n. 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal.

3. Ficou superado o entendimento de que a alienação ou oneração patrimonial do devedor da Fazenda Pública após a distribuição da execução fiscal era o bastante para caracterizar fraude, em presunção *jure et de jure*.

4. Afastada a presunção, cabe ao credor comprovar que houve conluio entre alienante e adquirente para fraudar a execução.

5. No caso de alienação de bens imóveis, na forma da legislação processual civil (art. 659, § 4º, do CPC, desde a redação da Lei n. 8.953/94), apenas a inscrição de penhora no competente cartório torna absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros e invalida a alegação de boa fé do adquirente da propriedade.

6. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*. Para tanto, é necessária a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio como devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado.

7. Assim, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a alienação de bem imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto.

8. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.139.280/MG, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 18.3.2010).

Este Tribunal também assim tem decidido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PENHORADO – DECLARAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO – NEGLIGÊNCIA DO EXEQUENTE – AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO – NÃO COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA DA CONSTRIÇÃO – PRESUNÇÃO DA BOA-FÉ DO ADQUIRENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Para caracterização da fraude à execução, não estando a penhora registrada no cartório de registro de imóvel, cabe ao credor provar a ausência de boa-fé do terceiro adquirente, ou seja, que ele tinha conhecimento da constrição sobre o imóvel adquirido. (AC n. 2010.003373-2, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 14.9.2010).

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO – AFASTADA – FRAUDE À EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – IMÓVEL ADQUIRIDO DE BOA-FÉ – AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA – DESCONHECIMENTO DA INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO.

Se o recurso ataca de forma clara e específica os motivos de fato e de direito pelos quais se pretende a reforma da decisão, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

Tendo em vista a ausência do registro da penhora do bem na data de sua alienação, bem como desconhecimento da insolvência do alienante, não há falar em fraude à execução, já que se presume ter o terceiro adquirido o imóvel de boa-fé, não podendo ser prejudicado.

Mantêm-se os honorários advocatícios fixados na sentença quando forem arbitrados consoante apreciação eqüitativa do magistrado, e desde que atendidas as regras das alíneas a, b e c, do § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil. (AC n. 2008.035090-9, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 15.6.2010).

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – FRAUDE À EXECUÇÃO – REGISTRO DE PENHORA – AUSENTE – ENCARGO DO CREDOR DE PROVAR QUE O TERCEIRO ADQUIRENTE TINHA CIÊNCIA DA AÇÃO OU DA CONSTRIÇÃO – PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO ADQUIRENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Não tendo sido registrada a penhora, fica afastada a caracterização da fraude à execução, já que não se pode impor ao adquirente de boa-fé o conhecimento do processo executivo. (AC n. 2008.036072-8, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 26.2.2009).

Diante disso, se o exequente não praticou comportamento processual previsto em lei, bem como, inexistindo prova de que o terceiro adquiriu o imóvel de má-fé, deverá suportar as consequências processuais de sua omissão, não havendo falar em fraude à execução.

Em face do exposto, conheço do recurso, dando-lhe provimento, para reformar a sentença hostilizada e julgar procedentes os pedidos formulados nos embargos de terceiro, determinando o cancelamento do registro da constrição efetuado perante a Matrícula n. 17.805 do Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição.

Condeno o embargado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios que, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, 9 de dezembro de 2010.

***

Quinta Turma Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2010.035454-0/0001-00 - Dourados
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – USUCAPIÃO – HERDEIROS – CITAÇÃO – INVENTÁRIO EM TRÂMITE – REPRESENTAÇÃO DO ESPÓLIO – NÃO OCORRÊNCIA DE PARTILHA DE BENS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS HERDEIROS – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – AUSÊNCIA DE FATO NOVO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Diante da existência de ação de inventário e uma vez que está em curso, não havendo transferência da propriedade do bem objeto de ação de usucapião a nenhum dos herdeiros, com o término do inventário e consequente partilha dos bens do espólio, a citação deve ocorrer na pessoa do inventariante, nos termos do que prescrevem os artigos 12, V, e 991, I, ambos do CPC.

Ciente de que o imóvel pertencente ao espólio é objeto de ação de usucapião, o inventariante deve diligenciar no feito com urbanidade na defesa e preservação deste imóvel, já que ao término do inventário dever prestar constas de sua administração ao espólio, não se justificando que esta ocorra em nome dos herdeiros.

Mantém-se a decisão monocrática proferida em agravo de instrumento, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisum* guerreado.

Recurso conhecido e não provido.

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, 9 de dezembro de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Trata-se de agravo regimental interposto por Terceiros Ausentes, Incertos e Desconhecidos contra decisão monocrática proferida por este Relator, o qual julgou improcedente de plano a pretensão jurisdicional deduzida pelo agravante, por entender que esta é manifestamente improcedente.

Critica a decisão agravada, aduzindo que existe precedente desta Corte, envolvendo as partes dos presentes autos, onde o entendimento foi contrário, determinando a citação dos herdeiros.

Assenta novamente quanto aos fundamentos já expostos em sede de agravo de instrumento, defendendo mais uma vez a necessidade de citação dos herdeiros.

Finalizou, requerendo o conhecimento e provimento do presente para, reconsiderar a decisão interlocutória proferida, concedendo a pretensão recursal pretendida, determinando assim a citação dos herdeiros do proprietário do imóvel falecido, objeto de usucapião.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Terceiros Ausentes, Incertos e Desconhecidos contra decisão monocrática proferida por este Relator, o qual julgou improcedente de plano a pretensão jurisdicional deduzida pelo agravante, por entender que esta é manifestamente improcedente.

A decisão monocrática restou assim fundamentação, *in verbis:*

> Nos precedentes utilizados pelo agravante para fundamentar o acolhimento da pretensão recursal aqui deduzida, duas situações fáticas presentes nestes referidos precedentes não estão presentes no presente caso, como sendo estes o fato de não existir ação de inventário em trâmite, bem como o fato da ação de inventário já encontrar-se encerrada com a decorrente partilha dos bens do falecido.
>
> No presente caso existe ação de inventário, autos n. 002.85.020002-8, em trâmite perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Dourados, todavia esta não foi ainda, concluída, o que implicaria dizer que o imóvel objeto da ação de usucapião, não foi partilhado entre o espólio - herdeiros, imóvel esse, portanto, o qual permanece sobre a administração do inventariante, o que demonstra que no presente caso deve ser aplicado sim, o que prescreve o artigo 12, inciso V e 991, inciso I, ambos de Código de Processo Civil.
>
> Ciente que o imóvel pertencente ao espólio é objeto de ação de usucapião, o inventariante deve diligenciar no feito com urbanidade na defesa e preservação deste imóvel, já que ao término do inventário dever prestar contas de sua administração ao espólio.
>
> O que deve ser ponderado no presente caso é que diante da existência de ação de inventário e uma vez esta em curso, não havendo transferência da propriedade do bem objeto de ação de usucapião a nenhum dos herdeiros, com o término do inventário e consequente partilha dos bens do espólio, a citação deve ocorrer na pessoa do inventariante, nos termos do que prescreve o artigo 12, V e 991, I, ambos do CPC, não se justificando que esta ocorra em nome dos herdeiros.

Portanto, as razões apresentadas neste regimental não têm o condão de alterar o entendimento externado na decisão acima transcrita.

Ademais, o fato de outro relator possuir entendimento diverso em idêntica pretensão, envolvendo as mesmas partes, não vincula o entendimento aqui externado, em observância ao princípio do livre convencimento do magistrado.

Ao utilizar-se da faculdade contida no art. 777 do Regimento Interno desta Corte, persistiu o agravante, quando, em vez de combater os argumentos contidos na decisão objeto do agravo regimental, simplesmente reiterou as teses contidas na peça recursal, sem que fizesse qualquer alusão às razões que o levaram a concluir pelo desacerto da decisão recorrida, de modo que o não provimento do recurso é medida que se impõe.

A propósito, colhe-se o seguinte aresto:

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO HÁ FATO NOVO CAPAZ DE ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DO *DECISUM* – RECURSO QUE BUSCA A REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – IMPROVIDO

Mantém-se a decisão monocrática proferida em agravo de instrumento, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisum* guerreado. (AgRg em Ag n. 2009.032193-2/0001-00, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, julgado em 15.1.2010).

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, 9 de dezembro de 2010.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.018221-7 - Miranda
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL – FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS – NOTAS FISCAIS – NÃO CARACTERIZAÇÃO – DOCUMENTO PARTICULAR EMITIDO PELO CONTRIBUINTE – CONDENAÇÃO INVIÁVEL – NÃO PROVIMENTO.

Notas fiscais emitidas por particulares/contribuinte, ainda que sirvam como objeto de fiscalização de transporte de mercadorias, não são considerados papéis públicos. Assim, não se prestam à caracterização do crime descrito no art. 293, V, do Código Penal, cujo enquadramento legal depende que o agente crie ou altere documento emitido pelo Poder Público.

Apelação ministerial a que se nega provimento, ante a atipicidade da conduta.

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, improver o recurso.

Campo Grande, 8 de novembro de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O Ministério Público Estadual interpõe apelação objetivando a reforma da sentença que absolveu João Pinheiro de Oliveira quanto à imputação da prática do crime de falsificação de papéis públicos (art. 293, V, do Código Penal), por 2 (duas) vezes.

Aduz que o recorrido deve ser condenado pelo crime de falsificação de papel público, pois a nota fiscal é documento comprobatório destinado ao recolhimento de impostos.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 245-7).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (f. 252-8).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual objetivando a reforma da sentença que absolveu João Pinheiro de Oliveira quanto à imputação da prática do crime de falsificação de papéis públicos (art. 293, V, do Código Penal), por 2 (duas) vezes.

O apelado foi denunciado porque – aos 28 de agosto de 2005, na Fazenda Paraíso do Chatelodo, em Miranda – inseriu, em 2 (duas) ocasiões, declarações falsas em documentos particulares, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

A descrição do fato e a sua capitulação jurídica foram alteradas pelo *Parquet* nas alegações finais (f. 169-77), oportunidade em que o apelante pediu a condenação do acusado pela prática do crime previsto no art. 293, V, do Código Penal.

Apurou-se que os policiais rodoviários federais receberam informações do advogado do proprietário da Fazenda Chatelodo, no sentido de que 2 (dois) caminhões de propriedade do réu estariam transportando 350 (trezentos e cinquenta) sacas de feijão, com notas fiscais falsas.

Por volta das 21 h, na BR 262, km 590, ainda em Miranda, os policiais abordaram referidos veículos, constatando irregularidades nas notas fiscais de n. 1.136 e 1.137, emitidas pela empresa do apelado "J. Pinheiro Comércio de Alimentos Ltda.", onde o recorrido inseriu de próprio punho que teria adquirido o feijão, tipo carioca, de agricultores na Gleba Sumatra, quando na verdade comprou a mercadoria de Marcos Joceli Moura Staine, arrendatário de parte da Fazenda Paraíso Chatelodo, de propriedade de Silvio Fernandes de Meneses.

Constatou-se que Silvio Fernandes de Meneses, na data dos fatos, tentou impedir que os grãos de feijão saíssem de sua propriedade, alegando que Marcos Joceli Moura Staine não havia quitado uma dívida, na qual restou estabelecido que cederia a propriedade em troca de um percentual incidente sobre a colheita.

Entretanto, o apelado ignorou o pedido do dono da fazenda e entregou aos motoristas dos caminhões as notas fiscais falsificadas, pedindo que estes seguissem viagem.

Os impostos devidos com a operação comercial noticiada na denúncia, ainda que houvesse divergências sobre os nomes contidos nas notas ficais, foram quitados pelo acusado.

O processo teve regular andamento e culminou com a absolvição do acusado, razão por que o Ministério Público pede que ele seja condenado pela prática do crime de falsificação de papel público (art. 293, V, do Código Penal).

Segundo o apelante, há provas suficientes quanto à autoria delitiva, bem como que o aludido crime configura-se quando o agente falsifica nota fiscal, que é considerado um documento relativo à arrecadação de rendas públicas.

Sem razão, entretanto.

Interrogado judicialmente, o apelado disse que a acusação era parcialmente verdadeira, afirmando que realmente emitiu as notas fiscais mencionadas na denúncia, mas que elas se referiam a um negócio realmente existente, no que diz respeito à quantidade e qualidade do feijão transportado (f. 119).

As demais testemunhas ouvidas também confirmaram que o feijão transportado não era originário da Gleba Sumatra, conforme consta nas Notas Fiscais n. 1.136 e 1.137 (f. 137-9 e 159-61).

A tese recursal é meramente de direito quanto à possibilidade de enquadramento da conduta praticada pelo apelado na hipótese prevista no art. 293, V, do Código Penal, segundo os pedidos expressos da acusação nas alegações finais (f. 169-77) e nas razões do apelo (f. 215-23).

Todavia, o argumento do apelante no sentido de que as notas fiscais emitidas pelo acusado são papéis públicos não prospera.

Isso porque a nota fiscal não pode ser equiparada a documento de arrecadação de tributos, como as guias ou documentos de depósitos etc.; as guias e outros documentos a que se refere o art. 293, V, do Código Penal, são aqueles emitidos por funcionários públicos, e não os produzidos pelos contribuintes.

Assim está redigido o art. 293, V, do Código Penal:

> Art. 293 - Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:
>
> V - talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável

No caso em apreço, a nota fiscal representa apenas uma operação comercial que servirá de base para que as autoridades possam controlar a entrada e saída de bens, assim como para a posterior cobrança de tributos; mas a própria nota fiscal não se destina ao pagamento de tributos.

As lições doutrinárias mencionadas nas razões recursais, por outro lado, não servem para amparar a tese acusatória, uma vez que o recorrente omitiu as partes dos textos em que o caso concreto – emissão de documento por particular – não é adequado à hipótese de falsificação de papéis públicos, como, por exemplo, ocorre nos fundamentos que menciona à f. 219, *in verbis*:

Seguindo o mesmo raciocínio, ensina Fernando Capez [1]:

> [...] talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo à arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o Poder Público seja responsável **(cuida-se aqui de "todos os papéis que, atinentes à arrecadação de rendas públicas (tributos, preços públicos, etc.)**, não sejam destinados à compra e venda (como os selos e estampilhas), bem como os comprobatórios de depósito (por injunção administrativa ou ordem judicial) ou de caução (real ou fidejussória, prestada por funcionário fazendário, concessionário de serviço público*, etc.)* (Destaques originais)

Na doutrina mencionada o apelante destacou anotação específica da argumentação do doutrinador, relegando a primeira afirmação, que vincula os documentos mencionados no art. 293, V, do Código Penal, à atuação ou responsabilidade do Poder Público na sua emissão (início do texto, sem destaque).

Ademais, em outros trechos do recurso, há referência à possibilidade de que a omissão do contribuinte quanto a esse tipo de documento – nota fiscal – pudesse ser utilizada como fator de configuração de crime de sonegação fiscal, por exemplo (f. 218, 1º ao 3º parágrafos).

Entretanto, a caracterização de crimes contra a ordem tributária em razão de referência às notas fiscais ou livros do comerciante ou prestador de serviços não significa dizer que alguns deles são documentos públicos, ou mesmo que sejam equiparados a *"selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo"*, conforme a dicção do art. 293, I, do Código Penal, porque nesses casos a emissão é de responsabilidade do Poder Público.

Portanto, mesmo que o dispositivo legal referido possibilite o enquadramento de qualquer documento público novo não previsto no tipo penal, a autorização legal questionada somente vale se estiver relacionada com a emissão de documentos por parte do Estado, e não do particular.

A sentença foi bastante clara a esse respeito, extraindo-se (f. 199-200):

1 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial - dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (art. 213 a 359-h). São Paulo: Saraiva. p. 293. v. 3.

> Documentos públicos podem ser definidos como aqueles emitidos por funcionários públicos, no desempenho de suas funções, bem como o "emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular" (§ 2º do art. 297, CP). Já documento particular, segundo o ensinamento de Celso Delmanto, é o que não está compreendido como documento público (art. 297, *caput*), ou ainda não é a este equiparado para fins penais (art. 297, § 2º). (*In* **Código Penal Comentado**, 6. Ed., 2002, Editora Renovar, p. 592).

Analisando os autos, vislumbra-se que as notas fiscais apresentadas pelo acusado não foram emitidas por funcionário público no desempenho de sua função nem são equiparadas legalmente a documento público. Portanto, sem dúvida alguma, legalmente é considerada documento particular.

O legislador não incluiu a nota fiscal no rol dos documentos que, para efeitos penais, equiparam-se a documento público (art. 297, § 2º, CP), assim a absolvição é medida que se impõe.

Por último, registro que a d. Procuradoria-Geral de Justiça também adota semelhante entendimento, consignando (f. 257):

> Desse modo, como a nota fiscal não é emitida por funcionário público no desempenho de suas funções nem está elencada entre os documentos equiparados a público, não há como sustentar o pedido condenatório com base em nota fiscal, documento este que se destina às relações particulares, salvo se restar demonstrado a intenção do agente em burlar a fiscalização ou praticar crime contra a ordem tributária, o que não ocorreu no presente caso.

Portanto, tendo em vista a inviabilidade de se considerar a nota fiscal como documento público, especialmente aquele tipo de papel destinado a produzir efeito perante as autoridades tributárias, a absolvição deve ser mantida.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso interposto pelo Ministério Público.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM 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, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 8 de novembro de 2010.

***

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2010.027131-8 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – PRISÃO DOMICILIAR – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA REAL NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS OU DO ACOMETIMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – ADEQUAÇÃO DO REGIME – LEGALIDADE – NÃO CONCESSÃO.

É inviável a concessão da prisão domiciliar ao condenado que não demonstra a necessidade de atenção especial ou sofre de moléstia grave. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Nos termos do art. 111 da Lei de Execução Penal, é imperioso modificar o regime de cumprimento da pena da modalidade semiaberto para o fechado quando nova condenação implica sanção que ultrapassa 20 (vinte) anos de reclusão.

Habeas Corpus a que se nega concessão, dada a legalidade do *decisum* impugnado.

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, rejeitar os embargos.

Campo Grande, 4 de outubro de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O advogado Marcelo Monteiro Padial ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito liminar, em favor de Analdo Vidal da Silva Junior, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.

Relata que o paciente cumpria pena em regime semiaberto e que, em uma das saídas para visitação a familiares, foi vítima de atentado contra sua vida, sendo atingido por 3 (três) disparos de arma de fogo, vindo a ser internado para cirurgia em 16 de maio de 2010 e, assim, requereu o regime de prisão domiciliar para sua recuperação.

Aduz que a autoridade coatora não analisou seu pedido, apesar de ter juntado aos autos os atestados médicos que comprovam sua convalescença, determinando o retorno do paciente ao regime fechado, pois durante esse período de restabelecimento de sua saúde, sobrevieram novas condenações criminais.

Assim, requer a concessão da ordem para a cassação das decisões proferidas pela autoridade coatora, a fim de lhe ser concedido o direito de cumprir a pena em regime domiciliar.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 13-15), e a autoridade coatora prestou as informações de estilo (f. 21).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação (f. 29-31).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

O paciente Analdo Vidal da Silva Júnior foi condenado definitivamente à pena de 17 (dezessete) anos de reclusão, após a soma de suas condenações, nos termos do art. 111 da Lei de Execução Penal.

Alega que cumpria pena em regime semiaberto e após ter sido atingido por 3 (três) disparos de arma de fogo, sofreu uma cirurgia, ficando em regime domiciliar por 60 (sessenta) dias.

Pleiteia, em suma, que possa cumprir a pena em sua residência, pela necessidade de restabelecer sua saúde, alegando que irá sofrer nova cirurgia.

A Procuradoria de Justiça suscita preliminar de não conhecimento do presente *writ*, por inadequação da via eleita.

Todavia, consoante se observa dos autos, não se vislumbra nenhum impedimento ao conhecimento do *writ,* tampouco se constata inadequação da via eleita, uma vez que se mostra prescindível qualquer incursão na seara probatória.

Na realidade, trata-se de questão de direito, aliada ao fato de que a matéria diz respeito a circunstâncias que interferem diretamente na liberdade de locomoção do paciente, sendo, por cautela, recomendável sua apreciação.

Destarte, afasto a preliminar de não conhecimento arguida pela d. Procuradoria-Geral de Justiça e passo à análise do mérito.

Observa-se que o art. 117 da Lei de Execução Penal dispõe que, em qualquer das hipóteses dos seus incisos, somente será possibilitado o regime domiciliar aos condenados que se encontrarem em regime aberto. Confira-se:

> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário do regime aberto em residência particular quando se tratar de:
>
> I - condenado maior de 70 anos;
>
> II - condenado cometido de doença grave;
>
> III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
>
> IV - condenada gestante.

Apesar disso, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA[1] assentou o entendimento de que, excepcionalmente, concede-se regime prisional mais benéfico ao réu portador de doença grave que, no regime fechado ou semiaberto, demonstra a impossibilidade de prestação da devida assistência médica pelo estabelecimento penal em que se encontra recolhido.

1 STJ, HC n. 106.291/RS, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 16.3.2009.

Ocorre que, no caso em comento, conforme as informações prestadas pela autoridade coatora (f. 21), a cirurgia noticiada pelo impetrante ocorreu em 16 de maio de 2010, e naquela época o paciente necessitava de 60 (sessenta) dias para recuperação, prazo já decorrido.

Além disso, o atestado juntado às f. 9, além de não relatar a gravidade da moléstia, concede afastamento por 30 (trinta) dias, prazo que também já se expirou.

Ademais, o impetrante não colacionou qualquer perícia ou atestado que indique a gravidade da enfermidade sofrida pelo paciente que indique a necessidade de regime domiciliar.

Não comprovado que o paciente é portador de doença grave ou que necessita de cuidados especiais, incabível o deferimento do pedido de prisão domiciliar no presente *HABEAS CORPUS*. Esse entendimento encontra amparo na jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *in verbis*:

> A jurisprudência, sensível aos fatos, tem admitido a concessão de prisão domiciliar para condenados em regime fechado, mas somente em situações excepcionalíssimas, no caso de portadores de doença grave, quando comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem pena.

Na hipótese, o médico oficial da penitenciária atestou que o paciente está recebendo tratamento e acompanhamento adequado, não havendo necessidade de tratamento extra muros. [2]

Ao revés do deduzido pelo impetrante, as decisões impugnadas não adotaram como fundamento a alegada evasão para adequar o regime prisional a que o paciente deveria se submeter, mas sim a nova soma das penas (f. 5-7), que alcançaram mais de 20 (vinte) anos, circunstância que inevitavelmente impõe o cumprimento da reprimenda no regime fechado, nos termos do art. 111 da Lei de Execução Penal.

Ante o exposto, **nego concessão** ao pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Analdo Vidal da Silva Junior.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM OS EMBARGOS.

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, 4 de outubro de 2010.

***

2 STJ, HC n. 138.213/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19.8.2010.

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n 2010.034114-1 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PROCESSO PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE – INCIDÊNCIA CRIMINAL ANTERIOR – NECESSIDADE DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA – NÃO CONCESSÃO.

Não faz jus à liberdade provisória o paciente preso em flagrante pela prática de roubo que ostenta incidência criminal anterior, evidenciando achar-se em manifesta progressão criminosa, e a sua prisão cautelar se faz necessária para a preservação da ordem pública.

Habeas Corpus a que se nega concessão, dada a plausibilidade da segregação processual.

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, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de novembro de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O advogado Jail Benites de Azambuja ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito liminar, em favor de Keneddy Ivan Fernandes Chaves, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Relata que o paciente foi preso em flagrante aos 14 de outubro de 2010, incurso no art. 157, § 2º, II (roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas), do Código Penal.

Aduz que o paciente não foi capturado em quaisquer das situações previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, restando descaracterizado o estado flagrancial.

Sustenta, ainda, que, embora o paciente reúna todas as condições necessárias para responder ao processo solto, a autoridade coatora o mantém preso sem motivação idônea; requerendo a concessão da ordem, a fim de que o paciente aguarde o deslinde da persecução criminal em liberdade.

Foi negado seguimento ao pleito relativo à nulidade do flagrante e, no mais, a tutela de urgência foi indeferida (f. 40-1).

A autoridade coatora prestou as informações de estilo (f. 45).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina preliminarmente pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação (f. 48-52).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Inicialmente, afasto a preliminar de não conhecimento suscitado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, visto que a juntada da decisão impugnada é suficiente para aferir a legitimidade da manutenção da custódia cautelar, que agora é o único objeto do *writ*.

No mérito, o paciente Kennedy Ivan Fernandes Chaves foi preso em flagrante porque, de acordo com a inicial – aos 14 de outubro de 2010, em horário não noticiado, nas imediações do Bairro Aero Rancho, em Campo Grande – juntamente com um adolescente, mediante grave ameaça, subtraiu aparelho de telefone celular da vítima também não identificada.

O pedido de liberdade provisória foi indeferido como forma de preservar a ordem pública, assistindo razão à autoridade coatora.

Embora a ausência de documentos impeça conhecer os pormenores do delito praticado, infere-se dos autos que, quando preso em flagrante, estava o paciente em pleno gozo da liberdade provisória em ação penal outra que apura o cometimento de fruto.

Com efeito, consulta ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ) revela que, atualmente, na comarca de Campo Grande, o paciente, além da ação originária, está sendo processado nos Autos n. 0054502-61.2009.8.12.0001, sendo que – aos 8 de setembro de 2009 – havia sido agraciado com o benefício da liberdade provisória sob compromisso, o que não foi suficiente para impedi-lo de perpetrar delito mais grave.

Em casos semelhantes recomenda a doutrina:

> [...] desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social [...] cabe ao juiz decretar a prisão preventiva 'como garantia da ordem pública'. Nessa hipótese, a prisão preventiva perde seu caráter de verdadeira medida de segurança. [...] A *potestas coercendi* do Estado atua, então, para tutelar, não mais o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa, e sim [...] a própria ordem pública. No caso, o *periculum in mora* deriva dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar – com a dilação do desfecho do processo – dentro da vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela.[1]

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> [...] 'A garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, a evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos' (*HC* n. 84.658/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 3.6.2005), além de se caracterizar 'pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação' (*HC* n. 90.398/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 18.5.2007).[2]

Assim, a prisão processual do paciente mostra-se útil para os fins do processo e, sem dúvida alguma, merece ser conservada.

Ante o exposto, **nego concessão** ao pedido de *habeas corpus* almejado em favor de Kennedy Ivan Fernandes Chaves.

Retifique-se a autuação, a fim de conste o nome correto do paciente, em vez de Kannedy Ivan Fernandes Cheves**.**

1 SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional**. São Paulo: Método, 2007. p. 193-4.

2 STJ, HC n. 97.449/RJ, Segunda Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, julgado em 9.6.2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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 Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 22 de novembro de 2010.

***

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 2010.024418-4 - Dourados
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE AGENTES – ROUBO DE R$ 1,00 (UM REAL), EM MOEDAS – CONHECIMENTO – ART. 621, I, CPP – CONDENAÇÃO EM CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – NECESSIDADE DE EXAME MÍNIMO DE PROVAS PARA VERIFICAÇÃO DA HIPÓTESE DE CABIMENTO – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – ACOLHIMENTO POR FUNDAMENTO DIVERSO – RÉU REVEL – ART. 366, CPP – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – CONDENAÇÃO FUNDADA UNICAMENTE NO DEPOIMENTO DA SUPOSTA VÍTIMA – DEPOIMENTOS TOMADOS MUITO TEMPO APÓS O FATO CRIMINOSO – DIVERSAS CONTRADIÇÕES ENTRE DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – PRISÃO POSTERIOR À FASE INSTRUTÓRIA – NEGATIVA DE AUTORIA – NÃO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE – NÃO APREENSÃO DE MOEDAS OU DE INSTRUMENTO PÉRFURO-CORTANTE – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – AÇÃO PROCEDENTE.

Não obstante o art. 621 do CPP disponha acerca de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência desta Corte já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente. Neste aspecto, o reexame probatório é perfeitamente compatível com a Revisão Criminal, mormente quando o requerente busca demonstrar a contrariedade da condenação em relação à evidência dos autos.

A aplicação do princípio da bagatela imprópria pressupõe a caracterização da autoria, da materialidade e da tipicidade, sendo apenas desnecessária a aplicação da pena, no caso concreto. Se a análise de todo o conjunto probatório demonstra a sua fragilidade na ocorrência de qualquer infração penal, a absolvição do requerente deve-se dar com fundamento no art. 386, II, do CPP.

Verificando-se que a condenação é fundada, unicamente, no depoimento da suposta vítima, cujos depoimentos foram colhidos muito tempo após o fato criminoso (na fase inquisitorial, após quase um ano, e, na fase judicial, após mais de dois anos), não é possível a manutenção da sentença condenatória.

Não há concluir pela existência de outras provas, quando os demais depoimentos testemunhais dos autos se fundamentam somente nas palavras da vítima e, ainda, são contraditórios.

Se a acusação versa sobre o roubo da quantia de R$ 1,00 (um real), em moedas, sob a ameaça de um canivete (ou estilete), não há comprovação da materialidade delitiva, principalmente, quando não se observa nos autos nenhuma apreensão de qualquer instrumento pérfuro-cortante com o requerente, que pudesse ser confundido com um canivete ou estilete, e também nenhuma notícia de moeda apreendida.

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 contra o parecer, deferir o pedido revisional. Ausente, por férias, o 1º vogal.

Campo Grande, 19 de outubro de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de Revisão Criminal proposta por Rafael Coelho Piana, inconformado com a sentença (f. 31-7) que o condenou às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e de 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II (roubo majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes), do Código Penal.

O requerente, em apertada síntese, sustenta o cabimento da ação revisional, sob a alegação de que o procedimento deve ser admitido para a reparação de injustiças e erros evidentes. Afirma que a ação deve ser julgada procedente, para absolvê-lo do crime de roubo, ante a irrelevância penal do fato, em decorrência da aplicação do princípio da bagatela imprópria.

Esclarece que a condenação foi proferida pelo roubo de R$ 1,00 (um real), cometido mediante violência ficta (ameaça), num autêntico ato de molecagem, em decorrência de sua dependência química de drogas.

Há comprovação do trânsito em julgado, em 1º de julho de 2010 (f. 17). Acompanham os autos diversas peças do processo originário, em que se destaca a inocorrência do crime (f. 18-37).

Foi determinado o apensamento dos autos principais, para melhor compreensão da situação fática e processual (f. 41).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 50-5), opina pelo não conhecimento da ação, por se tratar de mero pedido de reexame do mérito da ação penal, e, no mérito, pela improcedência da Revisional.

VOTO

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

Trata-se de Revisão Criminal proposta por Rafael Coelho Piana, inconformado com a sentença (f. 31-7) que o condenou às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e de 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II (roubo majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes), do Código Penal.

Consta na denúncia que, no dia 11 de julho de 2005, por volta das 14h30min., na Rua Ranulfo Saldivar, no Bairro Parque Alvorada, na cidade de Dourados, mediante grave ameaça exercida com emprego de um canivete, acompanhado do adolescente Júlio Cézar de Lima e de pessoa não identificada, o requerente teria subtraído a quantia de R$ 1,00 (um real) em moedas, da vítima Débora Gisele de Souza.

A exordial narra que a vítima se dirigia para uma panificadora quando foi abordada. Em seguida, teria se dirigido até a mercearia de sua amiga Agnes e, no momento em que estava relatando o ocorrido, os três indivíduos que a teriam assaltado adentraram o recinto, compraram doces e bolachas e se retiraram.

Comunicada da ocorrência, a Polícia Militar passou a efetuar buscas nas proximidades, tendo detido o requerente e o adolescente Júlio Cézar de Lima, que foram reconhecidos por Agnes, a proprietária da mercearia.

Por ordem de prejudicialidade, imperioso analisar a preliminar de não conhecimento suscitada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer. O órgão ministerial alega que a ação não pode ser conhecida por se tratar de mero reexame da matéria probatória já apreciada e transitada em julgado.

O Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

> Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:
>
> I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
>
> II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
>
> III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Não obstante o art. 621 do CPP disponha acerca de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência desta Corte já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. (TJMS, RCr n. 2010.010310-1, Seção Criminal, Rel. Juiz Manoel Mendes Carli, julgado em 21.7.2010, DJ de 26.7.2010).

A rediscussão de provas é admitida na revisão criminal, com base no art. 621, inciso I, do CPP, quando o requerente trouxer documentos que justifiquem a necessidade de análise sobre a possibilidade do julgamento da ação penal haver sido realizado em desconformidade com a evidência dos autos. (TJMS, RCr n. 2008.013007-7, Seção Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 3.9.2008, DJ de 20.10.2008).

Não é o caso de não-conhecimento do pedido, só porque a pretensão encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inocorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento. (TJMS, RCr n. 2005.017954-4, Seção Criminal, Rel. Des. Carlos Stephanini, julgado em 20.3.2006, DJ 31.3.2006).

Vê-se, portanto, que o reexame probatório é perfeitamente compatível com a Revisão Criminal, mormente quando se trata da hipótese prevista no inciso I do art. 621 do CPP, em que o requerente busca demonstrar a contrariedade da condenação em relação à evidência dos autos.

Assim sendo, a preliminar de não conhecimento deve ser rejeitada, para que a pretensão revisional seja conhecida.

Quanto ao mérito da ação, o requerente define a conduta de roubo de R$ 1,00 (um real), cometido mediante violência ficta (ameaça), como um autêntico ato de molecagem, em decorrência de sua dependência química de drogas. Em virtude disso, busca a aplicação do princípio da bagatela imprópria. Não obstante o brilhantismo da tese defensiva, que até já foi adotada por este Sodalício em casos pretéritos, no meu sentir, a pretensão absolutória merece acolhimento, mas por fundamento diverso.

Isso porque a aplicação do princípio da bagatela imprópria pressupõe a caracterização da autoria, da materialidade e da tipicidade, sendo apenas desnecessária a aplicação da pena. Não é o que se nota no caso concreto.

Analisando detidamente o conjunto probatório contido nos autos principais em apenso, constata-se que não restou demonstrada a ocorrência de nenhuma infração penal; o que enseja a absolvição do requerente, conforme art. 386, II, do CPP.

Na verdade, a insubsistência é justamente relativa à materialidade e à autoria delitivas.

A condenação baseia-se, unicamente, nos depoimentos da suposta vítima do crime de roubo, Débora Gisele de Souza (f. 23-4 e 83 – autos em apenso). Importante destacar que o depoimento prestado na fase inquisitorial ocorreu quase um ano (em 19 de junho de 2006) após o fato denunciado; já o depoimento judicial ocorreu após mais de dois anos (30 de outubro de 2007) do fato.

Em juízo (f. 83 – autos em apenso), a Débora Gisele de Souza declarou:

> [...] confirma integralmente as declarações que prestou na fase policial, estampadas nestes autos às f. 23-24, que lhe foram lidas neste momento com anuência das partes. A declarante realmente não compareceu à delegacia para fins de reconhecimento dos autores do roubo, mas ressalta que os três indivíduos que foram detidos pela PM, e levados ao distrito policial naquela data, são efetivamente os que abordaram e roubaram a declarante. Ressalta que a proprietária da mercearia, Agnes, acompanhou os policiais. Pelos demais nada foi reperguntado.

Os demais depoimentos que corroboram a acusação são fundados exclusivamente nas palavras da suposta vítima. Nesta situação, enquadram-se os depoimentos da amiga da vítima que chamou a polícia, Agnes Roberta Aleixo Germano da Silva (f. 26-7 e 107-8 – autos em apenso), e dos policiais militares que atenderam a ocorrência, José Roberto de Souza (f. 84 – autos em apenso) e Marcos do Prado Pinheiro (f. 85 – autos em apenso).

Em juízo (f. 107-8 – autos em apenso), Agnes Roberta Aleixo Germano da Silva demonstra, claramente, que suas impressões acerca do crime são fruto exclusivo das declarações de sua amiga:

> JUIZ: Sra. Agnes, já sabe do que se trata?
>
> DEPOENTE: Sim.
>
> JUIZ: O que aconteceu naquela data? A senhora foi inicialmente comunicada pela sua amiga Débora, é isso?
>
> DEPOENTE: Isso.
>
> JUIZ: E ela dizia o quê, na verdade?
>
> DEPOENTE: Ela disse que ela tava[...] ela tava[...] Eu não lembro se era retornando ou tava indo para a padaria, né, que tinha, tem ali perto.
>
> JUIZ: Padaria pertencente à senhora, ou não?
>
> DEPOENTE: Não, padaria mais pra frente. Aí ela disse que tava passando, tem umas passarelas ali no Parque Alvorada, e três rapazes colocaram um estilete nela e pegaram um dinheiro dela, não lembro, não sei assim a quantidade. E como eu tinha uma mercearia, e ela era minha amiga, ela foi me avisar, né? Aí ela pegou e falou: "Vamos ligar para a polícia, e tal, pra eles fazerem uma ronda aqui para ver, né?" e nisso eles estavam vindo pela outra passarela, né?

JUIZ: Esses três rapazes?

DEPOENTE: Esses três rapazes. Aí ela pegou e falou: "Olha, os rapazes, os meninos estão vindo ali", né?

JUIZ: Ela os reconheceu?

DEPOENTE: Ela reconheceu. Aí eles entraram até na minha mercearia, compraram bolacha, eu acho que até com o dinheiro dela. E aí eles saíram e falaram, assim, estavam, assim, bem desconfiados, eles falaram: "Ah, vamos embora que vai dar[...]". Esqueceram as bicicletas na[...] Um saiu e estava esquecendo já a bicicleta. Aí nisso a polícia veio, né? Aí falou comigo, com ela e eu lembro que ele, ele, um dos policiais, pediu para gente ver, né, se reconhecia. Depois que eles fizeram uma volta, e tinha três meninos mais pra baixo. Até eu fui, né, junto com eles, na viatura. Vi de longe, daí eu falei: "Olha, eu não[...] tá longe", eram quase duas quadras de distância, eu falei: "Pode ser que sim, pode ser que não."

JUIZ: A Débora também os acompanhou ou não?

DEPOENTE: Não.

JUIZ: Ela ficou com medo?

DEPOENTE: Ficou. E aí foi isso aí.

JUIZ: Esses garotos foram levados à delegacia?

DEPOENTE: Aí eu não sei, daí depois eu...

JUIZ: A senhora sabe se os policiais chegaram a conversar com eles ou a manter contato direto com eles?

DEPOENTE: Não, aí eu não sei.

JUIZ: Os nomes desses garotos, a senhora ficou sabendo?

DEPOENTE: Não, não, não conheço nada. Meu contato, né, com a polícia foi só esse e... Até teve uma vez, chegou uma intimação pra gente, pra ir na delegacia, né, pra ver se reconhecia, só que tinha um rapaz, assim, já era... Tinha passado, acho que mais de um ano. Mas aí fica difícil, né, eu não, eu não...

JUIZ: A senhora não[...]?

DEPOENTE: Não reconheci.

JUIZ: Não sabe dizer se era ou não os assaltantes, é isso?

DEPOENTE: É, na dúvida eu...

JUIZ: Eu entendi. Nem que sim nem que não, é isso?

DEPOENTE: É.

JUIZ: É isso?

DEPOENTE: É, na dúvida eu não sei.

JUIZ: Quando foi ouvida na delegacia, a senhora também comentou que os garotos estavam nervosos e um deles teria dito a seguinte frase: "Vamos embora porque vai dar merda."

DEPOENTE: É.

JUIZ: A senhora confirma isso?

DEPOENTE: Confirmo.

JUIZ: Foi dito isso?

DEPOENTE: Foi.

JUIZ: O nome do garoto que disse isso, a senhora também não sabe?

DEPOENTE: Não sei, porque eu não conheço eles, né, porque ali vai muita gente, ia, né, porque eu não tenho mais a mercearia. Muita gente ali do Flórida, do Altos do Indaiá. Muitas vezes eu também já fui assaltada ali, mas também nem...

JUIZ: E segundo a Débora, o que havia sido subtraído, roubado dela?

DEPOENTE: Olha, ela falou que era umas moedas, eu não sei se tinha nota também.

JUIZ: E segundo a Débora, eles utilizaram, para ameaçá-la, algum tipo de arma, ou não?

DEPOENTE: Parece que era um estilete, se eu não me engano era um estilete, que ela falou.

JUIZ: O Ministério Público?

MP: Sem perguntas.

JUIZ: Defesa?

DEFESA: Sem perguntas. (grifo nosso)

O Policial Militar José Roberto de Souza (f. 84 – autos em apenso), em seu depoimento judicial, pouco esclarece sobre os fatos controvertidos do processo, atendo-se ao narrado na denúncia, não se recordando sequer qual seria a versão do requerente quando foi preso em flagrante:

> [...] a equipe integrada pelo depoente foi acionada na oportunidade via rádio dando conta do assalto ocorrido no Parque Alvorada. Consta que a vítima dirigia-se a uma padaria a pé, quando então fora interceptada pelos autores do roubo. Chegando ao local a equipe do depoente dirigiu-se à mercearia onde estavam a vítima e a proprietária do estabelecimento, que relataram o ocorrido e descreveram os autores do roubo. Disseram inclusive que após o cometimento do crime dirigiram-se eles àquela mesma mercearia e ali adquiriram bolachas e refrigerantes. Em diligências, os três indivíduos foram localizados. Uma daquelas mulheres foi levada em viatura até os indivíduos, oportunidade em que os reconheceu como autores do roubo em questão. Os três indivíduos foram encaminhados ao distrito policial. Não se lembra se o reconhecimento acima citado foi realizado pela vítima ou pela dona da mercearia. Não se lembra que versão os indivíduos apresentaram na oportunidade. (grifos nossos)

O depoimento judicial do Policial Militar Marcos do Prado Pinheiro (f. 85 – autos em apenso) é no mesmo sentido:

> [...] recorda-se que à época foram acionados via rádio e chegando ao local foram atendidos por uma moça que se encontrava numa mercearia no bairro. Essa moça dizia que a amiga havia sido assaltada momentos antes por um rapaz que fazia uso de um canivete.

> Forneceu as características físicas e trajes dessa pessoa que foi encontrada na diligência que se seguiu. O rapaz foi levado ao local do fato e lá reconhecido como o autor do roubo. Não se lembra se o reconhecimento foi feito pela vítima ou pela dona da mercearia. (grifos nossos)

Além de os depoimentos dos policiais não trazer informação relevante acerca da possível conduta delitiva, são bastante contraditórios em dois aspectos fundamentais.

Primeiro, porque não há uma conclusão sobre o número de pessoas presas. A denúncia narra que a conduta criminosa teria sido praticada por três pessoas (conforme declarações da vítima), o Boletim de Ocorrência (f. 7-9 – autos em apenso) narra a prisão de duas pessoas (o requerente e o adolescente Júlio Cézar de Lima), mas José Roberto de Souza narra a prisão de três pessoas e Marcos do Prado Pinheiro relata a prisão apenas do requerente.

Segundo, a denúncia narra que a vítima não acompanhou os trabalhos policiais, sendo que o reconhecimento teria sido feito por sua amiga Agnes. Não obstante isso, José Roberto de Souza narra que sua viatura foi recebida, na mercearia, pela proprietária (Agnes) e pela vítima (Débora); já Marcos do Prado Pinheiro afirma que fora apenas a proprietária da mercearia que os recebeu.

Deve-se lembrar, ainda, que o requerente não estava presente em nenhum dos depoimentos enumerados acima (já que era revel, na ocasião), o que prejudica sobremodo a aceitação do suposto reconhecimento do requerente.

Há, também, um "Termo de Reconhecimento Negativo de Pessoa" (f. 28 – autos em apenso), em que tanto Débora Gisele de Souza quanto Agnes Roberta Aleixo Germano da Silva não reconhecem o adolescente Júlio Cézar de Lima como um dos assaltantes. Quanto ao requerente, nem sequer houve procedimento de reconhecimento. Ou seja, a suposta vítima não efetuou o reconhecimento do requerente.

Por outro lado, o requerente (f. 10 e 254 – autos em apenso) e o suposto comparsa adolescente Júlio Cézar de Lima (f. 30-1 e 212-3 – autos em apenso) negaram a prática delitiva em todas as oportunidades em que foram ouvidos.

Ainda na fase inquisitorial (f. 10 – autos em apenso), o requerente esclarece:

> QUE, o declarante nega a imputação do fato que lhe é atribuída; QUE, por volta das 14:00hs, juntamente com seu colega JULIO CESAR DE LIMA, foram até uma mercearia no Parque Alvorada, não sabendo declinar a rua, onde adquiriram bolachas e chocolates, não sabendo quanto pagou, porque foi pago por seu amigo JULIO; QUE, ao saírem da mercearia, ao andarem aproximadamente três quadras, foram abordados por uma guarnição da polícia militar, sendo procedida revista pessoal tanto no declarante quanto em seu colega e nada foi encontrado; QUE, informa que enquanto o declarante e seu colega ficaram com um policial, o outro foi buscar uma pessoa para que fossem reconhecidos; QUE, a pessoa nem chegou a descer da viatura, e depois foi levada pelo policiais; (grifo nosso). (*sic*)

Ouvido em juízo (f. 254 – autos em apenso), por meio de Carta Precatória, o requerente continua negando a existência de crime:

> JUIZ: Qual que é o nome do senhor?
>
> INTERROGANDO: Rafael Coelho Piana.
>
> JUIZ: O senhor tem advogado?
>
> INTERROGANDO: Tenho a Defensoria Pública.

JUIZ: De lá?

INTERROGANDO: Daqui.

JUIZ: Lá a doutora vai fazer. E daí, o senhor sabe porque o senhor está aqui hoje, Sr. Rafael?

INTERROGANDO: Sei.

JUIZ: Por que é?

INTERROGANDO: Fui acusado de ter roubado um real.

JUIZ: E daí? O que aconteceu? Conta para a gente?

INTERROGANDO: Eu saí de casa, fui fumar maconha com meus amigos em outro bairro e daí tava do lado da casa dessa mulher, aí ela me acusou, ela não gostou de eu ter fumado droga lá.

JUIZ: E esse rapaz, o Júlio César, estava com o senhor?

INTERROGANDO: tava.

JUIZ: Como é que aconteceu? Vocês fizeram esse assalto, não fizeram?

INTERROGANDO: Não, não fizemos.

JUIZ: E a moça entregou o dinheiro para você assim?

INTERROGANDO: Não, não entregou nada para mim não.

JUIZ: Nada?

INTERROGANDO: Nada.

JUIZ: Por que você acha que está sendo acusado disso?

INTERROGANDO: Porque ela não gostou do fato de eu ter usado droga do lado da casa dela.

JUIZ: E esse rapaz, ele fez alguma coisa, não fez?

INTERROGANDO: Não, não fez nada.

JUIZ: Nada?

INTERROGANDO: Eu tava junto com ele.

JUIZ: Já conhecia ela antes ou não?

INTERROGANDO: Não, nunca tinha visto. (*sic*)

O depoimento judicial (f. 212-3 – autos em apenso) de Júlio Cézar de Lima é no mesmo sentido:

JUIZ: Seu nome é Julio César de Lima, é isso?

DEPOENTE: É.

JUIZ: Rafael Coelho Viana está sendo processado porque, segundo a denúncia, no dia 11 de julho de 2005, no Parque Alvorada, ele teria praticado um roubo, abordando a Sra. Débora Gisele de Souza, que se dirigia, a pé, a uma panificadora existente naquele bairro. Consta que essa pessoa teria sido abordada por três indivíduos, que, com canivete, a ameaçaram e tomaram o dinheiro dela. É verdade isso?

DEPOENTE: Não, senhor, porque nós[...] Eu sou usuário de droga, ele também; nós estava em três.

JUIZ: Estava o senhor, o Rafael e quem mais?

DEPOENTE: Eu, o Rafael e o Will Carbonari, Will Viegas(F) Carbonari. Ele foi liberado na hora, esse menino.

JUIZ: O Will?

DEPOENTE: É, ele foi liberado na hora pelos polícia. Daí, naquele dia, nós tinha ido lá no Parque Alvorada, e, lá no Parque Alvorada, tinha umas vielas, uns becos, onde tem uns banco, e nós fomos usar droga lá, fumar maconha. Daí, onde que[...] Quando nós saímos do beco, nós passamos em uma mercearia, compramos umas bolachas - nós tinha dinheiro -, e, quando nós estava chegando lá perto daquele Posto Santo Antônio, a polícia abordou nós, e nós não estava com canivete, nada, eles não acharam nada, e a vítima alegou, falou que era nós.

JUIZ: O senhor não abordou a vítima, nem o Rafael? É isso que o senhor quer dizer?

DEPOENTE: Não, ninguém. É.

JUIZ: E como ela teria reconhecido vocês como autores do roubo?

DEPOENTE: Bom, não sei.

JUIZ: E quem a teria roubado?

DEPOENTE: Também não tenho idéia, tem o menino que foi liberado, ele também estava junto, ele sabe também que nós, não foi nós.

JUIZ: Não, eu entendi a sua versão. Mas o senhor tem alguma explicação, porque, sendo inocente, por qual razão, então, a vítima, que saiu depois com os policiais, os apontou como sendo os autores do roubo?

DEPOENTE: Eu acho que porque nós foi usar droga lá no Parque Alvorada, né, e tem muita gente que não gosta que vai lá, né, e é bem nas vielinhas, fica do lado das casas, né, nos becos.

JUIZ: O senhor estava consumido droga com o acusado e esse outro indivíduo em que parte do Parque Alvorada?

DEPOENTE: Agora eu não lembro que rua que é lá, mas é perto de uma mercearia zinha que tem lá.

JUIZ: Perto dessa panificadora?

DEPOENTE: Não, a panificadora é bem mais para baixo. (*sic*)

Não fosse isso o suficiente para o juízo absolutório, alguns fatos também merecem destaque.

Quanto à materialidade, a acusação versa sobre o roubo da quantia de R$ 1,00 (um real), em moedas, sob a ameaça de um canivete (ou estilete). Não há nos autos nenhuma comprovação da existência de qualquer canivete ou estilete. Também não houve apreensão de qualquer instrumento pérfuro-cortante com o requerente, que pudesse ser confundido com um canivete ou estilete. Não há, ainda, nenhuma testemunha de que o requerente (ou mesmo algum de seus amigos) tivesse um canivete ou estilete.

O mesmo se diz acerca das supostas moedas roubadas. Não há nenhuma notícia de moeda apreendida e também não há nenhuma testemunha que diga que a suposta vítima possuía moedas e tivesse sido assaltada.

Neste ponto, merece destaque que a própria denúncia narra que, quando a vítima já estava na mercearia de sua amiga Agnes, "*os três indivíduos ali chegaram e adquiriram alguns doces e bolachas*" (f. 3 – autos em apenso). Se os supostos assaltantes adquiriram doces e bolachas, certamente, não foi com as moedas do assalto, visto que a quantia não seria suficiente para tal.

Causa perplexidade, por fim, que a própria autoridade policial reconhece a não comprovação de materialidade e de indícios de autoria:

> Desta forma, ficando a materialidade delitiva prejudicada sem a apreensão da *res furtiva* ou mesmo do objeto que levasse a crer ser a arma do crime e sem o reconhecimento da autoria, dou por encerrado os trabalhos da Polícia Judiciária, submetendo os autos a elevada apreciação de Vossa Excelência, ouvido o Ministério Público. (f. 35 – autos em apenso)

Desta forma, não obstante o trânsito em julgado, é imperioso reconhecer que a condenação é contrária à evidência dos autos (art. 621, I, do CPP), visto que não há informação segura e concreta sequer sobre a ocorrência de um crime. Este entendimento possui precedente nesta Corte:

> REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – CABIMENTO – ART. 621 DO CPP – DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – CONJUNTO PROBATÓRIO INCAPAZ DE COMPROVAR AUTORIA E MATERIALIDADE CERTAS – REVISÃO PROCEDENTE.
>
> É cabível a propositura de revisão criminal quando a condenação se deu contrariamente às evidências dos autos. Por certo que não pode persistir uma condenação, se o conjunto probatório não é suficiente para demonstrar nem a autoria nem a materialidade do delito. (TJMS, RCr n. 2007.026395-7, Seção Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 19.11.2007, DJ de 5.12.2007).

Diante do exposto, divergindo do parecer, julgo procedente a Revisão Criminal proposta por Rafael Coelho Piana, para absolvê-lo do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, com fulcro no art. 386, II, do CPP.

Expeça-se Alvará de Soltura, imediatamente, independente de publicação do acórdão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 1º VOGAL.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 19 de outubro de 2010.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança n. 2010.027640-4 - Ivinhema
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – TRÁFICO DE DROGAS – VEÍCULO AUTOMOTOR UTILIZADO NO TRANSPORTE DE MACONHA – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – PROPRIEDADE RESOLÚVEL – PERDIMENTO DE BENS – TERCEIRO DE BOA-FÉ – CONHECIMENTO – SÚMULA 202, STJ – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE RESTRIÇÕES DESTINADAS ÀS PARTES – NULIDADE DA DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO VEÍCULO – DIREITO DE PROPRIEDADE – ART. 5º, *CAPUT*, CF – IMPOSSIBILIDADE DE PENA QUE ULTRAPASSE O CONDENADO – ART. 5º, XLV, CF – PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – ORDEM CONCEDIDA.

As restrições ao conhecimento do mandado de segurança contra ato judicial, previstas no art. 5º da Lei n. 12.016/2009, não se aplicam àquele que não era parte da relação jurídico-processual originária. No caso concreto, se a instituição financeira não teve nenhuma oportunidade de manifestação durante o trâmite da ação criminal, não há nenhum obstáculo para a impetração do *mandamus*, mormente quando há trânsito em julgado.

No contrato de alienação fiduciária de veículo automotor, a instituição financeira possui a propriedade resolúvel do bem, enquanto não houver a quitação do débito. Nesta condição, não havendo nenhuma participação sua no tráfico de drogas, não é possível a decretação do perdimento de veículo, pois o direito de propriedade é uma garantia constitucional fundamental; assim como a impossibilidade de a pena ultrapassar o condenado e os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

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, conceder a segurança. Ausente, por férias, o 6º vogal.

Campo Grande, 5 de outubro de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Banco Bradesco S.A. contra ato acoimado de ilegal do Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema.

O impetrante narra, em apertada síntese, que, em 29 julho de 2008, assinou contrato de Cédula de Crédito Bancário para Aquisição de Bens e/ou Serviços com José Pedro da Silva. Desta forma, o veículo GM/

Montana Conquest, Ano/Modelo: 2005/2005, placa HSD-5813, Chassi 9BGXL80005C199901, Renavam: 848001591, Cor Preta, passou a ser de propriedade do impetrante; sendo que apenas o pagamento integral do financiamento faria com que o devedor adquirisse a propriedade do veículo.

Não obstante isso, em 6 de janeiro de 2008, José Pedro da Silva assinou o Documento Único de Transferência (DUT) em favor de Claudemir Morel de Souza, que foi preso em flagrante transportando drogas no veículo em 27 de fevereiro de 2009. A condenação criminal veio acompanhada do decreto de perdimento do bem.

Diante disso, o impetrante sustenta que haveria ilegalidade manifesta na decretação de perdimento de veículo automotor, devidamente gravado com ônus da Alienação Fiduciária em favor dele. Aduz que foi decretado o perdimento de bem sem que o impetrante tivesse qualquer conhecimento da atividade criminosa de terceiro, bem como nenhuma oportunidade de se manifestar na ação criminal.

Sublinha, ademais, que foi violado o art. 5º, XLV, da Constituição Federal, que dispõe acerca do princípio da individualização da pena, e os incisos LIV e LV do mesmo artigo, materializados nos princípios processuais do contraditório e da ampla defesa. Antes sustentou que a aplicação da pena de perdimento fulmina o seu direito de propriedade.

A liminar foi concedida, para determinar a suspensão da autorização para que o veículo seja usado pela Polícia Militar ou Delegacia de Polícia (f. 62 e v.).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 66-76).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 81-5), opina, preliminarmente, pelo não conhecimento do *mandamus*, por inadequação da via eleita, e, no mérito, por sua concessão.

VOTO

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

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Banco Bradesco S.A. contra ato acoimado de ilegal do Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema.

O impetrante narra, em apertada síntese, que, em 29 julho de 2008, assinou contrato de Cédula de Crédito Bancário para Aquisição de Bens e/ou Serviços com José Pedro da Silva. Desta forma, o veículo GM/Montana Conquest, Ano/Modelo: 2005/2005, placa HSD-5813, Chassi 9BGXL80005C199901, Renavam: 848001591, Cor Preta, passou a ser de propriedade do impetrante; sendo que apenas o pagamento integral do financiamento faria com que o devedor adquirisse a propriedade do veículo.

Não obstante isso, em 6 de janeiro de 2008, José Pedro da Silva assinou o Documento Único de Transferência (DUT), em favor de Claudemir Morel de Souza, que foi preso em flagrante transportando drogas no veículo, em 27 de fevereiro de 2009. A condenação criminal veio acompanhada do decreto de perdimento do bem.

Diante disso, o impetrante sustenta que haveria ilegalidade manifesta na decretação de perdimento de veículo automotor, devidamente gravado com ônus da Alienação Fiduciária em favor dele. Aduz que foi decretado o perdimento de bem sem que o impetrante tivesse qualquer conhecimento da atividade criminosa de terceiro, bem como nenhuma oportunidade de se manifestar na ação criminal.

Sublinha, ademais, que foi violado o art. 5º, XLV, da Constituição Federal, que dispõe acerca do princípio da individualização da pena, e os incisos LIV e LV do mesmo artigo, materializados nos princípios processuais do contraditório e da ampla defesa. Antes sustentou que a aplicação da pena de perdimento fulmina o seu direito de propriedade.

Por ordem de prejudicialidade, o Ministério Público suscita preliminar de não conhecimento do presente Mandado de Segurança, por inadequação da via eleita, visto que a decisão questionada seria recorrível.

A preliminar em questão trata do cabimento da impetração de mandado de segurança contra decisões judiciais. Quanto às hipóteses de não conhecimento, a Lei n. 12.016/2009 disciplina:

> Art. 5.º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
>
> I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
>
> II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
>
> III - de decisão judicial transitada em julgado.

No caso concreto, o *Parquet* busca o enquadramento da situação do impetrante na situação prevista no inciso II supracitado, por entender que a decisão que decretou o perdimento do bem era passível de recurso de apelação, previsto no art. 593, II, do CPP.

No meu sentir, a preliminar não merece prosperar. Isso porque a restrição em comento só deve ser aplicada para as partes do processo, sob pena de violação clara a direito líquido e certo do terceiro prejudicado.

Se o impetrante não teve nenhuma oportunidade de se manifestar sobre a propriedade de veículo automotor, seria absolutamente contraditório exigir que ele recorresse. Aliás, vê-se da movimentação processual do recurso de apelação manejado (n. 2009.023966-0) que houve trânsito em julgado, no dia 14 de julho de 2010.

Impende ressaltar que, não fazendo parte daquela relação jurídico-processual, não é possível enquadrar o impetrante nas hipóteses dos incisos II e III do mencionado artigo.

Aliás, a matéria é sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula 202: A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso.

É certo que o tema já foi amplamente debatido na doutrina e jurisprudência nacionais. Por este motivo, convém mencionar os ensinamentos de Hely Lopes Meireles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes[1]:

> Inadmissível o mandado de segurança como substitutivo do recurso próprio, pois por ele não se reforma a decisão impugnada, mas apenas se obtém a sustação de seus efeitos lesivos ao direito líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado no recurso cabível. Por isso mesmo, a impetração pode – e deve – ser concomitante com o recurso próprio (apelação, agravo, correição parcial), visando unicamente a obstar lesão efetiva ou potencial do ato judicial impugnado. Se o impetrante não interpuser, no prazo legal, o recurso adequado, tornar-se-á carecedor da segurança, por não se poder impedir indefinidamente, pelo *mandamus*, os efeitos de uma decisão preclusa ou transitada em julgado, salvo se a suposta 'coisa julgada' for juridicamente inexistente ou inoperante em relação ao impetrante.
>
> [...]

1 MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43-7.

> Inadmissível é, entretanto, o mandado de segurança contra a coisa julgada (art. 5º, inc. III, da Lei n. 10.016/09, que adotou o entendimento já consolidado pelo STF na Súmula n. 268), só destrutível por ação rescisória, a menos que o julgado seja substancialmente inexistente ou nulo de pleno direito, ou não alcance o impetrante nos seus pretendidos efeitos, como observamos acima.

Assim sendo, por certo que o trânsito em julgado de sentença condenatória criminal não tem o condão de atingir a instituição financeira que não era parte do processo nem teve oportunidade de se manifestar.

Desta forma, a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça deve ser rejeitada e o *mandamus* deve ser conhecido.

Superada a matéria preliminar, cabe analisar a legalidade da decretação do perdimento de veículo automotor, gravado do ônus de Alienação Fiduciária.

Inicialmente, observa-se que os arts. 62 e 63 da Lei n. 11.343/06 possibilitam o confisco de bens utilizados como instrumentos do crime de tráfico de drogas. Esta medida possui a natureza jurídica de efeito da condenação, entretanto sua aplicação deve ser orientada por princípios constitucionais gerais.

A Carta Magna preconiza:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Dos dispositivos transcritos, observa-se, claramente, o direito de propriedade e o direito de que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado. Esses direitos foram elevados, pelo constituinte, à categoria de direitos e garantias fundamentais, portanto sua observância constitui pilastra do Estado Democrático de Direito.

Em que pese o contrato de alienação fiduciária realizado por instituição financeira ser orientado pelo art. 66-B da Lei n. 4.728/65 (acrescentado pela Lei n. 10.931/2004) e pelo Decreto-Lei n. 911/69, a definição de propriedade resolúvel do Código Civil é bastante esclarecedora:

> Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

Destarte, fica nítido que, desde o momento da assinatura do contrato até a quitação do débito ajustado, a propriedade do bem é do impetrante.

A situação se torna ainda mais controvertida quando se observa que o veículo – patrimônio do impetrante – foi vendido pelo possuidor direto (José Pedro da Silva) a terceiro (Claudemir Morel de Souza), que veio a cometer tráfico de drogas, ensejando o perdimento do bem.

O proprietário do veículo é o impetrante, não o devedor fiduciário e, menos ainda, o terceiro adquirente que estava na posse do bem. Assim sendo, a instituição financeira não tem nenhuma ligação com a atividade ilícita empreendida com o automóvel.

Assim, apesar de o Código de Processo Penal disciplinar acerca do procedimento para a restituição das coisas apreendidas, o impetrante não era parte naquele processo nem sabia da existência da ação penal, somente tomando conhecimento dela quando impedido de ter a posse de seu veículo em razão de sua apreensão pela polícia. Por isso, não se lhe podia exigir que tomasse qualquer providência no âmbito penal.

A jurisprudência pátria já se manifestou sobre o tema, em diversas oportunidades, de forma uníssona:

> Banco credor de alienação fiduciária garantida pelo veículo em que a droga era transportada possui direito à restituição do bem, quando demonstrado o atraso no pagamento das parcelas, porque é o proprietário resolúvel. (TJDFT, ACr n. 20080111308259APR, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Sérgio Rocha, julgado em 20.5.2010, DJ de 2.6.2010).
>
> ALIENAÇÃO FIDUCIARIA - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE QUE FORA APREENDIDO EM RAZÃO DE SUA UTILIZAÇÃO EM CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - IMPOSSIBILIDADE DE PERDA DESSE BEM EM FAVOR DA UNIÃO, POR SE TRATAR O PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE TERCEIRO DE BOA-FÉ - DIREITO DE PROPRIEDADE GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE- RECURSO PROVIDO.
>
> Não pode o credor fiduciário ver-se privado do bem de sua propriedade em razão de utilização em tráfico ilícito de entorpecentes, pois a perda do bem, prevista não apenas no Código Penal como também na Lei n. 11.343/2006, encontra exceção no direito de propriedade do terceiro de boa-fé. (TJSP, Ag n. 992090813277, Vigésima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Luís de Carvalho julgado em 2.9.2009, DJ de 24.9.2009).
>
> Veículo financiado. Apreensão com pessoa condenada por tráfico de entorpecentes. Perdimento decretado em favor da União. Pedido de restituição. Indeferimento. Dúvida quanto à propriedade.
>
> 1. Tratando-se de veículo objeto de alienação fiduciária, apreendido na posse de pessoa condenada por tráfico ilícito de entorpecentes, incabível a decretação de seu perdimento em favor da União, sob pena de violação ao art. 5º, incisos XXII, XLV e LIV, da CF/88.
>
> 2. O depositário desse bem possui legitimidade para defendê-lo em juízo ou fora dele. A dúvida quanto ao direito de sua posse deve ser dirimida no juízo cível.
>
> 3. Apelação parcialmente provida para determinar a entrega do veículo à empresa financeira. (TJDFT, ACr n. 2003 01 1 097277-8, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Getulio Pinheiro, julgado em 13.10.2005, DJU de 17.11.2005).
>
> Não está sujeito a confisco bem objeto de alienação fiduciária utilizado na prática do delito de tráfico por pertencer à terceiro de boa-fé, consoante aplicação do art. 91, II, do CP. (TJRS, ACr n. 70009109596, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, julgado em 1.9.2004).

Diante do exposto, acompanhando parte do parecer, conheço da impetração e concedo o *mandamus* em favor de Banco Bradesco S.A., para reconhecer a nulidade da sentença dos Autos n. 012.09.000353-7, na parte que trata da pena de perdimento do veículo GM/Montana Conquest, Ano/Modelo: 2005/2005, placas HSD-5813, Chassi 9BGXL80005C199901, Renavam: 848001591.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 6º VOGAL.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos e Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 5 de outubro de 2010.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.033534-4 - Bataguaçu
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL – PESCA EM PERÍODO DEFESO – *SURSIS* PROCESSUAL – MOMENTO INOPORTUNO – IMPOSSIBILIDADE – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA FALTA DE PROVAS – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL AMPARADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – PROVA SUFICIENTE – DESCONHECIMENTO DA LEI – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 21, CP – RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – PESCA COMO ÚNICO MEIO DE SOBREVIVÊNCIA – AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO – PROGRAMA ESTATAL DE AMPARO AOS PESCADORES – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Havendo sentença penal condenatória, não há falar em oferecimento da suspensão condicional do processo, tendo passado o momento oportuno para sua requisição ou oferecimento.

Não há falar em ausência de provas para a condenação quando a confissão extrajudicial do apelante de que tinha consciência da prática da pesca predatória é amparada por outros elementos de prova, como os depoimentos testemunhais obtidos já na fase judicial, sob o crivo do contraditório.

Não é motivo para a absolvição a alegação de desconhecimento da lei, diante da inteligência do artigo 21, CP, assim como não prospera o argumento de que o apelante, pescador profissional, praticou pesca em período proibido somente para garantir seu sustento e de sua família, quando não há nos autos qualquer prova de essa atividade é o único meio de sobrevivência, assim como há programas estatais específicos de amparo aos pescadores.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de apelação criminal interposta por Adriano Braz, objetivando a reforma da sentença (f. 184-90), que o condenou à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída por restritiva de direito, pela infringência ao artigo 34, *caput* e § 2º, II, da Lei n. 9.605/98, sendo a pena privativa de liberdade substituída por prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos.

O apelante, em suas razões recursais (f. 201-8), em apertada síntese, alega:

> 1) que deve ser absolvido por insuficiência de provas;
>
> 2) que seja reconhecida a exclusão da culpabilidade decorrente da inexigibilidade de conduta diversa, ou subsidiariamente, conceder o direito do *sursis* processual.

O Ministério Público Estadual, em suas contrarrazões (f. 214-8), pugnou pelo seu improvimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 224-7), opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de apelação criminal interposta por Adriano Braz, objetivando a reforma da sentença (f. 184-90), que o condenou à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída por restritiva de direito, pela infringência ao artigo 34, *caput* e § 2º, II, da Lei n. 9.605/98, sendo a pena privativa de liberdade substituída por prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos.

O apelante, em suas razões recursais (f. 201-8), em apertada síntese, alega:

> 1) que deve ser absolvido por insuficiência de provas;
>
> 2) que seja reconhecida a exclusão da culpabilidade decorrente da inexigibilidade de conduta diversa, ou subsidiariamente, conceder o direito do *sursis* processual.

O Ministério Público Estadual, em suas contrarrazões (f. 214-8), pugnou pelo seu improvimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 224-7), opina pelo improvimento do recurso.

Consta na denúncia que:

> [...] no dia 10 de janeiro do corrente ano (2008), por volta das 10h30m, o denunciado foi preso em flagrante delito por policiais militares ambientais, no lago da usina Hidrelétrica "Sergio Motta", praticando pesca predatória em período de defesa, utilizando de uma rede de emalhar de 90mm de extensão aproximada de 2.000 (dois mil) metros, petrecho proibido (Ag n. 4996 e OPA n. 78644), sendo apreendido no interior de sua embarcação a quantidade de 70 (setenta) quilos de pescados, das espécies Piau, Tucunaré, Piranha, Curvina, Cascudo, Tilapia e Porquinho. [...]

1 – Do *Sursis* Processual

O apelante requer a concessão do *sursis* processual. Entretanto, a sua inércia em requerê-lo no momento oportuno faz com que, nesta fase, seja impossível a sua concessão.

A suspensão condicional do processo, nas palavras do jurista Fernando Capez[1] é um *"instituto despenalizador, criado como alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por um determinado período e mediante certas condições."*

Tal benesse pode ser proposta pelo Ministério Público no momento do oferecimento da denúncia, não sendo este obrigado a fazê-lo.

1 CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. 6. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus. p. 39. v. 2.

Quando o representante do *Parquet* não oferece a suspensão condicional do processo, cabe à parte requisitar sua concessão, o que não foi feito no caso *sub judice*.

Sendo uma alternativa a pena privativa de liberdade, ou seja, uma forma de se evitar toda a instrução do processo, a qual indubitavelmente terminará na sentença, mostra-se ilógico reconhecer a nulidade desta para que possa ser oferecida uma benesse que, a este ponto, mostra-se desnecessária.

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de que a suspensão condicional do processo não pode ser oferecida, quando já proferida sentença penal, *in verbis*:

> I. Transação penal (L. n. 9099/95): preclusão. 1. "A transação penal de que cogita o art. 76 da Lei é hipótese de conciliação pré-processual, que fica preclusa com o oferecimento da denúncia ou, pelo menos, com o seu recebimento sem protesto, se se admite, na hipótese, a provocação do Juiz ao Ministério Público, de ofício ou a instâncias da defesa" (*HC* n. 77.216, Primeira Turma, Pertence, DJ de 21.8.1998). II. Suspensão condicional do processo (L. n. 9.099/95, art. 89): preclusão: inadmissibilidade, ademais, quando o acusado esteja sendo processado ou já tiver sido condenado por outro crime. 1. Conforme o entendimento do STF, "a suspensão condicional do processo só é possível enquanto não proferida a sentença condenatória": precedentes. 2. Nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95 - cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo plenário, em 16.12.1999, no *HC* n. 79.460, Nelson Jobim, DJ 18.5.2001 - não cabe a suspensão condicional do processo quando o acusado esteja sendo processado ou já tiver sido condenado por outro crime. III. Defensor público: intimação pela imprensa (L. n. 9.099/95, art. 82, § 4º): inaplicabilidade, nos Juizados Especiais, do art. 128, I, da LC n. 80/94, que prescreve a sua intimação pessoal. 1. Firme a jurisprudência do STF em que, nos Juizados Especiais, prevalece o critério da especialidade e, por isso, basta a intimação pela imprensa, nos termos do art. 82, § 4º, da L. n. 9.099/95: precedentes: improcede a alegação de que, prescrita a intimação pessoal do Defensor Público em lei complementar, subsistiria a regra à superveniência da lei ordinária dos Juizados Especiais, pois o tema não se inclui no âmbito material reservado à lei complementar pelo art. 134 e parágrafos da Constituição, mas disciplina questão processual e, por isso, tem natureza de lei ordinária. IV. Julgamento: pedido de adiamento ou de nova vista dos autos indeferido sem motivação adequada: nulidade inexistente, no caso, dado que os requerimentos também não foram justificados na comprovada impossibilidade de comparecimento do Defensor à sessão, nem houve fato novo que justificasse nova vista dos autos. (STF, *HC* n. 86007/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 29.6.2005) (Grifei)

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADA COM VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 E, COM ISSO, DE SEU ART. 89, QUE DISPÕE SOBRE A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. O art. 41 da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) afastou a incidência da Lei n. 9.099/95 quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o que acarreta a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).
>
> 2. Ademais, a suspensão condicional do processo, no caso, resta obstada pela superveniência da sentença penal condenatória. Precedentes do STF.
>
> 3. Parecer ministerial pela denegação do *writ*.
>
> 4. Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 142017/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 1.2.2010) (Grifei)

> Portanto, não deve ser acolhido o pedido de suspensão condicional do processo formulado pela defesa.

2 – <u>Da Absolvição por Falta de Provas</u>

A defesa sustenta que o apelante deve ser absolvido por ausência de provas porque não há nos autos portaria administrativa que regulamenta a proibição da pesca, bem como não é de conhecimento de toda a sociedade o período em que é vedado o exercício dessa atividade.

Não lhe assiste razão.

No que concerne à alegação de ausência de provas para a condenação, cabe frisar que o apelante é réu confesso, nos termos do trecho do depoimento abaixo transcrito (f. 12-3), tendo admitido expressamente que tinha ciência da proibição de praticar a pesca:

> [...] perguntado se é verdadeira a acusação que lhe é feita, respondeu que sim; perguntado sobre as provas já apuradas, respondeu que realmente estava praticando a pesca em período proibido e que os bens apreendidos são de sua propriedade [...].

Tais alegações são confirmadas pelos depoimentos das testemunhas Marcos de Souza Martins e Roney dos Santos Oliveira, policiais militares ambientais que flagraram o réu praticando pesca predatória, conforme verifica-se às f. 120-1 dos autos.

Ainda, o apelante sustenta que "*não se vislumbra nos autos a portaria administrativa comprovando que, efetivamente, no período em que o acusado estava pescando a pesca estava proibida*" (f. 203), cumpre destacar que o Auto de Infração (f. 27) traz todas as normas violadas pelo réu.

Ademais, como destacou o promotor de justiça em suas contrarrazões recursais, "*é certa a afirmação de que o artigo 34, parágrafo único inciso II da Lei n. 9.605/98 é norma em branco, no entanto, esta vem regulamentada pelo artigo 1º da IN 194/08 do IBAMA*[2]*, que trata da proibição da pesca predatória na bacia hidrográfica do rio Paraná, entre os períodos de 1.11.2007 a 28.2.2008 em razão da piracema.*"

Quanto à alegação de desconhecimento do período de proibição da pesca, com melhor sorte não conta o apelante. Primeiramente porque, como ele próprio sustentou, quando inquirido perante a autoridade policial (f. 12-3), único momento em que foi ouvido nos autos, tendo em vista a sua revelia (f. 81), é profissional da pesca, que sustenta a sua família com o exercício desse ofício e tinha total conhecimento de que infringia a lei, não sendo crível que, em razão do seu ofício, desconhecesse por completo as normas a ele pertinentes, principalmente quanto ao período de proibição da pesca, fato notório em toda a sociedade.

Cumpre salientar que o Estado de Mato Grosso do Sul, bem como os demais estados da Federação, regularmente, promovem campanhas esclarecedoras sobre o período da piracema, quando é vedado o exercício da pesca, instruindo toda a população, principalmente os pescadores, a respeito do assunto, bem como dos graves danos ao meio ambiente acarretados pela pesca predatória.

Ademais, como determina o artigo 21 do Código Penal, *"o desconhecimento da lei é inescusável".*

Segundo ensina Nucci[3], "*o desconhecimento da lei, isto é, da norma escrita, não pode servir de desculpa para a prática de crimes [...]. Aliás, esse é o conteúdo da Lei de Introdução ao Código Civil: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece" (artigo 3º).*"

2 Art. 1º. Estabelecer normas de pesca para o período de proteção à reprodução natural dos peixes, anualmente, de 1° de novembro a 28 de fevereiro, na bacia hidrográfica do rio Paraná.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 209.

Diante do acima exposto, não há falar em absolvição por falta de provas, principalmente tendo em vista o apelante ser réu confesso, bem como seu depoimento policial encontrar amparo nas demais provas confirmadas judicialmente, sob o crivo do contraditório.

3 – <u>Da Inexigibilidade de Conduta Diversa</u>

A defesa ainda pretende ver o apelante absolvido sob o argumento de que ele somente teria praticado a pesca em período proibido, porque este seria o único meio de sobrevivência.

Entretanto, o réu não juntou aos autos nenhuma prova nesse sentido, ou seja, de que a pesca era o único meio de garantir o seu sustento e de sua família, assim como da impossibilidade de exercer outra atividade no período do "defeso".

Ainda, os pescadores profissionais, devidamente cadastrados, não ficam desamparados no período em que não podem exercer sua profissão em razão da piracema, tendo suas necessidades básicas garantidas pelo estado por meio do "seguro-defeso", que "*é uma assistência financeira temporária concedida ao pescador profissional que exerça sua atividade de forma artesanal, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de parceiros, que teve suas atividades paralisadas no período de defeso.*" (Fonte: <http://www.diarioonline.com.b r>. Acesso em: 26 nov 2010 – Secretaria de Estado de Trabalho)

Ademais, a grande quantidade de pescado apreendida em poder do recorrente (70 quilos) evidencia, de maneira inequívoca, a prática da pesca predatória.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo-se inalterada a decisão condenatória de primeira instância.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.018785-3 - Jardim
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA – PROVA ROBUSTA DA AUTORIA – CONDUTA CRIMINOSA QUE CONTRIBUIU PARA A MORTE DE UM DOS PACIENTES – REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA INTEGRALMENTE.

Existência de provas aptas a manter o édito condenatório. A apelada, sem ostentar a indispensável qualificação técnica e legal, indicou tratamento e ministrou remédios que dependiam de receituário médico, os quais redundaram no agravamento do estado de saúde de pelo menos uma pessoa a quem atendeu. A prática delitiva contribuiu substancialmente para a morte de uma das vítimas, pois a recorrente prometia a cura do paciente por meio dos medicamentos que lhe receitava, impedindo-o de consultar médicos e exigindo-lhe esforços físicos incompatíveis com seu estado de saúde. O juiz apreciou negativamente a maioria das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, desaconselhando-se a fixação do regime inicial no aberto.

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, 26 de outubro de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Liliane Correia interpôs recurso de apelação criminal em face da sentença que a condenou, pelos crimes tipificados nos arts. 282 c.c. 285, 258 e 121, § 3º, todos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime semiaberto.

Alega que a denúncia foi recebida em 31.8.2005, tendo transcorrido mais de 4 (quatro) anos, ocorreu assim a prescrição da pretensão executória, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

Aduz que nunca se apresentou como médica às supostas vítimas, e sim como benzedeira ou enfermeira, profissões que não estão anotadas como proibidas (art. 282 do CP).

Afirma que apenas orientava as pessoas sobre o uso de raízes, jamais prescrevendo remédios ou diagnosticando doenças.

Sustenta que não há prova concreta nos autos que os xaropes fornecidos pela apelante ao Sr. Bruno da Cruz tenham lhe causado a morte, os filhos da vítima também tomaram os remédios e não se sentiram mal. Bruno faleceu em virtude problema cardíaco, que já vinha combatendo muito antes de conhecer a apelante. Nem as filhas da suposta vítima tem certeza de que os remédios naturais ingeridos por ele tenham contribuído para sua morte.

Diz que o regime prisional deve ser o aberto, considerando que a recorrente é primária e foi condenada a uma pena inferior a 4 (quatro) anos.

Às f. 308-14, foram apresentadas contrarrazões ao recurso.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e pelo seu não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consoante relatado, Liliane Correia interpôs recurso de apelação criminal em face da sentença que a condenou, pelo crime tipificado no art. 282 c.c. 285, 258 e 121, § 3º, todos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime semiaberto.

Da prescrição

Argumenta-se que a denúncia foi recebida em 31.8.2005, tendo transcorrido mais de 4 (quatro) anos, ocorreu assim à prescrição da pretensão executória, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

Não há falar em prescrição, visto que, embora a denúncia tenha sido recebida em 31.8.2005 (f. 48) e a sentença tenha sido publicada em 3.9.2009, mais do que 4 (quatro) anos depois, na hipótese, houve a suspensão do processo de 13.3.2006 até 17.3.2007, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal. Assim, entre o recebimento da denúncia e a sentença, desprezando-se o tempo em que o processo ficou suspenso, não transcorreu o prazo prescricional de 4 (quatro) anos.

Do mérito

Consta na peça acusatória:

> [...] nos meses de março a abril de 2005, na residência localizada na Rua Padre Manoel de Nóbrega, n. 840, Vila Angélica I, em Jardim (MS), a denunciada LILIANE CORREIA exerceu, com o fim de lucro, a profissão de médico, sem autorização legal, consistente em fazer diagnósticos às vítimas Roberto Carlos Mendes da Cruz, Rosilaine Mendes da Cruz, Rosilene dos Santos Rodrigues, Inácia Mendes e Bruno da Cruz.
>
> Infere-se dos autos, que as vítimas Inácia Mendes e Bruno da Cruz iniciaram um tratamento com a denunciada LILIANE CORREIA, onde esta receitava alguns remédios feitos de raízes e outros em comprimidos e gotas, os quais eram trazidos do Paraguai.
>
> Posteriormente, a vítima Rosilaine Mendes da Cruz passou a consultar-se com a denunciada LILIANE CORREIA, que diagnosticou que ela apresentava inflamação no útero, receitando assim os remédios supracitados.

2º FATO:

Consta do incluso Inquérito Policial, que nas mesmas circunstâncias fáticas, a denunciada LILIANE CORREIA obteve para si, vantagem ilícita, em prejuízo das vítimas Rosilaine Mendes da Cruz, Rosilene dos

Santos Rodrigues, Roberto Carlos Mendes da Cruz, Inácia Mendes e Bruno da Cruz, mantendo-as em erro, mediante conversa enganosa. [...]

O art. 282 do Código Penal dispõe:

> Art. 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites.

Trata-se de delito habitual, exigindo um comportamento contínuo do agente, podendo, ou não, almejar lucro.

Consideram-se atos inerentes à profissão de médico aqueles que "*visam ao tratamento da pessoa humana, na cura ou prevenção de moléstias ou correção de defeitos físicos. Pratica o crime quem mantém consultório, expede receita, atende doentes, faz diagnósticos etc. (RT 245/368, 264/325*)" (MIRABETE, Júlio Fabbrinni. **Manual de Direito Penal**. Atlas. 6. ed. SP. 1993. vol. 3. p. 167).

A respeito do exercício irregular da medicina, o mestre Nelson Hungria ensinava:

> Há profissões que não podem ser exercidas sem o prévio implemento de certas condições legais de habilitação, constituindo o seu exercício irregular, não apenas um ilícito administrativo, senão também uma infração penal, mais ou menos grave. [...] Se estão em jogo, porém, aquelas profissões que dizem especificamente, ou mais de perto, com o tratamento dos males corporais do homem (ou seja, com a preservação ou restabelecimento da saúde física ou psíquica das pessoas), o fato deixa de ser simples contravenção, para assumir grave feição de crime, ou, mais precisamente, crime contra a saúde pública. (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Forense. vol. IX. p. 144).

No caso em análise, ficou provado que a acusada, sem ostentar a indispensável qualificação técnica e legal, indicou tratamento e ministrou remédios que dependiam de receituário médico, os quais redundaram no agravamento do estado de saúde das pessoas que foram por ela atendidas.

Na fase policial, a apelante confessou a referida prática ilegal. Vejamos:

> [...] Que a declarante confirma que algumas pessoas a procuravam em sua residência, para orientações de problemas de saúde, e a declarante apenas orientava as pessoas que a procuravam; QUE a declarante informa que não efetua venda de remédios, em sua residência ou em outro local, sendo que confirma que deu duas garrafas de dois litros de xarope feito de folhas, as quais tem origem paraguaia, para a pessoa de ROSILAINE, a qual dizia estar sofrendo de hemorragias[...] QUE informa que deu uma garrafada de dois litros de xarope para a pessoa de FÁTIMA, a qual também alegava estar com problemas de hemorragia; QUE orientou ROSILAINE e FÁTIMA a fazerem uso do xarope três vezes ao dia, em jejum, antes das refeições diárias; QUE a declarante informa que deu um remédio analgésico, para dor de dentes, para ROSILAINE, a qual reclamou de dores nos dentes para a declarante, sendo que a orientou a fazer uso de tal medicamento de doze em doze horas, sendo que a declarante informa que o remédio é de origem paraguaia, e foi comprado pela declarante, na cidade de Bela Vista/PY[...] QUE confirma que o Sr. BRUNO, acompanhado de sua esposa INÁCIA, esteve presente em sua residência, sendo que a declarante informa que BRUNO lhe comunicou que estava com problemas de coração, e a declarante confirma que deu alguns remédios para BRUNO, sendo alguns comprimidos analgésicos e remédios em gotas, analgésicos[...]que a declarante deu alguns antibióticos para ROBERTO[...]QUE confirma que o Sr. BRUNO lhe deu R$ 35,00 (trinta e cinco reais) para a compra de um ventilador no Paraguay, Bela Vista/PY, porém a declarante informa que não efetuou tal compra, sendo que adquiriu alguns remédios, analgésicos, para o SR. BRUNO; QUE a declarante alega não ser verdade que tenha pego o aparelho celular da Sr. INÁCIA, sendo que informa que a Sra. INÁCIA havia deixado o referido aparelho celular em sua residência para carregar a bateria e não mais retornou para pegar o

> celular; QUE a declarante alega que não tinha obrigação nenhuma de devolver o aparelho celular á Sra. INÁCIA, pois esta é quem deveria ir buscá-lo na residência da declarante; QUE neste ato a declarante exibe o aparelho celular pertencente a Sra. INÁCIA[...] (f. 25-7).

Em juízo, embora tenha alterado a versão apresentada acima, afirmou que *"[...] que reconhece, todavia, ter dado antibiótico para a pessoa de Roberto uma vez que o mesmo estava 'voando de febre'[...]*." (f. 118)

O exercício ilegal da medicina e a habitualidade da conduta restam demonstrados nos depoimentos testemunhais, *in verbis*:

> [...] que a depoente é filha de Bruno da Cruz, sendo que seu pai recebia tratamento médico ministrado pela acusada Liliane; **que a acusada se apresentava como médica do hospital de Guia Lopes da Laguna, como Doutora Rosa**; que a acusada utilizava roupa comum e não carregava estetoscópio; **que a acusada deu vários remédios para o pai da depoente; que deu remédio líquido em garrafa, o qual era preparado pela própria acusada; que também forneceu remédio de farmácia em gotas, o qual o pai da depoente tomava quando sentia dor**; a depoente não se recorda se a acusada fornecia remédio em comprimidos, mas entregou na Delegacia de Polícia os remédios utilizados por seu pai e que foram fornecidos pela acusada; **que a acusada cobrava por tais remédios, mas a depoente não sabe informar os valores;** que o pai da depoente havia realizado cirurgia no coração, mas precisamente angioplastia e também realizou cateterismo cardíaco na cidade de Campo Grande, isto meses antes de conhecer a acusada; **depois que conheceu a acusada, o pai da depoente não foi mais no médico em Campo Grande; a acusada dizia que iria curar o pai da depoente; o médico disse para a depoente que seu pai não poderia tomar outro tipo de remédio, além daquele que ele próprio receitasse, sendo que a depoente afirmou tal fato para a acusada e ela disse que sabia o que estava fazendo; no dia em que o pai da depoente faleceu, a acusada impediu que ele fosse levado ao médico**; que a acusada dizia para a mãe da depoente não deixar a depoente chegar perto de seu pai, sendo que o pai da depoente queria se levantar e a acusada empurrava o mesmo de volta para a cadeira; **que somente quando o pai da depoente estava 'se amolecendo' é que a acusada permitiu que ele fosse levado para o hospital; que o pai da depoente morreu antes de chegar ao hospital**; que a depoente não mostrou os remédios que seu pai tomava no hospital, não tendo sido mencionado se tais remédios teriam influenciado na morte do mesmo; **que a acusada proibia o pai da depoente consultar com outros médicos, sendo que a depoente chegou a levar seu pai em um médico de Guia Lopes da Laguna escondido da mesma, mas precisamente Dr. Claudionor;** que a acusada disse para a mãe da depoente que se a depoente fosse na delegacia, denunciando a acusada, em três meses estaria morta; **que todos os irmãos da depoente receberam remédio receitado e vendido pela acusada;** que dois dias antes do pai da depoente morrer, ele cavou um buraco no fundo do quintal procurando 'enterro', sendo que a acusada dizia que havia "enterro no local"; que a acusada sabia que o pai da depoente havia realizado cirurgia cardíaca; que a acusada dizia para o pai da depoente cavar o buraco à noite, para que seus filhos não vissem, pois poderiam atrapalhar na procura do 'enterro'; que a mãe da depoente está morando em uma fazenda na estrada de Maracaju, sendo que não condições de comparecer em audiência; **que o pai da depoente recebeu remédios da acusada por aproximadamente dois meses**. O Ministério Público nada reperguntou. Às reperguntas da defesa, respondeu: que quando o pai da depoente passava mal, era trazido para o hospital de Jardim; que a depoente não sabe informar se os remédios receitados para suas irmãs tiveram efeito colateral, a depoente acha que as mesmas sequer tomaram os remédios; **que as irmãs também pagavam pelos remédios;** que não foi procurada pela acusada depois dos fatos. (testemunha TEREZA MENDES DA CRUZ - f. 135-6 – grifo nosso).

> [...] que a depoente conheceu a acusada através do pai da depoente, que se chamava Bruno; **que acusada se identificava como Doutora Rosa e dizia que era enfermeira do hospital de Guia Lopes da Laguna; que a acusada consultava e dava remédio caseiro,**

> **sendo que a depoente e também seu pai acabaram utilizando remédios fornecidos pela acusada; que a acusada cobrava valores que variavam entre setenta e cento e pouco reais pelos remédios; que a acusada receitou e vendeu para a depoente um remédio para inflamação do útero, sendo que consistia em uma garrafa de dois litros, a qual possuía um líquido em seu interior; que não havia plantas e raízes na referida garrafa; o remédio era preparado 'com jujo', ou seja, com plantas; que a acusada vendeu esse tipo de remédio para o pai da depoente e também vendeu para o mesmo remédio do Paraguai, mas precisamente remédio de farmácia; que o pai da depoente faleceu, sendo que nessa época estava sendo tratado pela acusada; que a acusada não deixava trazer o pai da depoente para o hospital, sendo que dizia que estava tratando dele; que no dia do falecimento o pai da depoente ainda estava tomando o remédio do Paraguai fornecido pela acusada; que a acusada não examinava a depoente e seu pai, apenas receitava e vendia os remédios; que o pai da depoente chegou a ser levado para o hospital pelos irmãos da depoente, sendo que a depoente permaneceu na residência com sua mãe, sendo que a acusada não concordava com isso; depois que o pai da depoente foi levado para o hospital, a acusada lhe deu remédio de farmácia, dizendo que a depoente precisava tomar aquele remédio, sendo que a depoente acha que se tratava de calmant**e; que o pai da depoente possuía problemas de coração e sentia muitas dores no peito; **que o pai da depoente tomou os remédios fornecidos pela acusada por aproximadamente quatro ou cinco meses;** que o pai da depoente também recebia atendimento no hospital e tomava os remédios receitados pelo médico; **que a acusada queria que seu pai parasse de tomar o remédio receitado pelo médico, mas ele tinha que tomar**; que a acusada dizia que havia 'um enterro de ouro' nos fundos do quintal da residência de seu pai, sendo que em determinada oportunidade o pai da depoente cavou um buraco bem grande naquele local e a partir daí passou a sentir dores fortes no peito; **que a acusada usava roupas brancas e trazia no pescoço aquele equipamento utilizado por enfermeiros, que serve para ouvir os batimentos do coração. [**...] (vítima ROSILANE MENDES DA CRUZ - f. 133-4 – grifo nosso).

> [...] que a depoente é filha de Bruno da Cruz, sendo que pouco comparecia a residência do mesmo; que o pai da depoente faleceu; **que o pai da depoente tomava remédio receitado e fornecido pela acusada; que se tratava de remédio de 'jujo' e também em gotas;** que a depoente não sabe informar se seu pai tomava comprimidos receitados pela acusada; que também não sabe informar se o mesmo pagava por tais remédios; **a acusada dizia que era 'benzedeira' e que iria curar seu pai, sendo que médico não iria curá-lo; que tais afirmações foram feitas pela acusada ao pai da depoente**; que viu a acusada apenas uma vez, na residência da mesma, sendo que ela usava roupas normais; que nunca viu a acusada se apresentando como enfermeira ou médica; que não estava na residência de seu pai na data de seu falecimento (testemunha SOLANGE MENDES DA CRUZ - f. 137 – grifo nosso).

Ademais, registre-se a apreensão de frascos e cartelas de medicamentos receitados pela acusada (f. 11).

Também ficou demonstrada que a prática delitiva contribuiu substancialmente para a morte de Bruno da Cruz, pois, conforme citados depoimentos testemunhais, a recorrente prometia a cura do paciente pelos medicamentos que lhe receitava, impedindo-o de consultar médicos e exigindo-lhe esforços físicos incompatíveis com seu estado de saúde.

O regime prisional deve ser mantido conforme fixado na sentença – semiaberto –, porquanto, embora a pena tenha sido fixada em período inferior a 4 (quatro) anos, as circunstâncias judiciais são, em sua maioria, desfavoráveis à ré.

O juiz apreciou negativamente a maioria das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, desaconselhando-se a fixação do regime inicial no aberto, a par do que dispõe o § 3º do art. 33 do CP: "*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.*"

Assim, embora tenha sido a reprimenda fixada abaixo de 4 (quatro) anos, a apelante não faz jus ao regime aberto, visto que desfavoráveis, em sua maioria, as circunstâncias judiciais.

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Francisco Gerardo de Sousa e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 26 de outubro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.019022-1 - Ponta Porã
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA.

O regime tutelar especial, previsto no Estatuto do Índio, não se aplica aos indígenas totalmente integrados à sociedade (art. 4º, inciso III, da Lei n. 6.001/73). O indígena que entende e fala perfeitamente a língua portuguesa, que estudou até a 5ª série do ensino fundamental, que trabalha e possui carteira de trabalho, está devidamente integrado à sociedade, portanto sujeito às leis comuns aplicáveis a todos os cidadãos.

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 em parte com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de outubro de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Felipe Amaral interpôs recurso de apelação criminal em face da sentença que o condenou à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo crime previsto nos arts. 213 c.c. art. 224, 'a', ambos do Código Penal.

Alega nulidade processual em face da inaplicabilidade da legislação penal brasileira, porque, tendo o réu praticado crime contra membro de sua etnia (GUARANI-KAIOWA), deve ser julgado e apenado conforme valores institucionais de sua própria tribo.

Sustenta que o apelante é silvícola, sem discernimento sobre as proibições acerca do delito que lhe está sendo imputado.

Afirma que o regime de semiliberdade insculpido no artigo 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio é direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena.

Aduz que o Estatuto do Índio assegura ao indígena o cumprimento da pena em órgão federal de assistência aos índios – FUNAI – mais próximo de sua residência.

Ao final, prequestiona os art. 5º, incisos XXXIV e XXXVII, alínea 'a', da Constituição Federal e art. 59, inciso II, do Código Penal.

Às f. 285-93, foram apresentadas contrarrazões ao recurso, pugnando pelo seu não provimento.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso, a fim de que seja determinado ao juízo da execução penal o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Narra a denúncia:

> No dia 14 de fevereiro de 1997, por volta das 14:00 horas, na aldeia Guaimbé, município de Laguna Carapã (MS), o ora denunciado constrangeu, mediante violência e grave ameaça, a vítima Cleodenir Aquino Rodrigues, que contava a época dos fatos com 14 anos de idade, a manter com ele conjunção carnal.
>
> [...]
>
> Nesta oportunidade, o denunciado Felipe Amaral ofereceu à vítima Cleodenir Aquino Rodrigues a quantia de R$ 5,00 (cinco reais) para que a mesma mantivesse relação sexual com ele, tendo a vítima se negado a aceitar a oferta. Diante da negativa, o ora denunciado correu em direção a vítima e jogou-a no chão, obrigando-a a manter relação sexual consigo.
>
> Consta ainda que o cunhado do denunciado, que o acompanhava quando da ocorrência da prática delitiva, partiu em direção a segunda vítima Zenaide, que obteve êxito em escapar do agressor.
>
> Ao ser interrogado, perante a i. autoridade policial, o ora denunciado confessou a autoria do delito.

Sobreveio a sentença que condenou o réu à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo crime previsto no art. 213 c.c. art. 224, 'a', ambos do Código Penal.

Alega-se nulidade processual em face da inaplicabilidade da legislação penal brasileira, porque, tendo o réu praticado crime contra membro de sua etnia (GUARANI-KAIOWA), deve ser julgado e apenado conforme valores institucionais de sua própria tribo. No mérito, sustenta-se que Estatuto do Índio assegura ao indígena o cumprimento da pena em órgão federal de assistência aos índios – FUNAI – mais próximo de sua residência.

A preliminar de nulidade será analisada juntamente com o mérito, pois com este se confunde, porquanto há de se verificar a aplicabilidade do Estatuto do Índio ao caso vertente.

O art. 56 da Lei n. 9.011/73 dispõe:

> Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.
>
> Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Contudo, a referida lei trata de questão relacionada a índio ainda não inserido culturalmente na sociedade, hipótese distinta da dos autos.

O Estatuto do Índio tem o propósito de preservar a cultura e integrá-lo, progressivamente, à cultura nacional, ditando medidas de proteção, tanto na esfera civil, como na penal, até mesmo em relação à execução de penas. Entretanto, tais medidas protetivas só alcançam os índios não integrados à sociedade. Tal se depreende da interpretação sistemática do referido Estatuto. Vejamos:

> Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.
>
> Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.
>
> [...]
>
> Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.
>
> Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.
>
> Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

O artigo 4º, por sua vez, estabelece:

> Art. 4º Os índios são considerados:
>
> I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
>
> II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
>
> **III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.**

Diante do exposto, conclui-se que o apelante se enquadra no art. 4º, III, da Lei n. 6.001/73, pois já se encontra integrado à cultura e comunhão nacional. Tanto é que fala e entende perfeitamente a língua portuguesa, trabalha em fazendas, possui Carteira de Trabalho, é alfabetizado e frequentou a escola até a 5ª série (f. 81-2). Portanto, mesmo que conserve alguns costumes e tradições da cultura indígena, não faz jus à aplicação do regime jurídico especial previsto no Estatuto do Índio, devendo aplicar-se às leis brasileiras destinadas aos cidadãos em geral.

Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL – *HABEAS CORPUS* – LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – PACIENTE QUE É ÍNDIO JÁ INTEGRADO À SOCIEDADE – POSSUI TÍTULO DE ELEITOR – INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO – IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME DE SEMILIBERDADE – ANÁLISE DAS

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM QUE FOI ACENTUADA A CENSURABILIDADE DA CONDUTA – REGIME INICIALMENTE FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO – ORDEM DENEGADA.

1. O Estatuto do Índio só é aplicável ao indígena que ainda não se encontra integrado à comunhão e cultura nacional.

2. O indígena que está em pleno gozo de seus direitos civis, inclusive possuindo título de eleitor, está devidamente integrado à sociedade brasileira, logo, está sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil.

3. O regime de semiliberdade não é aplicável ao indígena integrado à cultura brasileira.

4. O estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena deve observar não só o quantitativo da pena, porém a análise de todas as circunstâncias judiciais, considerada, ainda, eventual reincidência.

5. Se foi feito contra a conduta do réu rigorosa censurabilidade, justificado está o regime inicialmente fechado, necessário para reprovação do crime e ressocialização do apenado.

6. Ordem denegada. (*HC* n. 88.853/MS, Sexta Turma, Relª. Minª. Jane Silva (Des. convocada do TJ/MG), julgado em 18.12.2007, DJ de 11.2.2008, p. 1)

CRIMINAL. *HC*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três co-réus, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador.

II. Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização.

III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico.

IV. Precedentes do STJ e do STF.

V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.

VI. **Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido** *in casu***. Precedentes. VII. Ordem denegada**. (*HC* n. 30113, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 16.11.2006, p. 305).

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. LATROCÍNIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. INDÍGENAS INTEGRADOS. DESNECESSIDADE DE TUTELA DIFERENCIADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DO ÍNDIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ.
>
> 1. A simples transcrição de ementas não é suficiente para caracterizar a divergência jurisprudencial.
>
> **2. Os indígenas integrados à sociedade, nos termos do art. 4º, inciso III, da Lei n. 6.001/73, não se sujeitam ao regime tutelar especial estabelecido pelo Estatuto do Índio.**
>
> 3. Ademais, afastar o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias, de que os índios estavam devidamente aculturados e integrados à sociedade, ensejaria uma aprofundada inserção na seara fático-probatória dos autos, com o reexame das provas colacionadas nos autos da ação criminal, o que é vedado, nesta via especial, a teor do que estabelece a Súmula n. 7 do STJ.
>
> 4. Recurso não conhecido. (REsp n. 737.285, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ n. 28.11.2005, p. 331).

Assim, conclui-se que o apelante não faz jus ao regime de semiliberdade e ao privilégio de cumprir pena em local especial, porquanto totalmente integrado à sociedade, devendo aplicar-se a legislação brasileira comum, destinadas a todos os cidadãos.

Merece destaque que a hipótese prescinde de laudo antropológico, visto que as provas dos autos são suficientes a demonstrar a situação de integrado do indígena.

Por fim, registre-se que os artigos prequestionados restaram analisados, ainda que de forma implícita.

Posto isso, em parte com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exmª Srª Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Dorival Moreira dos Santos, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargadora Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 26 de outubro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2010.035913-1 - Rio Brilhante
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA LIBERDADE PROVISÓRIA – MUDANÇA DE ENDEREÇO SEM INFORMAR O JUÍZO – PRESENTES OS REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR – ORDEM DENEGADA.

O acusado não foi encontrado quando procurado para responder à ação penal, descumprindo as condições da liberdade provisória, o que evidencia sua intenção de se furtar à aplicação da lei penal, bem como de tumultuar a instrução criminal, o que, a teor do art. 312 do Código de Processo Penal, são motivos suficientes para decretação da custódia cautelar.

COM O PARECER – ORDEM DENEGADA.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul em favor de José Luiz Souza da Silva, tendo sido apontado como autoridade coatora o juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Rio Brilhante.

O paciente teve a prisão preventiva decretada por ocasião de sua pronúncia para responder a crime doloso contra a vida, tendo como fundamento o fato de não ser mais localizado no endereço apontado nos autos.

Alega-se, em apertada síntese, a existência de constrangimento ilegal, uma vez que estão ausentes requisitos a justificar a custódia cautelar.

O pedido liminar foi indeferido à f. 19.

A autoridade apontada como coatora prestou informações à f. 34 e seguintes.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (f. 27-32).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consoante se depreende das informações de f. 34-5, o Paciente foi preso em flagrante no dia 21 de dezembro de 2007, após ter desferido golpes nas vítimas Edgar Arce e Almir Dias Fernandes, causando-lhes lesões de natureza grave. Em 11 de dezembro de 2008, foi proferida a decisão concedendo a Liberdade Provisória ao réu, o qual assumiu as obrigações contidas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal.

Entretanto, designada a audiência para a oitiva de testemunhas, o réu, procurado para ser intimado, não foi encontrado, o que motivou a decisão de restabelecimento da segregação.

O paciente descumpriu as condições da liberdade provisória, o que evidencia sua intenção de se furtar à aplicação da lei penal, bem como de tumultuar a instrução criminal, o que, a teor do art. 312 do Código de Processo Penal, são motivos suficientes para decretação da custódia cautelar.

Nesse sentido, reiteradamente, tem-se pronunciado o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PACIENTE BENEFICIADO COM LIBERDADE PROVISÓRIA. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA NAS VÉSPERAS DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU FORAGIDO HÁ MAIS DE 2 ANOS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. ART. 312 DO CPP. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada em fatos concretos que demonstrem a presença dos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida no caso de eventual condenação. 2. Inexiste ilegalidade na decisão que revoga a liberdade provisória, em razão do descumprimento de suas obrigações, nos exatos termos do art. 350 do Código de Processo Penal. 3. **A fuga do réu do distrito da culpa ou sua oposição ao chamamento processual são elementos suficientes para a decretação de sua custódia cautelar, tanto** pela conveniência da instrução criminal como para garantir a aplicação da lei penal. Precedentes do STJ. 4. Eventuais condições pessoais favoráveis não garantem o direito subjetivo à revogação da custódia cautelar, quando a prisão preventiva é decretada com observância do disposto no art. 312 do CPP. 5. Ordem denegada. (*HC* n. 95.133/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 17.11.2009, DJ n. 7.12.2009).

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. INTEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO COMO *WRIT* SUBSTITUTIVO. ESTELIONATO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO SUBMETIDA À APRECIAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA. 1. Primeiramente, cabe destacar que o nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, o Recurso Ordinário intempestivo poderá ser apreciado como pedido de *Habeas Corpus* substitutivo. Precedentes. 2. *In casu*, além de comprovada a materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, a prisão cautelar foi decretada de forma motivada, em **razão da fuga do paciente do distrito da culpa, o que, por si só, indica sua intenção de frustrar a aplicação da lei penal.** 3. No tocante a alegação de inépcia da denúncia, ausente a manifestação do Tribunal *a quo*, fica o Superior Tribunal de Justiça impedido de analisá-la, sob pena de indevida supressão de instância. 4. *HC* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (*HC* n. 26.590/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20.10.2009, DJ 7.12.2009).

Diante do exposto, resta evidente que a liberdade do paciente trará prejuízos à instrução criminal, uma vez que já demonstrou indiferença ao chamado da justiça, não cumprindo com o dever de informar alteração de endereço, anteriormente assumido.

Ademais, eventuais condições pessoais favoráveis do réu não garantem o direito subjetivo à revogação da custódia cautelar, quando a prisão preventiva é decretada com observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

Sobre a custódia para assegurar a instrução, ensina Nucci[1]:

> Trata-se do motivo resultante da garantia de existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo o processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu.

De todo o exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2010.

***

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2009. p. 631.

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.006514-8 - Campo Grande
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – JÚRI – PRELIMINAR DO MP – AFASTADA – ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS – PRETENDIDA SUBMISSÃO DO AGENTE A NOVO JULGAMENTO – TESES DE DESCLASSIFICAÇÃO DO HOMICÍDIO PARA LESÃO CORPORAL LEVE, DE CONSUNÇÃO DO CRIME DE PORTE DE ARMA PELO DE HOMICÍDIO TENTADO E DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTOPECENTES PARA USO PRÓPRIO – TESES AFASTADAS – REALIDADE PROBATÓRIA CONDIZENTE COM A INTERPRETAÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA – PRINCÍPIO DA SOBERANIA ASSEGURADO – IMPROVIMENTO.

O julgamento do recurso em sentido estrito não pode gerar prejuízo ao conhecimento da matéria da desclassificação abordada também no apelo, uma vez que naquele primeiro julgamento nem sequer houve valoração das provas.

Denotando-se que as teses reconhecidos no Júri, inclusive quanto aos crimes conexos, são substratos do melhor direito amparado pela realidade probatória, mantém-se a decisão dos jurados em obediência ao princípio da soberania.

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, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de setembro de 2010.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Dirceu Rodrigues da Silva, condenado à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, por crime do artigo 121, § 2º, V, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal, também condenado à pena de 2 anos e 4 meses, por crime conexo de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/04), e ainda à pena de 6 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, por crime conexo de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/06), interpõe recurso (f. 601-12), postulando sua submissão a novo júri, pelo fundamento de julgamento contrário à prova dos autos, uma vez que a figura típica relativa ao homicídio tentado deve ser desclassificada para lesão corporal leve. Acentua que o crime de porte ilegal de arma deve ser absorvido pelo crime de maior potencial ofensivo, em face ao princípio da consunção. Aduz ainda que, quanto ao crime relativo ao tráfico de drogas, deve também ser desclassificado para uso próprio (artigo 28 da Lei n.11.343/06).

Nas contrarrazões (f. 614-44), o representante do *Parquet* postula o não conhecimento quanto à matéria da desclassificação para lesão corporal, já que esse tema já foi debatido em recurso em sentido estrito. No mérito, pede a manutenção da decisão do júri e fez prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sobre o tema pelo parecer de f. 653-9, opinando pela rejeição da preliminar suscitada pelo Promotor de Justiça e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

A preliminar aduzida pelo representante do *Parquet* não tem procedência. Ele suscita o não conhecimento da matéria recursal no que tange ao tema do julgamento da eventual desclassificação do homicídio tentado para lesão corporal leve, sob o fundamento de que tal questão já foi avaliada por esta Corte em recurso em sentido estrito.

Neste momento, a questão de mérito já foi exaustivamente analisada pelo juiz natural, que é o Tribunal do Júri. Situação bem diferente da oportunidade em que foi julgado o recurso em sentido estrito, já que neste não é possibilitado que o juízo *ad quem* faça juízo de valor sobre as provas contidas no processo. Entretanto, neste momento, com a apelação, é possível a ampliação dessa análise. Assim, não tem a mínima sustentação jurídica a dita preliminar, razão pela qual a rejeito.

Convém destacar que os crimes conexos – porte ilegal de arma e tráfico ilícito de entorpecentes – também foram analisados pelo Conselho de Sentença e este concluiu que tais modalidades criminosas foram praticadas pelo apelante, por tal razão mereceu as condenações aqui aludidas.

Destarte, a análise das teses aventadas neste recurso só merece avaliação no campo da possibilidade jurídica de serem atendidas e também com base no contexto probatório, já que esta Corte de Justiça não pode alterar as decisões emanadas do Tribunal do Júri que tenham razoável suporte no direito e nas provas.

Pois bem. A intenção da defesa é que o apelante seja submetido a novo júri, pelo argumento de que o Conselho de Sentença julgou contra as provas dos autos, porque não só afastou a tese de desclassificação para lesão corporal, como também não acatou o princípio da consunção e a tese de uso próprio, quanto ao entorpecente.

Ocorre que as teses jurídicas adotadas pela acusação encontram sintonia nas provas e nos postulados jurídicos sobre o tema. Senão vejamos:

Da existência do *animus necandi.*

A sede da lesão na vítima e a forma com que foi alvejada com um disparo de arma de fogo, com a intenção de matar, estão bem definidas no contexto probatório.

Vejamos a versão da vítima, colhida em juízo, f. 546-555:

> DEPOENTE: o Dirceu, nós tínhamos conhecimento de que ele tinha alguns mandados de prisão, e não era só da minha parte, todos os policiais que atuam na área, naquela região, todo mundo tinha conhecimento que nosso trabalho é prender aquele que está devendo para a sociedade de alguma forma. E a gente tinha algumas informações do paradeiro dele, no dia em questão, eu estava de serviço, e eu estava saindo do quartel com a viatura, eu e o meu parceiro Fernando, quando Diniz, que é um investigador da Polícia Civil, ele passou na frente do quartel, aí parou e ele me disse o seguinte: "Olha, eu estava entregando ofícios e passei o endereço no local da ocorrência, passeio no endereço ali perto do cemitério e o Dirceu estava

> tomando tereré na frente lá, ele e o irmão dele". De pronto informei o CIOPS e desloquei no objetivo de efetuar a prisão dele. O que não foi percebido é que o Diniz deixou a documentação lá na delegacia e seguiu a gente em apoio. Então, quando estava chegando ao local, quando ele veio pela esquina, que a gente tem que trabalhar com elemento surpresa, quando eu convergi à direita, eles estavam na frente tomando tereré, ao perceber a aproximação da viatura, correram para dentro, é uma quitineti[...]
>
> DEPOENTE: Eu voltei, tentei mais um pouco verbalizar e a gente tava, a gente chama de pateamento (F), estava meio protegido na parede, achava que estava né, e outro do outro lado, o Fernando no portãozinho, que o espaço não dá seis metros quadrados, o quintal dele. E num dado momento, eu falei: "Pessoal, já que ele não vai abrir, vamos arrombar". Quando eu falei "vamos arrombar' ele efetuou o primeiro disparo.
>
> MP: Onde pegou esse tiro?
>
> DEPOENTE: Pegou de raspão aqui no meu rosto e na orelha.
>
> [...]
>
> MP: Deixa eu perguntar para o senhor, ele quis matar o senhor?
>
> DEPOENTE: Eu tenha essa certeza absoluta. (*sic*)

Assim, a alegação do apelante que sua intenção era só lesionar a vítima é absolutamente desprovida de razão e de lógica. Ora, como a vítima estava há poucos metros de distância do acusado, caso quisesse apenas ferir, iria dar um tiro na perna, no braço ou em qualquer outro lugar que só ferisse a vítima. Entretanto, mirou na cabeça. A vítima só não foi atingida, pois certamente deve ter-se virado no momento do tiro, e por isso foi ferida só de raspão.

É cediço que, havendo duas versões, o Conselho de Sentença pode escolher uma delas, nem por isso o júri decai do princípio da soberania. Vejamos:

> *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR TER SIDO PROFERIDO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. ART. 593, III, D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. 1. Consoante orientação pacífica desta Corte e do Supremo Tribunal, a submissão do réu a novo julgamento, na forma do disposto no art. 593, § 3º, do CPP, não ofende o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. 2. **É certo que existindo duas teses contrárias e havendo plausibilidade na escolha de uma delas pelo Tribunal do Júri, não pode a Corte Estadual cassar a decisão do Conselho de Sentença para dizer que esta ou aquela é a melhor solução.** 3. No caso, o conselho de sentença não optou por uma das versões razoáveis constantes dos autos, mas acolheu por inteiro uma das teses sustentadas pela defesa em plenário, qual seja, a da insuficiência de provas, que, segundo o Tribunal de origem, apresenta-se totalmente contrária ao acervo probatório produzido nos autos. 4. Com efeito, não se vislumbra nenhuma ilegalidade no acórdão hostilizado que, de maneira fundamentada, entendeu ser contrária à prova dos autos a pretensão absolutória, submetendo o paciente a novo julgamento. Assim, a inversão do decidido demandaria o exame aprofundado de matéria fático-probatória, inviável na via estreita do *habeas corpus*. 5. Ordem denegada, com recomendação ao juízo do processo para que tome providências no sentido de agilizar a realização do novo júri. (*HC* n. 43.225/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 23.2.2010, DJ de 22.3.2010) – grifei.

Quanto à questão da tese da consunção entre o homicídio tentado e o porte de arma, o Superior Tribunal de Justiça entende que cada caso deve ser avaliado à parte, pois não se trata de uma regra que torna a junção dessas duas situações a evidência da absorção. Aliás, a Corte Superior até se recusa a verificar tal questão em recurso especial, por implicar reexame. Vejamos:

> RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. PORTE DE ARMA DE FOGO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO ENTRE CRIME MEIO E CRIME FIM OU CONCURSO MATERIAL ENTRE CONDUTAS. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DO TEMA AO TRIBUNAL DO JÚRI, JUIZ NATURAL DA CONTENDA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO APRIORÍSTICA DO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO SEM QUE EXAURIDOS OS EXAMES CASUÍSTICOS E APROFUNDADOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PARECER DO MPF PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO PARA RESTABELECER A DECISÃO DE PRONÚNCIA. 1. **Este STJ já teve a oportunidade de registrar o entendimento segundo o qual o concurso material entre o porte ilegal de arma de fogo e o homicídio depende de exame probatório aprofundado e casuístico, cuja implementação deve ser feita perante o Tribunal do Júri, a quem compete a apreciação do mérito da acusação pelo crime de homicídio doloso e por outro que com este eventualmente tenha sido cometido. 2.** Recurso Especial provido, em conformidade com o parecer ministerial, para restabelecer a decisão de pronúncia. (REsp n. 988.196/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23.2.2010, DJ de 12.4.2010).

Ora, neste caso, evidente que o apelante tinha uma arma dentro de casa. Essa arma não tinha o objetivo específico de prática de um crime de homicídio. Ali ela estava, porque servia a um marginal que contra si tinha mandado de prisão. Essa situação é bem diferente de alguém que chega até arrumar uma arma emprestada, ou mesmo efetua compra de tal artefato, porque quer praticar um homicídio, ou seja, matar alguém. Verifica-se, aí, a diferenciação das situações. A arma em questão estava a serviço da marginalidade e ela poderia servir tanto para matar como para efetuar um assalto.

Ora, a Lei do Desarmamento foi instituída pelo legislador como medida preventiva, para evitar que armas estejam em mãos de marginais. É exatamente essa a situação deste processo. Logo, visível a existência de crimes autônomos.

Diante desse quadro, não há dúvida de que o afastamento da tese da consunção se traduziu em medida compatível com a lei, por isso não pode ser alegada como decisão contrária às provas dos autos.

No tocante à questão do não acolhimento pelos Jurados da tese de desclassificação quanto ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o apelo também não terá rumo favorável ao apelante.

Ocorre que as provas dos autos demonstram que foi apreendida uma variedade de drogas na casa do apelante. Essa circunstância, por si só, demonstra que havia distribuição, visto que o viciado mantém consumo dentro de uma ordem gradual, pois vai trocando de entorpecente de acordo com o grau do vício. Destarte, difícil crer que, havendo certa variedade de entorpecentes, o seu detentor os utilize todos em benefício próprio.

De outro tanto, as provas indicam nos autos que os policias tinham informações de que o local onde morava o apelante era destinado a fornecimento de entorpecentes aos usuários da região.

Por todo exposto, tenho a convicção de que os Jurados agiram acertadamente ao afastar as teses defensivas.

Posto isso, nego provimento ao recurso, acompanhando o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 27 de setembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.019142-9 - Campo Grande
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006 E AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA MESMA LEI – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE *SOCIETAS CRIMINIS* – RÉUS PRIMÁRIOS, DE BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA NEM INTEGRAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PRISÃO EM FLAGRANTE – POSSIBILIDADE – ART. 65, III, "D", DO CP – MENORIDADE RELATIVA – IMPOSSIBILIDADE – RÉU COM 21 ANOS AO TEMPO DOS FATOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Para que haja a incidência do previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessário identificar certa permanência na *societas criminis*, que não se confunde com mera coautoria.

II - A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 faz-se imperiosa quando os acusados preenchem os requisitos, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

III - Havendo a confissão da autoria do crime praticado, mesmo que o agente seja preso em flagrante delito, deve-se reconhecer a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP.

IV - A menoridade relativa é atenuante aplicável aos indivíduos entre 18 e 21 anos na data do fato.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE APLICADA – IMPOSSIBILIDADE – DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ – RECURSO IMPROVIDO.

O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento, com fundamentada exposição do seu raciocínio. Assim de acordo com o art. 59, *caput*, do CP, para a fixação da pena-base, apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo legal; não sendo, deve ela se situar acima da previsão mínima feita pelo legislador.

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 em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso ministerial e negar provimento ao apelo defensivo.

Campo Grande, 8 de novembro de 2010.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual e por Clayton Myller Rodrigues Cordeiro contra a sentença proferida pela Juíza Substituta da 2ª Vara Criminal de Campo Grande (f. 518-39) que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e absolveu os réus do delito de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, aplicou a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, reconheceu a atenuante da confissão espontânea dos réus Clayton, Sindolfo e Emerson; e por fim, aplicou a atenuante da menoridade relativa ao Clayton.

Em suas razões recursais (f. 591-601), o Ministério Público Estadual pugna pelo conhecimento e provimento da apelação criminal, a fim de condenar os réus às penas do art. 35 da Lei n. 11.343/2006; afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; afastar as atenuantes da confissão espontânea aos réus Clayton, Emerson e Sindolfo, bem como a atenuante da menoridade relativa ao réu Clayton, mantendo-se as condenações pelo delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda.

Em contrarrazões, os apelados Sindolfo (f. 604-11); Clayton (f. 619-20); Ramon (f. 641-8) e Emerson (f. 651-3) pugnam pelo improvimento do recurso ministerial.

Clayton Myller Rodrigues, inconformado com a sentença condenatória que o condenou, como incurso nas sanções do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena definitiva de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, interpôs recurso de apelação (f. 615-8), insurgindo-se, tão somente, contra o montante da pena aplicada e que esta deveria ficar abaixo do mínimo legal, tendo em vista a preponderância de circunstâncias favoráveis ao apelante.

O Ministério Público, em contrarrazões (f. 632-8), pugna pelo improvimento do recurso de apelação de Clayton Myller Rodrigues.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 661-73), opina pelo conhecimento e improvimento da apelação criminal de Clayton Myller Rodrigues e conhecimento e provimento do recurso de apelação ministerial.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O Ministério Público Estadual ofertou denúncia contra Clayton Myller Rodrigues, Emerson Caldeira, Ramon Pastor Cabrera Nunez e Sindolfo Alfonso Penaso, tendo em vista a seguinte conduta delituosa, assim narrada, *in verbis*, na denúncia:

> [...] Consta no incluso Inquérito Policial n. 3875/2008 – CIP que, no dia 14 de julho de 2008, por volta das 20h30min., na Rua Santa Quitéria, n. 540 Bairro Jardim Aero Rancho, Campo Grande/MS, os denunciados CLAYTON MYLLER RODRIGUES CORDEIRO, EMERSON CALDEIRA e SINDOLFO ALFONSO PENASO, vulgo "Tilu", foram presos em flagrante delito após serem abordados transportando cerca de 545,70 Kg (quinhentos e quarenta e cinco quilos e setenta gramas) de "maconha", a qual estava acondicionada no porta-malas do veículo Renault Scenic, de cor preta, placa AJQ 0217.

> Dando continuidade na operação, os Agentes de Polícia Federal se deslocaram até a Av. Ezequiel Ferreira Lima, n. 1400 Bairro Jardim Aero Rancho, onde funciona uma Lan House, denominada "Allien", local onde foi preso RAMON PASTOR CABRERA NUÑEZ, identificado como um dos chefes do grupo.
>
> Segundo consta, uma equipe de Agentes de Polícia Federal estava investigando um grupo de traficantes comandados por duas pessoas de nacionalidade paraguaia, conhecidas como RAMON e TILU, ficando apurado que tais pessoas utilizavam-se de um veículo Renault Scenic, de cor preta, placas AJQ 0217 a um WV Gol, de cor vinho, placas CEI 4515, e que seus integrantes se hospedavam no Hotel Ranchel, localizado na Rua Arquiteto Vila Nova Artigas, n. 28, Bairro Aero Rancho, nesta cidade de Campo Grande/MS.
>
> As investigações indicavam que, na madrugada do dia 13.7.2008, o referido grupo fez chegar nesta Capital uma grande quantidade de maconha, restando levantar o local em que o entorpecente estava armazenado, motivo pelo qual mantiveram o referido hotel sob vigilância, quando, por volta das 14h30min do dia 14.7.2008 observaram a chegada do veículo Renault Scenic, constando que este estava com as molas traseiras reforçadas, estratégia comumente usada por traficantes para transportar grande quantidade de drogas sem despertar suspeita, onde permaneceu em frente ao Hotel por algum tempo, até que o veículo VW Gol e uma motocicleta Honda Biz, os quais estacionaram próximo ao Renault Scenic, havendo trocas de motoristas e passageiros, momento em que os agentes federais optaram em acompanhar o referido veículo Renault Scenic, tendo este se deslocado inicialmente até a Av. Ezequiel Ferreira Lima, n. 1400, Bairro Jardim Aero Rancho, tratando-se da Lan House Allien, onde permaneceu por horas.
>
> Aproximadamente às 19h30min, o veículo Renault Scenic saiu da referida lan house, deslocando-se até a Rua Santa Quitéria, n. 540, Bairro Jardim Aero Rancho, onde o veículo entrou de marcha-ré pela garagem da casa, lá permanecendo até as 20h30min., quando o portão foi aberto, oportunidade em que ocorreu a abordagem do mesmo, sendo encontrado vários fardos que continham diversos tabletes de maconha.
>
> Ato contínuo, após prenderem os denunciados CLAYTON, EMERSON e SINDOLFO, que estavam no interior do veículo Renault Scenic, os agentes federais deslocaram-se até a Lan House, onde efetuaram a prisão do denunciado RAMON PASTOR CABRERA NUNEZ, identificado como um dos líderes do grupo [...]

Em suas razões recursais, o Ministério Público Estadual pugna pelo conhecimento e provimento da apelação criminal, a fim de condenar os réus às penas do art. 35 da Lei n. 11.343/2006; afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; afastar as atenuantes da confissão espontânea aos réus Clayton, Emerson e Sindolfo, bem como a atenuante da menoridade relativa ao réu Clayton, mantendo-se as condenações pelo delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda.

Clayton Myller Rodrigues, inconformado com a sentença condenatória, interpôs recurso de apelação, insurgindo-se, tão somente, contra o montante da pena aplicada e que esta deveria ficar abaixo do mínimo legal, tendo em vista a preponderância de circunstâncias favoráveis ao apelante.

Em análise detida dos autos, conheço dos recursos e vislumbro que assiste razão parcial ao Ministério Público Estadual e não assiste razão ao apelante Clayton Myller Rodrigues, senão vejamos:

I – <u>Do recurso ministerial:</u>

<u>Da associação para o tráfico entre os réus Clayton, Sindolfo, Ramon e Emerson</u>

Insurge-se o Ministério Público quanto à absolvição dos réus do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Ocorre que, pela análise do núcleo do tipo, não lhe assiste razão, pois, para que a conduta do agente seja punida nos termos do referido artigo, é necessário que se prove a estabilidade e a permanência entre os integrantes do grupo da mencionada associação criminosa, de sorte que a associação eventual e esporádica não dá suporte à condenação.

Segundo a doutrina de Renato Marcão (*in* Tóxicos-Leis n. 11.343/2006 Anotadas e Interpretadas. 2007. p. 280, "*para que haja a incidência do previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessário identificar certa permanência na societas criminis, que não se confunde com mera co-autoria*".

No mesmo sentido, tem-se a jurisprudência:

> APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO – ALEGADA FALTA DE PROVAS – DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – DIVERSAS LIGAÇÕES TELEFÔNICAS ENTRE OS CORRÉUS – PROVA SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO NO ARTIGO 35, LEI N. 11.343/2006 – AUSÊNCIA DO ÂNIMO DE ASSOCIAÇÃO EM CARÁTER DURADOURO E ESTABILIDADE – CONDENAÇÃO AFASTADA – RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, LEI N. 11.343/2006 – RÉU PRIMÁRIO, SEM ANTECEDENTES E NÃO INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CONCEDIDO – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Mantém-se a condenação pelo crime de tráfico ilícito de drogas quando as provas trazidas aos autos, como os dados colhidos por meio de interceptação telefônica, bem como os depoimentos testemunhais apontam no sentido da culpabilidade do réu. Para a caracterização do delito de associação para o tráfico, é indispensável a comprovação de vínculo duradouro, estável e habitual, com propósito societário entre os envolvidos, caso contrário, impõem-se a absolvição por insuficiência de provas, com extensão dos efeitos ao corréu não recorrente, conforme dispõe o art. 580 do CPP. Preenchidos os requisitos exigidos no artigo 33, § 4º, Lei n. 11.343/2006, a diminuição da pena é medida que se impõe, sendo o benefício estendido ao corréu. (ACr n. 2010.023598-9, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 13.9.2010).

Os autos trazem indícios de que os réus tenham-se associado para a prática do delito descrito na denúncia, porém não há elementos que comprovem serem eles integrantes de um grupo coeso e permanente, criado com o fim específico de fomentar o tráfico de entorpecentes.

Portanto, diante da fragilidade das provas, não há razão para condená-los às penas dos art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Do afastamento da causa de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Quanto ao afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tem-se que, segundo esse dispositivo, "*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*".

Os aludidos requisitos são cumulativos, isto é, devem estar presentes todos para o agente fazer jus ao beneplácito.

Neste sentido, trago à colação os ensinamentos doutrinários de Luiz Flávio Gomes[1], verbo *ad verbum*:

1 GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei n. 11.343/2006, de 23.8.2006. São Paulo: RT, 2006. p. 165.

> [...] No delito de tráfico (art. 33, *caput*) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles, inviável a benesse legal. Grifei

Compulsando os autos, verificou-se que os réus Clayton, Emerson, Ramon e Sindolfo são primários, não ostentam antecedentes criminais e não há provas nos autos de que eles integram organização criminosa com o fim específico de praticar o tráfico de drogas.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO – ABSOLVIÇÃO DA CORRÉ NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DA ASSOCIAÇÃO PERMANENTE – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO – ATIPICIDADE – LEI N. 11.706/2008 – PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO – PUNIBILIDADE EXTINTA – PRETENDIDA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL OU PRÓXIMO A ESTE – POSSIBILIDADE – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06 – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – FIXAÇÃO EM SEU PATAMAR INTERMEDIÁRIO (1/2) – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Se as circunstâncias demonstradas nos autos são frágeis para a condenação, não ficando provada a prática da mercancia, impõe-se, de ofício, a absolvição. Por consequência, inviável a condenação do recorrente pela associação ao tráfico, delito de concurso necessário. É atípica a conduta de possuir, na residência, arma de fogo e munição sem registro, desde a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento, em face do prazo concedido pela lei e por inúmeras alterações que sofreu, e, agora, pela Lei n. 11.706/2008, que autorizou a regularização daquela até 31 de dezembro de 2008. Não sendo todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal desfavoráveis ao réu, deve a pena-base ser fixada pouco acima do mínimo legal. A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 faz-se imperiosa quando o acusado preenche os requisitos, mas não deve ser aplicada em seu patamar máximo, quando se verifica que nem todas as circunstâncias lhe são favoráveis. (ACr n. 2009.003864-2, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 28.7.2009).

Por fim, não há considerar a tese da Procuradoria-Geral de Justiça de que existe registro de duas incidências contra Sindolfo, pois, aplicando-se analogicamente a Súmula n. 444 do STJ: "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*"

Assim sendo, reconheço o benefício contido no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Do afastamento das atenuantes da confissão espontânea aplicadas aos réus Clayton, Emerson e Sindolfo

Melhor sorte não assiste ao Ministério Público ao pleitear o afastamento das atenuantes da confissão espontânea aplicadas aos réus Clayton, Emerson e Sindolfo, pois, segundo Guilherme de Souza Nucci (*in* **Código Penal Comentado**. 2008. p. 424), "*confessar, no âmbito processual penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene ou público, reduzido a termo, a prática de alguma fato criminoso*".

Outrossim, após a Reforma Penal de 1984, o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea prescinde que a autoria do crime seja desconhecida ou imputada a outrem, bastando a sinceridade do agente, mesmo que ele já seja indiciado ou acusado pelo delito.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ART. 306, CTB – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PRISÃO EM FLAGRANTE – POSSIBILIDADE – ART. 65, III, 'D', CP – DESNECESSIDADE DE DESCONHECIMENTO DE AUTORIA – REFORMA DO CÓDIGO PENAL DE 1984 – LEI N. 7.209/84 – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – RECURSO PROVIDO. Após a Reforma do Código Penal de 1984 (pela Lei n. 7.209/84), o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea prescinde que a autoria do crime seja desconhecida ou imputada a outrem. Assim sendo, mesmo que o agente seja preso em flagrante delito, havendo a confissão da autoria do crime praticado, referida atenuante deve sempre ser reconhecida. Jurisprudência uniforme no STF e no STJ. (ACr n. 2010.021890-7, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 2.8.2010).

Logo, havendo a confissão da autoria do crime praticado, mesmo que o agente seja preso em flagrante delito, deve-se reconhecer a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP.

Da atenuante da menoridade relativa aplicada ao réu Clayton

Segundo o art. 65, I, do CP: "*São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença*".

Logo, a menoridade relativa é atenuante aplicável aos indivíduos entre 18 e 21 anos na data do fato.

Compulsando-se os autos, percebe-se que o crime foi praticado em 14.7.2008 e que ao tempo do crime o réu já contava com 21 (vinte e um) anos, visto que nasceu em 4.4.1987.

Desta forma, afasto referida atenuante e passo a dosar-lhe a pena:

A pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Não existindo circunstâncias agravantes e atenuantes nem causas de aumento de pena e reconhecida a causa de diminuição de 1/6 (um sexto) prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, totalizam 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 458 (quatrocentos e cinquenta e oito) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente a época dos fatos, em regime inicial fechado.

II – <u>Do recurso de Clayton Myller Rodrigues:</u>

Não assiste razão ao apelante, pois o juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento, com fundamentada exposição do seu raciocínio.

Dessa forma, é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, *caput*, do CP, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo legal. Não sendo, deve ela se situar acima da previsão mínima feita pelo legislador.

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência:

> Ora, se para a fixação da pena-base, 8 são as circunstâncias judiciais avaliadas, é evidente que a incidência em uma delas já é suficiente para dosá-la acima do mínimo e, no caso em tela, várias foram as ofendidas pelo apelante, injustificando, em corolário, a pretensão. Sabe-se que a fixação da pena-base, embora juridicamente vinculada à variante mínima e máxima, a avaliação

> do suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal está a cargo do juiz dentro dos parâmetros abstratamente fixados pelo legislador para a pena. A eleição quantitativa [que foi acima do mínimo] está dentro do poder discricionário do qual o julgador é detentor' (ACr n. 2004.007135-3, Sidrolândia, Primeira Turma, Rel. Des. Nildo de Carvalho, julgado em 14.9.2004, v.u.).

Ademais, cumpre ressaltar que o art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 prevê pena mínima de 5 (cinco) anos de reclusão para o delito de tráfico de drogas. Logo, tendo a pena final do réu resultado em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão, não há modificações a serem realizadas.

III – <u>Conclusão:</u>

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso ministerial apenas para afastar a aplicação da atenuante da confissão espontânea ao réu Clayton Myller Rodrigues; e, nego provimento ao recurso deste, mantendo-se o restante da sentença em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 8 de novembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.019491-3 - Três Lagoas
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003 – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO ANTE A INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A ENSEJAR UM DECRETO CONDENATÓRIO – RECURSO IMPROVIDO.

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, 6 de dezembro de 2010.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de apelação criminal interposta por Antônio Francisco da Silva, contra a sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS (f. 169-74) que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou às penas do art. 14 da Lei n. 10.826/2003, em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestações de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Em suas razões recursais (f. 182-6), o apelante pugna pela reforma da sentença, a fim de que seja declarada a sua absolvição, sob a alegação de que não há prova suficiente da autoria para a manutenção do édito condenatório.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 192-7), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 205-209), opina pelo improvimento da apelação criminal.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O Ministério Público Estadual ofertou denúncia contra Francisco Antônio da Silva, tendo em vista a seguinte conduta delituosa, assim narrada, *in verbis*, na denúncia:

> [...] Consta dos autos de Inquérito Policial em epígrafe que, no dia 20 de abril de 2007, por volta das 11h50min., no Supermercado e Açougue Silva, localizado na rua Isaac Laluce, n. 617, na cidade de Selvíria, comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado ANTONIO FRANCISCO DA SILVA foi surpreendido portando uma arma de fogo de uso permitido, tratando-se de uma Garrucha, marca Boito, calibre 32, n. 43565, municiada com um projétil, acompanhada de um coldre marrom e 2 (dois) cartuchos do mesmo calibre e intactos, bem como apto a efetuar disparos (autos de apreensão de f. 22 e Laudo Pericial de f. 36-38), estando sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.
>
> Infere-se dos presentes autos que policiais militares foram acionados a comparecerem no local para revistar o veículo Ford/Del Rey, de propriedade do denunciado, onde lograram encontrar a arma embaixo do banco do motorista e os cartuchos próximos ao câmbio[...]

Passo à análise do recurso.

O apelante requer a sua absolvição ante a insuficiência de provas para embasar o decreto condenatório.

Compulsando-se os autos, tem-se que a materialidade do delito restou devidamente comprovada pelo Auto de Exibição e Apreensão (f. 26), bem como pelo Laudo de Exame em Arma de Fogo (f. 40-42), que concluiu que a arma mostrava-se eficaz para efetuar disparos.

Ademais, as provas da autoria também são robustas a ensejar o decreto condenatório. Vejamos:

> [...] Tendo em vista que na manhã de hoje, após receberem uma ligação telefônica anônima de que o conduzido estaria com uma arma de fogo no interior de seu veículo, dirigiu-se até o estabelecimento comercial do conduzido, e que ao realizarem revista no veículo após a autorização do conduzido foi encontrada uma arma de fogo, espingarda do tipo "Garruchão", calibre trinta e dois, municiada com um projétil e que havia mais dois projéteis no assoalho do veículo, também embaixo do banco. O conduzido negou que arma de fogo fosse sua e alegou que havia comprado o veículo há poucos dias[...] (Ivair dos Santos Ruis, testemunha, f. 8).
>
> [...]que na ocasião dos fatos, recebeu denúncia de que o réu estaria de posse de uma arma de fogo no interior de seu veículo. Diante disso, dirigiram-se ao local onde estaria o réu e, em vistoria ao interior do veículo de sua propriedade, foi encontrada a arma de fogo e as munições apreendidas, com o que então foi detido o réu em flagrante. Na ocasião da prisão do réu, este apenas dizia que a arma não era de sua propriedade, porém sem mencionar quem seria o proprietário da referida arma[...] que na ocasião da busca ao veículo do réu, o depoente entrou por um lado e um outro policial por outro lado, quando então este policial é que encontrou a arma próximo ao câmbio, sem saber precisar o exato local[...] (Moacir Soares das Neves, testemunha, f. 105).

É cediço que, com relação aos depoimentos prestados pelos policiais, os Tribunais pátrios posicionam-se no sentido de que, estando os depoimentos em harmonia com as demais provas dos autos, não há razão para desprezá-los.

A testemunha Valter Luis do Nascimento (f. 11), antigo proprietário do veículo onde a arma foi encontrada, relatou "*que ficou com o veículo por dois meses e todos os finais de semana levava o carro para lavar e nunca falaram para ele que havia uma arma de fogo no carro, que nunca viu esta arma de fogo no carro e que, portanto, esta arma de fogo só deve ter aparecido no veículo que o declarante vendeu*".

Por outro lado, cumpre ressaltar que as versões apresentadas pelo apelante mostram-se isoladas no contexto probatório, além de serem divergentes, pois, na fase inquisitória, quando preso em flagrante, apontou como proprietário da arma de fogo a pessoa de Antônio Carlos do Nascimento e, em juízo, sem nenhuma

justificativa plausível, relatou que os funcionários do estabelecimento comercial onde trabalhava utilizavam o veículo e que, na data dos fatos, um carvoeiro teria utilizado o carro para buscar comida.

No mesmo diapasão, exponho voto proferido por este Sodalício:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TENTATIVA DE ESTELIONATO, RECEPTAÇÃO, DESOBEDIÊNCIA, RESISTÊNCIA E CRIME DE TRÂNSITO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA E SEM CRÉDITO – DEPOIMENTO DOS POLICIAIS – VALIDADE – AGENTE QUE TENTOU COMPRAR MERCADORIAS COM CHEQUE QUE COMPROU DE 'TROMBADINHAS' E, AO SER ABORDADO, DESOBEDECEU À ORDEM DE PRISÃO, TENTOU ATROPELAR DELEGADO E AINDA SAIU EM DESABALADA CARREIRA COM SEU VEÍCULO, CAUSANDO RISCO À COMUNIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA BEM FIXADA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – IMPROVIMENTO. A simples negativa de autoria, isolada nos autos e contraditória, não é suficiente para desautorizar as condenações baseadas em provas concretas nos autos, dando-se ênfase aos depoimentos dos policiais; válidos como qualquer outra prova, quando harmônicos entre si e sem nuanças de suspeitas que possam invalidá-los, mantendo-se as condenações. Mantêm-se as penas fixadas acima do mínimo legal, quando as circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam essa elevação, mormente quando se trata de elemento com muitas passagens por crime da mesma espécie e que se intitula viciado na prática de estelionato. (ACr n. 2007.013331-7, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Carlos Stephanini, julgado em 27.6.2007).

E ainda:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DE ENTORPECENTES – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA – PROVAS CONSISTENTES DA VENDA DE DROGAS – DEPOIMENTO IDÔNEO DOS POLICIAIS QUE EFETURAM O FLAGRANTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – ATENDIMENTO AO ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 – MODIFICAÇÃO DO PRISIONAL PARA O SEMI-ABERTO – IMPOSSIBILIDADE – ATENDIMENTO AO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 11.464/07 – DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – VEDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/06 – IMPROVIDO. O depoimento idôneo dos Policiais que efetuaram o flagrante associado à materialidade acostada aos autos dão suporte suficiente a um acertado decreto condenatório pelo crime previsto no art. 33 Lei n. 11.343/06. Não há que se falar em redução da pena-base se o magistrado atendeu ao art. 42 da Lei n. 11.343/06, pontuando os antecedentes e o retorno do apelante à vida criminosa tão logo ter sido beneficiado com o livramento condicional. Não se modifica o regime prisional do fechado para o semi-aberto em crime de entorpecente, por expressa proibição legal contida no § 1º do art. 2º da Lei n. 11.464/07. Nos termos do art. 44 da Lei n. 11.343/06, é vedada a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos no crime de entorpecentes. (ACr n. 2008.028749-3, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado em 7.11.2008).

Portanto, não há falar em absolvição quando a autoria e materialidade estão devidamente comprovadas nos autos, dando-se ênfase aos depoimentos harmônicos prestados pelos policiais.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao presente recurso, mantendo-se *in totum* 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. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2009.022813-1 - Nova Andradina
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – MÉDICO – IMPERÍCIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS ROBUSTAS ACERCA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA – SUBSTITUIÇÃO POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – VALOR FIXADO DE FORMA EXACERBADA – REDUÇÃO – INDENIZAÇÃO EM FAVOR DA VÍTIMA – AUSÊNCIA DE PEDIDO NESSE SENTIDO – EXCLUSÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O crime é dito culposo quando a conduta voluntária que produz um resultado não é querido, mas previsível, de tal modo que podia, com a devida atenção, ser evitado. Exige a demonstração da inobservância do dever de cuidado objetivo derivado da imprudência, imperícia ou negligência e a previsibilidade do evento.

Mantém-se a condenação por homicídio culposo se o apelante, na condição de médico, protelou o momento do parto, mesmo tendo informações de que se tratava de gestação de alto risco, o que caracteriza a culpa agravada pela conduta de inobservância de regra técnica.

Dá-se provimento ao recurso para diminuir a pena alternativa de prestação pecuniária se esta se mostra exacerbada.

Para haver condenação à indenização, é necessário que haja pedido da vítima ou do Ministério Público, oportunizando, ao réu, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

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, rejeitar a preliminar. No mérito, também, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de novembro de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

José Papa, inconformado com a decisão que o condenou, por infração do disposto no art. 121, §§ 3º e 4º, do CP, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, substituída por pena pecuniária no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos, destinado ao Conselho da Comunidade de Nova Andradina, bem como R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) como reparação dos danos causados aos pais da vítima, nos termos do disposto no art. 387, IV, do CPP, interpõe o presente recurso de apelação.

Em apertada síntese, nas razões apresentadas (f. 195-215), o recorrente aduz, em preliminar, a nulidade processual, em face da inversão da apresentação das alegações finais; no mérito, alega que a decisão monocrática foi fulcrada no laudo elaborado pelo perito do Instituto Médico Legal; que não há provas de que há nexo de causalidade entre a morte do bebê e a conduta do réu.

Pede, ao final, a absolvição ou a exclusão do § 4º do art. 121, bem como a exclusão da indenização prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões às f. 220-32, nas quais o representante do Ministério Público pede seja mantida a sentença objurgada.

No parecer (f. 240-50), a Procuradoria de Justiça pede seja improvido o recurso.

VOTO (EM 16.11.2010)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

José Papa, inconformado com a decisão que o condenou, por infração do disposto no art. 121, §§ 3º e 4º, do CP, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, pena substituída por prestação pecuniária, no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos, destinado ao Conselho da Comunidade de Nova Andradina, bem como R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), como reparação dos danos causados aos pais da vítima.

Consta dos autos que, no dia 16 de setembro de 2003, no Hospital Santa Helena, o médico José Papa não identificou os sinais de que a vítima Patrik da Silva Cruz estava sofrendo dentro do útero materno e, ao protelar a realização do parto, contribuiu para a morte do bebê.

Segundo as investigações, a gestante Eliane Leiba Silva realizou todos os exames pré-natais com o apelante e, entre o período previsto para o parto, de 1 a 7 de setembro, começou a sentir dores, entretanto, o recorrente sempre alegava que ainda não estava no momento de a criança nascer. Depois de várias idas ao hospital, o parto foi marcado para o dia 16. Logo após a realização da cesariana, a criança veio a óbito.

A materialidade restou provada pelos depoimentos das testemunhas, pelo parecer médico, pelo prontuário da paciente e pelos exames de ultrassom realizados. Da mesma forma, a autoria também restou inconteste, uma vez que foi o apelante quem realizou o acompanhamento médico da gestação, bem como realizou o parto.

Examino, primeiramente, a preliminar de nulidade do feito, decorrente do oferecimento das alegações finais da assistência da acusação após a fala da defesa, provocando a inversão dos atos processuais.

É consabido que não se declara nulidade processual quando dela não decorre prejuízo à parte.

No caso dos autos, a defesa ofertou suas alegações finais, seguindo-se a do Ministério Público. Poderia o defensor ter devolvido os autos ao cartório com a ressalva de que tinha ocorrido transgressão da ordem processual, e não o fez. A circunstância da inversão da apresentação da peça em questão não acarreta nulidade, porque, a toda evidência, não houve qualquer prejuízo à defesa.

O formalismo exacerbado é que traz o descrédito à Justiça. Se não houve prejuízo à defesa, não se pode acolher a preliminar. Este relator, em outra oportunidade, já se posicionou a respeito:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DE PRELIMINAR – INVERSÃO NA ORDEM DE APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NULIDADE AFASTADA.

> Inocorre nulidade processual tão somente pela inversão na ordem de apresentação das alegações finais, não só pelo fato de ausência de prejuízo, mas também pela posterior intervenção da parte interessada nos autos. Ementa parcial. (ACr n. 2001.008878-9, Terenos, Segunda Turma Criminal, Rel. desig. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 19.12.2001).

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade arguida.

No mérito, o apelante pretende sua absolvição por entender inexistir nexo causal entre a morte da vítima e sua conduta.

Não lhe assiste razão.

Compulsando os autos, denota-se que, de acordo com o exame de ultrassonografia obstetrícia, Laudo n. 14658, realizado em 2 de setembro de 2003, portanto 14 dias antes do nascimento da criança, o líquido amniótico se apresentava em quantidade diminuída para a idade gestacional (f. 9).

O parecer médico-legal, acostado às f. 69-77, onde o médico legista Dr. José Roberto Ribeiro, perito do Instituto Médico legal, da Coordenadoria-Geral de Perícias, da Secretaria de Estado de Segurança Pública, após análise dos documentos contidos no caderno processual, esclareceu que a redução do volume de líquido amniótico para a idade gestacional caracterizava sofrimento fetal, gerando risco gestacional, a uma gravidez de alto risco com perigo iminente para o feto (f. 75).

E concluiu:

> Com base, nos dados acima apresentados e discutidos, temos como conclusão que a não identificação dos sinais de que o feto estava sofrendo dentro do útero levou a uma atitude inconsequente por parte do profissional em questão, que contribuiu de forma decisiva para o êxito letal do recém-nascido, quiçá intrautero (f. 76).

Desta forma, resta claro que havia risco na gestação e o recorrente nada fez, mantendo o tratamento de maneira como se fosse uma paciente sem risco gestacional.

Registre-se que, conforme Ficha Geral de Atendimento (f. 38), a paciente procurou atendimento médico no dia 8.9.2003, quando já contava com "39 semanas + - 2 semanas". Gravidez, a termo, tem, em média, 40 semanas (280 dias), embora sejam considerada normal a idade gestacional de 37 semanas ou mais até 41 semanas e 6 dias, ou seja, menor que 42 semanas.

A paciente foi internada no dia 15 de setembro, já com muitas dores, entretanto a cirurgia só foi realizada no dia seguinte e, momentos após, comunicada que seu filho havia morrido.

Restou caracterizado o nexo causal entre a conduta do recorrente e a morte do bebê, uma vez que aquele não observou a circunstância de se tratar de uma gestação de risco, apesar dos exames realizados, o que demonstra falta de observância do cuidado devido, bem como não avisou a parturiente.

Não bastasse isso, na Certidão de Óbito consta como causa da morte sofrimento fetal (f. 12).

A decisão objurgada lastreou-se em documentos, exames hospitalares, depoimentos testemunhais e no laudo médico-legal, que demonstraram que o réu acompanhou toda a gestação e realizou o parto de Eliane. Como bem lembrou o magistrado:

> Em síntese, a morte da criança for a causada pela imperícia do acusado, que deixou de melhor atender às necessidades da paciente. Deixou de agir quando o dever de ofício lhe obrigava. Deixou de adotar os cuidados que uma gravidez de alto risco demandava. Agiu, pois, com culpa. (f. 164)

Insta salientar que o juiz não ficará adstrito a laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, nos termos do art. 182 da Lei Processual Penal.

Assim, não há acatar a pretensão absolutória, mormente quando os elementos contidos no caderno processual são consistentes e autorizam, com segurança, o decreto condenatório.

A defesa pede, ainda, a exclusão do § 4º do art. 121 do CP, por entender que ocorre *bis in idem*.

Referido artigo, em seu § 4º, enuncia:

> § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei n. 10.741, de 2003).

O crime é dito culposo quando a conduta voluntária que produz um resultado não é querido, mas previsível, de tal modo que podia, com a devida atenção, ser evitado. Exige a demonstração da inobservância do dever de cuidado objetivo derivado da imprudência, imperícia ou negligência e a previsibilidade do evento.

Qualifica o homicídio culposo se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, mesmo que não conste obrigatoriamente do regulamento da atividade profissional. Por oportuno, trago à colação:

> TARS: A circunstância majorante do art. 121, § 4º, CP, 1ª parte, não se confunde com a imprudência, a imperícia ou a negligência. Estas são modalidades da culpa, situadas, na topologia estrutural do delito, no tipo. Já a inobservância de regra técnica importa em maior reprovabilidade da conduta, seja qual for a modalidade de culpa. Situa-se, portanto, na culpabilidade (= reprovabilidade), juízo de valor que incide sobre o autor. Daí a distinção que os autores estabelecem entre imprudência ou imperícia e a inobservância de regra técnica. Se a culpa é decorrente de qualquer das três modalidades legais, pode a punição do autor ser agravada pelo *plus* decorrente de especial reprovabilidade no agir sem cautelas (**RT** 731/643).

Uma vez que o apelante protelou o momento do parto, mesmo tendo informações de que se tratava de gestação de alto risco, caracterizada está a culpa agravada pela conduta de inobservância de regra técnica. Sendo assim, não merece reparo a decisão atacada, neste particular.

Quanto à afirmação de que a sentença foi baseada em prova ilícita, melhor sorte não assiste ao apelante.

Como já dito, o parecer médico-legal, acostado às f. 69-77, foi elaborado por perito oficial do Instituto Médico legal, da Secretaria de Estado de Segurança Pública, após análise dos documentos contidos no caderno processual como Ultrassonografia Obstetrícia (f. 9), Ficha Geral de Atendimento (f. 37-40) e exames hospitalares (f. 41-44), dentre outros. O exame de corpo de delito nada mais é do que a observância rigorosa feita por técnicos, pelo qual são analisados os vestígios deixados pela infração penal.

Neste sentido, é a firme orientação de Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Código de Processo Penal, 3. ed. Ver., at. e amp., editora **Revista dos Tribunais**, 2004, páginas 338-9:

> É próprio afirmar que toda infração penal possui corpo de delito, isto é, prova de sua existência, pois exige-se materialidade para condenar qualquer pessoa, embora nem todas fixem o corpo de delito por vestígios materiais. Em relação a estes últimos é que se preocupou o artigo em questão, exigindo que se faça a inspeção pericial, com a emissão de um laudo, para comprovar a materialidade. Portanto, em crimes que deixam vestígios materiais deve

> haver, sempre, exame de corpo de delito. Preferencialmente, os peritos devem analisar o rastro deixado pessoalmente. **Em caráter excepcional, no entanto, admite-se que o façam por outros meios de prova em direito admitidos, tais como o exame da ficha clínica do hospital que atendeu a vítima, fotografias, filmes, atestados de outros médicos, entre outros. É o que se chama de exame de corpo de delito indireto** (grifo nosso).
>
> Ressalte-se que se trata de perito oficial que nenhuma relação guarda com os fatos contidos nos autos.
>
> Insta acrescentar que, além do mais, como mostram os documentos de f. 261-286, em duas oportunidades, no âmbito do Conselho Regional de Medicina e Conselho Federal de Medicina, a conclusão do processo ético-profissional, por unanimidade, foi pela culpa do recorrente.
>
> Outra insurgência reside na fixação do valor por dano moral, pois entende o apelante ser descabida, diante da ausência de pedido durante todo trâmite processual.
>
> O art. 387, IV, do CP (conforme redação trazida pela Lei n. 11.719/08) que determina:
>
> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
>
> [...]
>
> IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Realmente, para haver tal condenação, é necessário pedido da vítima ou do Ministério Público, porém em nenhum momento nos autos houve tal pedido nem instrução específica, não tendo sido oportunizadas ao apelante as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA – CRIME CONSUMADO – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO CONCURSO DE PESSOAS – PESSOA NÃO IDENTIFICADA – IRRELEVÂNCIA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – EXACERBADA – AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE PEDIDO E INOBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> [...]
>
> Para haver condenação à indenização, é necessário que haja pedido da vítima ou do Ministério Público, sendo que, em nenhum momento nos autos, houve tal pedido nem instrução específica, não tendo sido oportunizadas ao apelante, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fica, portanto, afastada. Ementa parcial. (ACr n. 2008.034740-7, Corumbá, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado em 17.2.2009).

Observe-se que já tramita pela Vara Cível processo no tocante à indenização em desfavor do apelante.

Portanto, afasto a condenação ao pagamento da indenização de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) à vítima.

Da mesma forma, entendo ser exacerbada a quantia fixada no que se refere à pena pecuniária, razão pela qual a fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Pelo exposto, em parte com o parecer, dou provimento parcial ao recurso interposto por José Papa, apenas para excluir a condenação ao pagamento de indenização à vítima e reduzir a pena pecuniária para R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (2º Vogal)

De acordo com o relator.

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. DORIVAL MOREIRA DOS SANTOS) APÓS O RELATOR E O 2º VOGAL DAREM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

V O T O (EM 22.11.2010)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal)

O apelante é médico e foi condenado por homicídio culposo pela morte de bebê logo após o parto, a qual foi causada por imperícia.

Pugnou pela absolvição, não foi provida, diante do conjunto probatório, porém afastada a pena de multa, uma vez que incluída na sentença sem ter sido feito pedido na inicial ou curso da ação, ou seja, não foi exposta ao contraditório.

Acompanho o voto do relator, pelo provimento parcial do apelo, somente para afastar a pena de multa incluída na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, TAMBÉM, POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL 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, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 22 de novembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.010850-3 - Fátima do Sul
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS ROBUSTAS ACERCA DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA – MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL – EXISTÊNCIA DE APENAS UMA AÇÃO PENAL POR CRIME ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO – REDUÇÃO DO AUMENTO OPERADO QUE CONSIDEROU OUTRAS INCIDÊNCIAS – PENA REDUZIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Inviável falar em absolvição, se o conjunto probatório colhido nos autos demonstra a culpabilidade do agente, especialmente as provas testemunhais.

Constatada nos autos a condenação pela prática de apenas um crime anterior, com trânsito em julgado, o aumento da pena-base que levou em conta outras incidências, deve ser feito em patamar menor.

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 em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de setembro de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recurso de apelação interposto por Lourivaldo dos Santos Duarte em face da sentença que o condenou, pela prática do crime de dano qualificado (art. 163, II, do CP), ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e 180 (cento e oitenta) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Sustenta, em síntese, que deveria ter sido absolvido em razão da fragilidade do conjunto probatório ou, ainda, pela ausência de prova quanto ao dolo. Alternativamente pretende a diminuição da pena-base.

Contrarrazões às f. 239-43, pugnando-se pela manutenção integral da sentença condenatória.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (f. 248-53).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Lourivaldo dos Santos Duarte em face da sentença que o condenou, pela prática do crime de dano qualificado (art. 163, II, do CP), ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e 180 (cento e oitenta) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Sustenta, em síntese, que deveria ter sido absolvido em razão da fragilidade do conjunto probatório ou, ainda, pela ausência de prova quanto ao dolo. Alternativamente, pretende a diminuição da pena-base.

Consta da denúncia que o apelante, juntamente com o corréu Wolnei Marques Menezes, no dia 9 de agosto de 2006, por volta das 20 horas, no interior do "GENI BAR", localizado na Av. 9 de Julho, em Fátima do Sul (MS), deterioraram uma mesa de "*Snooker*", uma cadeira de plástico e três bancos de madeira, com emprego de substância inflamável, pertencentes à vítima Geni de Souza Costa.

O motivo seria o fato de a vítima ter negado vender bebida alcoólica "fiado" aos réus.

A materialidade restou comprovada, conforme boletins de ocorrências (f. 7-8) e laudo de exame pericial (f. 23-6).

Quanto à autoria, o apelante, na fase de inquérito disse: "*que realmente esteve no local; que transportava gasolina em um recipiente de 2 (dois) litros para abastecer seu carro; que foi o Wolnei quem pegou o recipiente e espalhou pelo estabelecimento comercial e ateou fogo; que, em razão disso, saiu do local*" (f. 16).

Em juízo, negou a autoria, dizendo que a gasolina era de sua propriedade, mas que foi Wolnei quem a pegou e ateou fogo nos objetos da vítima (f. 72-3).

A versão do apelante, contudo, não encontra guarida nas demais provas colhidas.

A vítima Geni de Souza Costa, às f. 121, disse que, *in verbis*:

> [...] Que no dia dos fatos Lourivaldo chegou no bar da depoente com uma garrafa de refrigerante de 2 litros cheia de gasolina. Que a depoente pediu para que Lourivaldo deixasse a garrafa fora do bar, pois havia muita gente no local e era perigoso. Que após algum tempo Lourivaldo saiu do local e em seguida retornou, ainda com a garrafa. Que Lourivaldo pediu para que a depoente lhe vendesse cerveja fiado, mas a depoente se recusou porque ele nem era freguês do bar. Que então Lourivaldo disse para Wolnei "vamos colocar fogo nesse lugar", e derramou o conteúdo da garrafa. Que a depoente ainda achou que ele estivesse brincando, achou que o conteúdo da garrafa fosse outra coisa, como detergente. Que, no entanto, Wolnei levantou-se de onde estava e ateou fogo no combustível derramado. Que Wolnei fez isso a pedido de Lourivaldo [...].

Este depoimento é confirmado pelo depoimento da testemunha presencial Maria Lúcia da Silva (f. 13 e 123).

Pelas provas, resta evidenciado o dolo do agente.

Desta forma, não há dúvidas acerca da autoria, razão pela qual a condenação deve ser mantida.

No tocante à pena-base, esta restou fixada com a seguinte fundamentação, *in verbis*:

> PENA-BASE (CP, 59 e 68) [1.ª fase].
>
> Não há elementos nos autos que indiquem culpabilidade majorada ou diminuída. Nestes autos há provas de maus antecedentes. A conduta do réu é voltada para o crime. O réu mostrou arrependimento, o que é elemento favorável de sua personalidade. Motivos do crime: os comuns nesta espécie de delito. Não houve circunstâncias especiais que devam ser aqui consideradas. Conseqüências do crime: graves, mas diretamente relacionadas ao tipo, não havendo nenhuma a ser considerada nesta fase. O comportamento da vítima em nada colaborou para o desencadeamento ou a consumação do crime.
>
> Entendo que a pena mínima, abstratamente prevista, somente deve ser aplicada ao réu que tenha todos os elementos da fixação da pena base favoráveis. Isso não ocorre no presente caso. Assim, indispensável é fixá-la acima do mínimo.
>
> Fixo a pena, nesta primeira fase, em 1 ano de detenção. Cumulativamente, fixo pena de multa, a ser paga ao fundo penitenciário (CP, 49) [..]. (f. 215).

Nota-se que a pena foi majorada em 6 (seis) meses acima do mínimo legal, em razão dos antecedentes e, como consequências destes, da conduta social.

Do que consta dos autos, verifica-se que, a teor do disposto na Súmula n. 444 do STJ, apenas um registro, a incidência n. 14 (f. 151) pode ser tida por maus antecedentes, razão pela qual, como a sentença considerou outros registros, diminuo a pena-base para 8 (oito) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa, esta no unitário mínimo.

Em razão da reincidência (incidência n. 15, f. 151), e das agravantes dos artigos 62, II, a, e 62, I, do CP, aumento a pena de 6 (seis) meses de detenção e 2 dias-multa, fixando-a, em definitivo, ante a ausência de causas de diminuição ou aumento, em **1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa.**

Mantenho o regime semiaberto, já que o apenado é reincidente e, pelo mesmo motivo, deixo de substituir a pena por pena alternativa ou *sursis*.

Pelo exposto, em parte com o parecer, dou provimento parcial ao recurso para, mantendo a condenação, diminuir a pena do apelante nos termos acima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL 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, Marilza Lúcia Fortes e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 27 de setembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2010.029528-4 - Fátima do Sul
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIME AMBIENTAL – ART. 39 DA LEI N. 9.605/98 – ATIPICIDADE DE CONDUTA – ORDEM CONCEDIDA.

Fato narrado na denúncia que não se amolda ao tipo penal previsto no art. 39 da Lei n. 9.605/98, pela ausência de floresta na área de preservação permanente, impõe-se o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta.

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, conceder a ordem.

Campo Grande, 29 de novembro de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

O advogado Ney Rodrigues de Almeida Sobrinho impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor dos pacientes Itamar Chaves Aquino e Rômulo Bedim, sob a alegação de que estes sofrem constrangimento ilegal por parte da Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul.

Segundo o impetrante, o constrangimento ilegal emerge do fato de a autoridade coatora ter recebido denúncia em face dos pacientes, pela suposta prática de crime ambiental tipificado no artigo 39 da Lei n. 9.605/1998, por terem, em tese, cortado árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.

Ao final, requer o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, em razão de a atipicidade da conduta.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 249).

As informações foram anexadas à f. 253.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 2257-9).

VOTO (EM 22.11.2010)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Ney Rodrigues de Almeida Sobrinho em favor dos pacientes Itamar Chaves Aquino e Rômulo Bedim, sob a alegação de que estes sofrem constrangimento ilegal por parte da Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul.

Segundo o impetrante, o constrangimento ilegal emerge do fato de a autoridade coatora ter recebido denúncia em face dos pacientes, pela suposta prática de crime ambiental tipificado no artigo 39 da Lei n. 9.605/1998, por terem, em tese, cortado árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.

Narra-se na denúncia:

> [...].
>
> Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 24 de outubro de 2007, por volta das 20h, em propriedade rural denominada 'Fazenda São Luiz', situada na linha Potreirito, Km 0,5, Nascente, no Município de Jateí-MS, os denunciados, mediante concurso, cortaram árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão a autoridade competente.
>
> Segundo o apurado, na data do fato, o denunciado RÔMULO BEDIM, executando serviço ordenado por seu empregador ITAMAR CHAVES DE AQUINO, proprietário da Fazenda São Luiz, com um trator marca CBT, modelo 2105, ano 1974 e cor amarela, efetuou a supressão de árvores nativas e vitalizadas das espécies tarumã, açoita cavalo, leiteiro, entre outras, em uma área de 12 hectares, sem licença ambiental, a fim de preparar o local para o plantio de eucaliptos.
>
> […].

Dispõe o artigo 39 da Lei n. 9.605/1998:

> **Art. 39**. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:
>
> Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Não é demais afirmar que o presente artigo tem como objetividade jurídica proteger as florestas de preservação permanente.

Na hipótese, imputa-se aos pacientes a conduta de cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente. Tal fato, contudo, não se subsome ao tipo legal do artigo 39 da Lei n. 9.605/98, pois o texto refere-se expressamente à floresta.

O Des. João Batista da Costa Marques leciona que *"analisando o referido tipo penal, pode-se concluir que a expressão floresta não pode, por meio de uma interpretação teleológica e extensiva, abranger outros tipos de vegetação, [...]."* (RSE n. 2007.011461-6, Primeira Turma Criminal, julgado em 23.10.2007).

Infere-se, das fotografias juntadas às f. 30, que a área considerada de preservação permanente é formada especialmente por vegetação rasteira não nativa.

As fotografias juntadas às f. 138-40 e 189-93, por outro lado, demonstram que se trata de área de pastagem, restando clara a ausência de prejuízo para o meio ambiente.

Diante do exposto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a ordem para determinar o trancamento da Ação Penal n. 010.08.000964-6, movida pelo Ministério Público Estadual em face dos pacientes Itamar Chaves de Aquino e Rômulo Bedim, com trâmite na 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul.

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (2º Vogal)

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. DORIVAL MOREIRA DOS SANTOS), APÓS O RELATOR E O 2º VOGAL CONCEDEREM A ORDEM.

VOTO (EM 29.11.2010)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator, pela concessão da ordem para trancamento da ação penal. Da análise dos documentos, constata-se que não há evidências de que os pacientes cometeram o crime ambiental consistente na retirada de material lenhoso de área florestal de preservação permanente.

Tanto que a própria Secretaria de Meio Ambiente anulou o auto de infração por identificar imprecisão na conduta imputada.

As imagens anexadas aos autos sugerem uma limpeza em pasto, com alguns galhos amontoados em determinados locais para a retirada, sem indicativos de que se tratava de área de reserva ou mesmo florestal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

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, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 29 de novembro de 2010.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança n. 2010.014588-6 - Cassilândia
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – EMPRESA DE TELEFONIA MÓVEL QUEBRA DE SIGILO DE DADOS CADASTRAIS – VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE – OCORRÊNCIA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL GENÉRICA – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E COM DESCRIÇÃO ESPECÍFICA QUANTO AOS DESTINATÁRIOS – LIMINAR RATIFICADA – ORDEM CONCEDIDA.

A determinação judicial genérica, que viabilizaria a quebra de sigilo de dados cadastrais, inclusive NFLs; extratos telefônicos detalhados de qualquer período; rastreamento de ERBs em tempo real; históricos de chamadas; rastreamento de aparelhos de telefonia móvel celular; número e extrato de IMEI; além de outros dados que não impliquem áudio das comunicações de todos os usuários da operadora de telefonia celular em território nacional, além de violar direito à intimidade e privacidade dos cidadãos, ofende direito líquido e certo.

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, conceder a segurança. Ausente, por férias, o 3º vogal.

Campo Grande, 19 de outubro de 2010.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Claro S/A impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do Juiz de Direito Diretor do Fórum da Comarca de Cassilândia que, nos Autos de Pedido de Providências n. 007.10.000651-1, expediu o Ofício judicial n. 007.10.000651-1/1091107.M10747, determinando providências necessárias para que fosse habilitada senha ao Delegado de Polícia Paulo Henrique Rosseto de Souza, pelo prazo de 2 anos, para acesso exclusivamente aos dados cadastrais, inclusive NFLs; extratos telefônicos detalhados de qualquer período; rastreamento de ERBs em tempo real; históricos de chamadas; rastreamento de aparelhos de telefonia móvel celular; número e extrato de IMEI; além de outros dados que não impliquem áudio das comunicações. Destaca-se que a senha não autoriza qualquer procedimento de interceptação de conversas telefônicas.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que a determinação judicial viola o direito à privacidade, pelo caráter genérico e indeterminado da decisão, pela ilegalidade do prazo estipulado e pela ausência de justa causa para sua existência.

Ante o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* demonstrados, requer a concessão da liminar, a fim de suspender o cumprimento da ordem judicial. Junta documentos às f. 15-38.

Liminar deferida às f. 42-6.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 53-6.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às f. 61-9, opina pela concessão da segurança pleiteada.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Claro S/A com pedido de liminar contra ato do Juiz de Direito Diretor do Fórum da Comarca de Cassilândia.

A segurança deve ser concedida, de acordo com os argumentos do parecer que faço de razões de decidir, acrescido dos argumentos expostos na liminar.

O ato combatido consubstancia-se no ofício à f. 18, onde consta que:

> Por meio do presente, expedido nos Autos da Pedido de Providência n. 007.10.000651-1, promovido pelo Delegado de Polícia Civil de Cassilândia MS, em trâmite perante este Juízo da Direção desta Comarca de Cassilândia, determino as providências necessárias para que seja habilitada senha ao Delegado de Polícia Paulo Henrique Rosseto de Souza, pelo prazo de 2 anos, para acesso exclusivamente aos dados cadastrais, inclusive NFL's; extratos telefônicos detalhados de qualquer período; rastreamento de ERB's em tempo real; históricos de chamadas; rastreamento de aparelhos de telefonia móvel celular; número e extrato de IMEI; além de outros dados que não impliquem áudio das comunicações. Destaca-se que a senha não autoriza qualquer procedimento de interceptação de conversas telefônicas.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos X e XI[1], além de prever a tutela do sigilo das correspondências e comunicações telegráficas e telefônicas, instituiu a proteção contra as interceptações ilegais das comunicações e a violação dos sigilos de dados, só permitindo em restritas hipóteses e de acordo com a legislação infraconstitucional específica.

Frise-se que os *"dados cadastrais dos assinantes das operadoras de telefonia são protegidos tanto pela Constituição Federal em seu art. 5º, inc. X, que estabelece a inviolabilidade do direito à intimidade dos cidadãos, bem como pela legislação infraconstitucional, a saber, arts. 3º, inc. IX, e 72, 2º, ambos da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações)"*[2].

De fato, no caso em apreço, a ordem emanada pela autoridade impetrada reveste-se de imprecisão, visto que não individualiza de forma concreta sua necessidade e conveniência, não relaciona as pessoas a serem investigadas tampouco os números telefônicos cuja autoridade policial teria acesso aos extratos, durante 2 (dois) anos, demonstrando, destarte, aparente violação à intimidade e privacidade dos cidadãos. Ademais, como bem observado no parecer ministerial, às f. 68-9:

1 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

2 TJSP, MS n. 990.09.171275-2, ACr n. 4168742, Jales, Quarta Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Salles Abreu, julgado em 29.9.2009; DJESP 19.1.2010.

> Como se vê, o juízo não especifica se há uma investigação em andamento ou processo penal em trâmite, também não determina quem são os investigados e qual o crime eventualmente praticado. Trata-se de determinação genérica, que concede amplos poderes ao Delegado de Polícia Paulo Henrique Rosseto de Souza, permitindo-o que intercepte informações de qualquer cliente da operadora impetrante, sem necessidade sequer de apontar para qual investigação criminal os elementos estão sendo colhidos.
>
> Note-se, inclusive, que o magistrado registra que a autoridade policial pode se valer de outros meios para alcançar os subsídios relativos aos dados de comunicações. Neste particular, é bem de ver que a quebra de sigilo de dados telefônicos relativos ao cadastro do usuário da telefonia móvel, que não está sujeita à Lei n. 9296/96, é possível desde que haja decisão judicial racionalmente fundamentada e pautada na excepcionalidade da medida, porém, a determinação judicial genérica, que viabilizaria a quebra de sigilo de dados não especificados, ofende direito líquido e certo [...].
>
> Desse modo, considerando que a determinação judicial genérica, sem a especificidade que a medida requer, viola direito líquido e certo, imperiosa é a concessão da ordem pretendida.

Neste sentido, a jurisprudência:

> MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS CADASTRAIS. VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. OCORRÊNCIA. Concessão à autoridade policial de senha de acaso irrestrito aos dados cadastrais, extratos telefônicos, levantamento de chamadas ERBs e rastreamento em tempo real de todos os usuários da operadora de telefonia celular em Território Nacional. Ausência de indicação dos investigados e das linhas telefônicas que se pretende obter informações. Inadmissibilidade de decisão genérica e indeterminada. Excepcionalidade da medida que exige fundamentação idônea para legitimar sua utilização. Violação ao direito líquido e certo caracterizada. Segurança concedida. (TJSP, MS n. 990.09.171275-2, ACr n. 4168742, Jales, Quarta Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Salles Abreu, julgado em 29.9.2009, DJESP de 19.1.2010).
>
> PENAL. *HABEAS CORPUS*. QUEBRA DE SIGILO. DETERMINAÇÃO DE ACESSO AOS DADOS CADASTRAIS DE USUÁRIOS DE EMPRESA DE TELEFONIA. ORDEM JUDICIAL GENÉRICA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Da mesma forma que os demais direitos e garantias fundamentais, o sigilo de dados cadastrais não é absoluto, ensejando atenuação na hipótese de interesse público relevante, como por exemplo a persecução criminal. 2. Mesmo que os dados cadastrais constituam-se de informações de caráter relativamente público, revelando-se imprescindíveis para a própria convivência em sociedade, não há como olvidar que são fornecidos à empresa pelo cliente por razões contratuais, de forma reservada, e, portanto, estão protegidos por sigilo. 3. No caso, a ordem judicial não especifica qual ação penal ou inquérito policial em andamento está vinculada a quebra do sigilo. Limita-se a determinar que sejam disponibilizadas senhas a agentes da Polícia Federal para acesso às informações concernentes ao cadastro de usuários da empresa de telefonia, sem individualização das pessoas que terão a garantia constitucional flexibilizada, revestindo-se por demais genérica de forma a afrontar o princípio da proporcionalidade. (TRF, Quarta Região, *HC* n. 2009.04.00.035771-9, RS, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, julgado em 24.11.2009, DEJF de 3.12.2009, p. 835).
>
> *HABEAS CORPUS*. Impetração contra decisão que determinava à empresa de telefonia possibilitar a determinadas autoridades policiais e membros do Ministério Público, a quebra de sigilo de dados cadastrais de usuários indeterminados, para fins de investigação criminal. Impossibilidade. Constrangimento configurado. Ordem concedida. (TJSP, *HC* n. 990.09.301397-5, ACr n. 4314573, Amparo, Nona Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Francisco Bruno, julgado em 28.1.2010, DJESP de 30.3.2010).

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. DETERMINAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILO. ACESSO AO CADASTRO DE USUÁRIOS DE EMPRESA DE TELEFONIA. NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E COM DESCRIÇÃO ESPECÍFICA QUANTO AOS DESTINATÁRIOS. AUSÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM. Constando no ofício veiculador da medida invasiva, dirigido ao paciente, termos por demais genéricos, a revelar, ao menos neste momento e em cognição sumária, que resta destituída a aludida comunicação da necessária fundamentação hábil a justificar o acesso a dados cadastrais, enquanto projeção do direito à intimidade dos usuários dos serviços de telefonia resguardado constitucional, legal e contratualmente, sem a observância daquela exigência proporcional, razoável e indispensável à restrição do referido direito fundamental da pessoa, à vista, v.g. do interesse de investigação criminal e/ou persecução penal, impõe-se a concessão da ordem. (TRF, Quarta Região, *HC* n. 2009.04.00.022177-9, RS, Sétima Turma, Rel. Juiz Fed. Marcos Roberto Araujo dos Santos, julgado em 18.8.2009, DEJF de 3.9.2009, p. 633).

Assim, em razão de que a manutenção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão devem ser priorizadas, e, para se afastar algum desses direitos, é imprescindível ser a ordem individualizada e suficientemente fundamentada, sem o que a medida judicial mostra-se abusiva, vê-se, portanto, que a decisão impugnada, diante de seu caráter genérico e indeterminado, afrontou direito líquido e certo destes cidadãos.

Diante do exposto, com o parecer ministerial, concedo a ordem, ratificando a liminar concedida, a fim de cassar a decisão proferida pelo Juiz de Direito Diretor do Fórum da Comarca de Cassilândia, que autorizou, por meio do Ofício n. 007.10.000651-1/1091107.M10747, a quebra de sigilo de dados cadastrais e demais informações dos usuários da operadora "Claro" de todo o território nacional.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 3º VOGAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Francisco Gerardo de Sousa, Claudionor Miguel Abss Duarte, Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 19 de outubro de 2010.

***

Segunda Turma Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2010.028174-2 - Bataguaçu
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA – RÉU INIMPUTÁVEL – LIBERDADE – IMPOSSIBILIDADE – PERICULOSIDADE – RÉU VOLTADO À PRÁTICA DELITUOSA – RECURSO PROVIDO.

A manutenção de inimputável em prisão comum constitui constrangimento ilegal. No entanto, evidenciada a sua periculosidade, visto que o ora acusado é dado à prática delitiva, é inviável a concessão da liberdade provisória pura e simples.

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

Campo Grande, 6 de dezembro de 2010.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

O Ministério Público Estadual interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão monocrática (f. 23-7) que deferiu o pedido de liberdade provisória ao ora recorrido Odair José Aparecido de Jesus.

Busca a reforma do *decisum* hostilizado, sustentando, em apertada síntese, que deve ser revogada a liberdade provisória concedida ao recorrido, porque esta coloca em risco a ordem pública, pois o réu apresenta distúrbios psíquicos e é reincidente em crimes contra a dignidade sexual. Ademais, não restaram comprovados satisfatoriamente os requisitos subjetivos, tais como, trabalho lícito e residência fixa, que o acusado mencionou possuir.

Em contrarrazões (f. 98-112), a defesa pugna pela manutenção da decisão.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, opina às f. 149-52, pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão monocrática de f. 23-7, que deferiu o pedido de liberdade provisória ao ora recorrido Odair José Aparecido de Jesus.

O recurso deve ser provido.

Segundo o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a manutenção de inimputável em prisão comum constitui constrangimento ilegal.

À guisa de exemplo, trago à baila os precedentes julgados da Corte mencionada:

> *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. PACIENTE QUE PERMANECE HÁ MAIS DE 1 ANO CUSTODIADO EM PRESÍDIO COMUM. ALEGAÇÃO DE FALTA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. O entendimento desta Corte Superior é de que a manutenção de inimputável em prisão comum constitui constrangimento ilegal.
>
> 2. Parecer do MPF pela concessão da ordem.
>
> 3. Ordem concedida, para que o Juízo da Execução, nos termos do art. 96, I do CPB, transfira o sentenciado para outro estabelecimento adequado e, em caso de total impossibilidade, com as cautelas devidas, considere a possibilidade de substituição da internação por tratamento ambulatorial.[1]
>
> RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. INTEMPESTIVIDADE. RECEBIMENTO COMO *HC* SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PACIENTE INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. SENTENÇA PROFERIDA EM MAIO/2007. FALTA DE VAGAS. MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM CADEIA PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PERICULOSIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> 1. Constatada a intempestividade, é possível o conhecimento do recurso como Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário. Precedentes.
>
> 2. A incapacidade absoluta do paciente está devidamente comprovada pelo laudo de exame elaborado pelo Serviço de Psiquiatria e Psicologia Forense da Superintendência de Polícia Técnico-Científica, tanto assim que a sentença reconheceu a inimputabilidade e aplicou-lhe a medida de segurança de internação; isso, em maio/2007. Em razão da falta de vaga em nosocômio apropriado, o paciente permanece, até a presente data, em cadeia comum, embora, segundo o Juiz da VEC, recebendo atendimento médico.
>
> 3. O entendimento desta Corte, em casos semelhantes, é de que a manutenção de inimputável em prisão comum constitui constrangimento ilegal; todavia, evidenciada a periculosidade, é inviável a concessão da liberdade pura e simples.
>
> 4. Recurso conhecido como *Habeas Corpus*, concedida a ordem, em parte, apenas para que o Juízo da Execução, à luz do artigo 96, inciso I, do CPB, transfira o sentenciado para outro estabelecimento adequado e, em caso de total impossibilidade, com as cautelas devidas, considere a possibilidade de substituição da internação por tratamento ambulatorial.[2]
>
> EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. PACIENTE SUBMETIDO A MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO COMUM. ALEGADA FALTA DE VAGAS EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 2. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

1 STJ, HC n. 121.760/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13.8.2009, DJ de 14.9.2009.

2 STJ, HC n. 22.654/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4.9.2008, DJ de 22.9.2008.

> 1. É ilegal a prisão de inimputável sujeito a medidas de segurança de internação, mesmo quando a razão da manutenção da custódia seja a ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento.
>
> 2. Ordem concedida, em parte, para determinar a imediata transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, sendo que, na falta de vagas, deve ser o mesmo submetido a regime de tratamento ambulatorial até que surja referida vaga.[3]

Pois bem. Compulsando os autos, precipuamente o Caderno processual n. 026.10.000790-8/002 - incidente de insanidade mental -, constata-se, à f. 38, que o réu é portador de esquizofrenia não especificada, transtorno mental e comportamento devido ao uso de álcool (doença mental).

Some-se a isso, segundo declaração acostada à f. 18 dos Autos n. 2010.028174-2, o recorrido "*encontra-se em cela disciplinar por questões de preservação da integridade física do mesmo, por não ter convívio com os demais internos, pois tem atitudes com grande desatino e descontrole emocional, causando assim conflito em o restante da massa carcerária*".

Ademais, conforme consignado pelo juízo *a quo* na decisão hostilizada, a direção do presídio ponderou que o recorrido estava defecando na cela, espalhando suas fezes pelo local, paredes e outros objetos, assim como gerando tumulto e revolta carcerária no aludido estabelecimento, tendo sido agredido por outros presos.

Logo, a manutenção do acusado em prisão comum constitui constrangimento ilegal. No entanto, evidenciada a sua periculosidade, visto que é dado à prática delitiva, conforme certidão de antecedentes aglutinada às f. 73-7, é inviável a concessão da liberdade provisória pura e simples.

Neste contexto, presentes os requisitos e o pressuposto da prisão preventiva, vale dizer, materialidade e autoria do crime e a garantia da ordem pública, impõe-se a segregação do recorrido em estabelecimento adequado. No entanto, em razão da impossibilidade deste, como bem consignado pelo juízo *a quo*, determino a colocação do acusado em prisão domiciliar acompanhada de tratamento ambulatorial.

Diante do exposto, em parte com o parecer ministerial, dou provimento ao recurso, a fim de revogar a liberdade provisória concedida a Odair Aparecida de Jesus, determinando sua segregação em prisão domiciliar acompanhada de tratamento ambulatorial.

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. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Romero Osme Dias Lopes e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2010.

***

3 STJ, HC n. 81.959/MG, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 7.2.2008, DJ de 25.2.2008, p. 364.

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.028547-2 - Amambai
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – VENDA DE MERCADORIA IMPRÓPRIA – ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90 – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – NÃO DEMONSTRAÇÃO QUE AS MERCADORIAS ERAM IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO – EFEITO EXTENSIVO AOS CORRÉUS – RECURSO PROVIDO.

Na hipótese do inciso I do § 6º do art. 18 do CDC, a perícia mostra-se desnecessária, pois, para sua constatação, basta a identificação, *ictu oculi*, do prazo indicado no produto como limite de sua validade.

No tocante aos incisos II e III, imprescindível a realização do exame pericial, visto que, para a aferição da impropriedade, nocividade ou periculosidade da mercadoria, mister a existência de prova técnica.

O relatório de apreensão emitido por fiscal da vigilância sanitária não substitui a exigência do exame pericial no produto, pois referido laudo não faz alusão ao estado de conservação da mercadoria.

Impõe-se a absolvição, quando a prova acostada no caderno processual não é suficiente a demonstrar que as mercadorias eram impróprias para o consumo.

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 novembro de 2010.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Amadeu Miranda interpôs apelação criminal contra a sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, pelo crime capitulado no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, a uma pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de detenção, no regime inicial aberto, que foi substituída por restritiva de direitos.

Busca a reforma do *decisum* hostilizado (f. 140-4), sustentando, em apertada síntese, que não há provas suficientes para fundamentar a condenação, não tendo sido realizado exame pericial para atestar a impropriedade da carne para consumo, devendo, na hipótese, ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 148-52, pugnando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às f. 165-73, opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Amadeu Miranda**,** irresignado com a sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando-o, pelo crime capitulado no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, a uma pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de detenção, no regime inicial aberto, que foi substituída por restritiva de direitos.

Segundo consta da denúncia (f. 2-4), entre no mês de agosto, no estabelecimento comercial denominado "Mercado Júnior", localizado na rua Francisco Serejo Neto, n. 1852, vila Jardim Panorama, na cidade de Amambai, em fiscalização da Vigilância Sanitária, foram apreendidos 22,439 Kg de carne bovina destinada à venda, em condições impróprias para consumo.

O pleito comporta provimento.

O tipo previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, dispõe que o *constitui crime contra as relações de consumo: vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.*

Trata-se de norma penal em branco, que deve ser integralizada pelo Código de Defesa do Consumidor, por meio do art. 18, § 6º, incisos I, II e III, que indica quais são os produtos impróprios para consumo:

> **I** - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
>
> **II** - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
>
> **III** - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Nesse ínterim, resta claro que, na hipótese do inciso I do § 6º do art. 18 do CDC, a perícia mostra-se desnecessária, pois, para sua constatação, basta a identificação, *ictu oculi*, do prazo indicado no produto como limite de sua validade.

Contudo, no tocante aos incisos II e III, os quais se amoldam ao caso em questão, imprescindível a realização do exame pericial, visto que, para a aferição da impropriedade, nocividade ou periculosidade da mercadoria, mister a existência de prova técnica.

Assim, o relatório de apreensão n. 27, de f. 11, emitido por fiscal da vigilância sanitária, não substitui a exigência do exame pericial na carne, pois referido laudo não fez alusão ao estado de conservação do produto, restringindo-se a relatar que não tinha procedência e o proprietário não conseguiu localizar a nota fiscal.

Some-se a isso, não há sequer testemunhas que tenham indicado que a carne era imprópria para consumo ou que não tinha procedência, ou ainda, que tenham sofrido algum mal por sua ingestão.

Trago à baila jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Pátrios, nesse mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ART. 7º, INCISO IX, DA LEI N. 8.137/90. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. PERÍCIA. PERÍCIA. NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Para caracterizar o elemento objetivo do crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, referente a produto "em condições impróprias ao consumo", faz-se indispensável a demonstração inequívoca da potencialidade lesiva ao consumidor final. 2. No caso, fiscais da vigilância sanitária realizaram a apreensão de 120Kg (cento e vinte quilogramas) de carne suína sem inspeção, nota fiscal ou documentos acerca de sua procedência. No entanto, as irregularidades constatadas não permitem concluir que o produto estava impróprio ao consumo, sendo imprescindível exame pericial para atestar a nocividade da mercadoria apreendida. 3. Recurso desprovido. (STJ, REsp n. 1.071.453, Proc. 2008/0145154-9, RS, Quinta Turma, Relª Minª Laurita Hilário Vaz, julgado em 4.2.2010, DJ de 1.3.2010).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ART. 7º, INCISO IX, DA LEI N. 8.137/90. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. PERÍCIA. NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Para caracterizar o elemento objetivo do crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, referente a produto "em condições impróprias ao consumo", faz-se indispensável a demonstração inequívoca da potencialidade lesiva ao consumidor final. 2. No caso, foi realizada a apreensão de carne bovina, por fiscais sanitários, por estar armazenada em desacordo com a legislação vigente. No entanto, as irregularidades constatadas não permitem concluir que o produto estava impróprio ao consumo, sendo imprescindível exame pericial para atestar a nocividade da mercadoria apreendida**.** 3. Recurso desprovido. (STJ, REsp n. 1.113.330, Proc. 2009/0056229-5, RS, Quinta Turma, Relª Minª Laurita Hilário Vaz, julgado em 4.2.2010, DJ de 1.3.2010).

APELAÇÃO. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. CARNE. PERÍCIA. NECESSIDADE. Indispensável a realização de perícia para comprovar a materialidade do delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90. Ausente laudo pericial e inutilizada a mercadoria, impossível sanar-se esta falha. Absolvição sumária mantida. Apelo improvido. Unânime. (TJRS, ACr n. 70035689470, São Luiz Gonzaga, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, julgado em 12.8.2010, DJERS de 31.8.2010).

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL CRIMINAL. ABATEDOURO CLANDESTINO. ART. 7º, INCISO IX, DA LEI N. 8.137/90 E ART. 18, § 6º, INCISO II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL PARA A CONSTATAÇÃO DA IMPROPRIEDADE DA MERCADORIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Para a configuração do delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, necessária a comprovação, mediante perícia, de que a mercadoria esteja inadequada ao consumo, não bastando, in casu, a mera presunção de sua impropriedade pelo fato do abate dos bovinos ter sido realizado em abatedouro clandestino. Precedente do Pretório Excelso. 2. Recurso improvido. (STJ, REsp n. 1.050.908, Proc. 2008/0087615-2, RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 21.5.2009, DJ de 3.8.2009).

Assim, *in casu*, para a configuração do crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, necessária a comprovação, mediante perícia, de que a mercadoria é de fato inadequada ao consumo, não bastando a mera presunção de sua impropriedade pela apreensão do produto.

Em vista de tais ponderações, tenho que a absolvição da embargante é medida que se impõe.

Verifica-se, do mesmo modo, que a mesma situação afigura-se no caso dos corréus, Edemir Barbosa e Marcos Alexander Manfroi, pois também não há perícia atestando o estado de conservação e periculosidade do material apreendido (f.12-15), não havendo prova suficiente para a condenação deles.

Assim, sendo circunstância de caráter objetivo e não pessoal, nos termos do art. 580 do CPP, estendo a absolvição aos corréus Edemir Barbosa e Marcos Alexander Manfroi.

Diante do exposto, contra o parecer, dá-se provimento ao recurso de apelação interposto por Amadeu Miranda, absolvendo-o do crime tipificado no artigo 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, com efeito extensivo aos corréus Edemir Barbosa e Marcos Alexander Manfroi.

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. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 8 de novembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2008.036222-7 - Campo Grande
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – MILITAR EXCLUÍDO DAS FILEIRAS DA CORPORAÇÃO POR CRIME DE TORTURA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO E COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INOCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em ausência do trânsito em julgado da sentença condenatória que determinou a perda do cargo em virtude da prática de crime de tortura se o próprio patrono do apelante junta nos autos certidão que confirma o trânsito.

Não há ilegalidade no ato de exclusão do apelante das fileiras da corporação, pelo Comandante da PMMS, se tal ato decorreu do mero cumprimento de determinação judicial transitada em julgado, que afastou a competência deste sodalício quando a perda do cargo público ocorrer por crime de tortura.

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, 6 de dezembro de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes

Trata-se de apelação interposta por Reinaldo do Nascimento Nunes contra decisão do Comandante-Geral da PMMS que o excluiu das fileiras da corporação.

O apelante alega que não houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e que somente poderia ter sido excluído pelo Tribunal de Justiça em procedimento próprio.

O Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se pelo improvimento recursal.

O *Parquet* manifestou-se pelo conhecimento do apelo.

O Parecer Ministerial opina pelo conhecimento e improvimento recursal.

VOTO

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Trata-se de apelação interposta por Reinaldo do Nascimento Nunes contra decisão do Comandante-Geral da PMMS que o excluiu das fileiras da corporação.

O apelante alega que não houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e que somente poderia ter sido excluído pelo Tribunal de Justiça em procedimento próprio.

Primeiramente é importante fazer um breve relato dos fatos:

O recorrente foi condenado em 1ª instância à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão e perda do cargo público, pelo crime de tortura.

Consta nos autos que o apelante, em Aquidauana, sem nenhum mandado, deteve e conduziu a vítima Oscar Gonçalves de Oliveira para o Destacamento da PM, onde passou a torturá-la para que confessasse um crime ocorrido na cidade.

Inconformado, recorreu ao TJMS, onde, na 2ª Turma Criminal, nos Autos 2005.6735-9, foi mantida a condenação e a consequente perda do cargo público.

Tal decisão transitou em julgado em 7.12.2006, conforme documento juntado à f. 31 pelo próprio patrono do apelante, sendo que a exclusão ocorreu em 8.3.2008, conforme Diário Oficial n. 7.208, f. 15 dos autos.

Como se verifica, a exclusão do apelante das fileiras da corporação pelo Comandante-Geral da PMMS não possui nenhuma ilegalidade, pois esse ato decorreu do cumprimento de determinação judicial transitada em julgado na Apelação Criminal n. 2005.006735-9, que, afastando a competência do Tribunal de Justiça, sedimentou em seu acórdão que *"[...] No crime de tortura, praticado por policial em detrimento de civil, crise de natureza comum, a perda do cargo e interdição do seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada representa efeitos da condenação, nos moldes previstos no art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.455/97, sendo desnecessário o procedimento específico previsto no art. 125, § 4º, in fine, da CF, visto que tal procedimento é destinado apenas aos crimes de competência da Justiça Militar[...]".*

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. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relatora, a Exmª Srª Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadora Marilza Lúcia Fortes, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargador João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2009.016514-5 - Costa Rica
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME TRIBUTÁRIO E DE CONSUMO – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA AFASTADA – MOMENTO IMPRÓPRIO – CRIMES TRIBUTÁRIOS DO ART. 1º DA LEI N. 8.137/90 SOMENTE SE CONFIGURA APÓS O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA DÍVIDA ATIVA, O QUE NÃO OCORREU – CRIME PREVISTO NO INCISO VII DO ART. 7º A LEI N. 8.137/90 – LEI PENAL EM BRANCO EM QUE NECESSITA DE OUTRA NORMATIZAÇÃO PARA SE TORNAR TÍPICA – PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA – RECURSO PROVIDO.

Uma vez proferida a sentença, a inépcia da denúncia não pode ser objeto de apreciação, pois precluiu o direito do apelante, uma vez que a irregularidade foi sanada pela prolação da sentença.

O crime tributário previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90 somente se configura após o lançamento do crédito na dívida ativa, o que não aconteceu no caso em tela.

Nos termos do art. 114 do Código Penal, a pena de multa prescreve na modalidade retroativa em 2 anos, o que, *in casu,* ocorreu há quase seis anos.

O crime previsto no inciso VII do art. 7º da Lei n. 8.137/90 é uma lei penal em branco que, para sua tipificação, necessita de outra norma regulamentadora, o que, *in casu,* não foi apontada.

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, rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de outubro de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

Ari Foletto e Arioni Rosa de Souza foram condenados, cada um, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto pela prática do crime de fraude e omissão fiscal previsto no art. 1º, incisos I e II, todos da Lei n. 8.137/90, e à pena 10 dias multa pelo crime previsto no 7º, inciso VII, também da Lei n. 8.137/90, e à pena 3 anos e 4 meses de detenção pelo crime tipificado no inciso I do art. 1º da Lei n. 8.176/91 (venda de combustíveis em descordo com a lei).

Alega que deve ser declarada a nulidade processual por inépcia da denúncia.

Sustenta ainda que não incorreram nos crimes descritos na denúncia, e, por fim, requerem que a continuidade delitiva seja fixada no mínimo legal de 1/6.

O *Parquet* contra-arrazoa pela manutenção da sentença lançada.

O Parecer Ministerial opina pelo conhecimento e improvimento recursal.

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Ari Foletto e Arioni Rosa de Souza foram condenados, cada um, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto pela prática do crime de fraude e omissão fiscal previsto no art. 1º, incisos I e II, todos da Lei n. 8.137/90, e à pena 10 dias multa pelo crime previsto no 7º, inciso VII, também da Lei n. 8.137/90, e à pena 3 anos e 4 meses de detenção pelo crime tipificado no inciso I do art. 1º da Lei n. 8.176/91 (venda de combustíveis em descordo com a lei).

Sobre o pedido para que seja declarada a nulidade processual por inépcia da denúncia, saliento que, uma vez proferida a sentença, eventuais defeitos não poderão ser objetos de apreciação, pois possuem momento oportuno para insurgência, precluindo o direito do apelante, uma vez que sanada a irregularidade pela prolação da sentença.

Nesse sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRELIMINARES – NULIDADE – DENÚNCIA – INÉPCIA – ARGÜIÇÃO POSTERIOR À SENTENÇA – PRECLUSÃO – REJEITADA[...]. – IMPROVIDO.
>
> A inépcia da denúncia há de ser invocada antes da prolação da sentença, sob pena de preclusão.

Dessa forma, por questões processuais, afasto essa preliminar.

PASSO AO MÉRITO:

Acerca da fraude e omissão fiscal, o art. 83 da Lei n. 9.430/1996, ao dispor acerca dos crimes contra a ordem tributária consignou em seu art. 83 que *"[...] A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente[...]".*

O art. 1º da Lei n. 8.137/90, *in verbis*:

> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
>
> I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
>
> II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
>
> [...]
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa[...].

No caso em tela as condutas praticadas pelos pacientes se enquadram no art. 1º da Lei n. 8.137/90, já que foram, em tese, praticadas com a finalidade de suprimir ou reduzir tributos.

Malgrado haja forte e respeitável entendimento no sentido da viabilidade da persecução penal independente da apuração administrativa do débito fiscal do acusado, não se pode olvidar que se firmou na jurisprudência pátria o consolidado entendimento de que a prova do lançamento do crédito é imprescindível à instauração da ação penal que vise à apuração da ocorrência de crime contra a ordem tributária. Equivale dizer que a consumação do crime de sonegação fiscal só se verifica com a constituição definitiva do crédito tributário.

Isso porque, por serem considerados crimes materiais, uma vez que, no *caput*, explicita o legislador que o delito se corporifica apenas com a supressão ou a redução do tributo, tem-se que as figuras típicas descritas no art. 1º da Lei n. 8137/90 obrigatoriamente têm por pressuposto a existência de uma obrigação tributária líquida e certa, que só se perfaz com a ocorrência do lançamento tributário.

A propósito, colaciono arestos do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto:

> I. Crime material contra a ordem tributária (lei n. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei n. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. n. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo." (STF, *HC* n. 81611/SP. Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 10.12.2003, DJU de 13.5.2005, p. 6, grifei).

> "EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 83 da Lei n 9.430, de 27.12.1996. Argüição de violação ao art. 129, I da Constituição. *Notitia criminis* condicionada 'à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário'. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público. Decisão que não afeta orientação fixada no *HC* n. 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita 'representação tributária', se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. Improcedência da ação." (STF, ADIn n. 1571/UF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10.12.2003) (todos os grifos nossos).

O Superior Tribunal de Justiça, que até então se inclinava pela total independência das instâncias penal e administrativa, vem se curvando aos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em tela:

> PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO

DO TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

A impossibilidade de instauração da ação penal pela prática do crime de sonegação, enquanto não existir lançamento definitivo do tributo, decorre do descumprimento de uma condição objetiva de punibilidade.

Pendente o procedimento administrativo fiscal, não há crédito tributário exigível e, conseqüentemente, não pode ter início a persecução penal. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp n. 771.667/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 15.3.2007, DJ de 9.4.2007, p. 288).

Crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90). Crédito tributário (exigência). Esfera administrativa (Lei n. 9.430/96). Condição objetiva de punibilidade (inexistência). Nulidade (absoluta).

1. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n. 9.430/96, o prevalente entendimento é o de que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade.

2. Conseqüentemente, a ação penal pressupõe haja decisão final sobre a exigência do crédito tributário correspondente.

3. Notícia não há, no caso, de decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário.

4. Quando de caráter absoluto, a nulidade não preclui nem é considerada sanada; pode ser argüida em qualquer tempo, mesmo após a sentença condenatória recorrível.

5. *Habeas corpus* concedido a fim de se extinguir a ação penal, ressalvada a sua renovação se e quando apropriada"

(STJ, *HC* n. 39.706/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro Nilson Naves, julgado em 7.11.2006, DJ de 5.3.2007, p. 319, grifei).

Em sede de crimes contra a ordem tributária, a existência de lançamento tributário definitivo não é condição de procedibilidade da ação penal, podendo o Ministério Público utilizar outros elementos informativos da ocorrência do delito para oferecer a denúncia. (STJ, *HC* n. 14274/PR, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 4.6.2001, p. 256 JBC, vol. 47, p. 125).

É cediço que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a decisão final na esfera administrativa, a teor do art. 83, da Lei n. 9.430/96, não se constitui em condição objetiva de procedibilidade para a propositura da ação penal para apurar eventual cometimento de crime contra a ordem tributária. Todavia, a questão continua sendo objeto de acirrados debates tanto nos Tribunais quanto na Doutrina. E, recentemente, nos autos do *HC* n. 81.611/DF, o Supremo Tribunal Federal, com sua composição renovada, por decisão plenária majoritária, reformou o entendimento até então prevalecente sobre o tema. Acolhendo os judiciosos argumentos esposados pela Corte Suprema, tem-se que não há justa causa para a persecução penal do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, quando o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que a inexistência deste impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional. (STJ, *HC* n. 37959/RJ, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 29.8.2005, p. 375).

Esta Corte posicionava-se no sentido de que a representação fiscal do art. 83 da Lei n. 9.430/96 não constituía condição de procedibilidade para a propositura da ação penal tributária, entendimento revelador da independência das instâncias administrativa, civil e penal.

> O entendimento atual da Suprema Corte é no sentido de que 'nos crimes do art. 1º da Lei n. 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade [...]. (STJ, *HC* n. 56374/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 6.8.2007, p. 554).

A doutrina do tributarista Hugo de Brito Machado não destoa desse entendimento:

> [...] sem tributo devido, que a conduta do agente tenha por fim suprimir ou reduzir, não se configura o crime. (MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de Direito Penal Tributário.** São Paulo. Atlas. 2002. p. 45).

Dando anuência a este raciocínio o conceituado tributarista Edmar Oliveira Andrade Filho: "[...] *o lançamento tributário é que caracteriza o resultado nos crimes contra a ordem tributária, porquanto a exigência da exação pode sofrer diversas vicissitudes até que venha a ser declarada dívida líquida e certa"* [...]. *"Por tais razões, é livre de dúvidas que a consumação dos crimes contra a ordem tributária só pode ser afirmada depois de esgotadas todas as instâncias administrativas de que dispõe o sujeito passivo para discutir a exação"*. Isto porque o lançamento tributário, como vimos, pode perfeitamente ser desconstituído, hipótese em que desaparecerá o núcleo do tipo penal; a supressão ou redução ilegal do tributo ou contribuição (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário.** Atlas. 1995. p. 96).

Colocando uma pá de cal sobre o assunto, o STF editou a súmula n. 24 prescrevendo que *"[...] Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo [...]"*.

Pois bem, analisando o processo administrativo às f. 266-322 juntado aos autos pela própria Secretaria de Administração Tributária, notadamente à f. 320, consta que o Chefe da Unidade de Cobrança e Tributos determinou a inscrição do crédito tributário apurado na dívida ativa.

Entretanto, após essa determinação, não há qualquer prova de que esse crédito fora de fato lançado na dívida ativa, ao contrário, como se trata de cópia integral fornecida pela própria Secretaria Estadual, demonstra que não houve o devido lançamento.

Ademais, o parcelamento do crédito e todo desenrolar administrativo ocorreu após a propositura da ação.

Diante disso, conforme entendimento dominante em nossos Tribunais, não é possível a condenação dos recorrentes sem o esgotamento da via administrativa nos crimes contra a ordem tributária, pois a decisão definitiva do procedimento administrativo em que se impugna o lançamento do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade desses crimes, que modo que, antes do exaurimento desse procedimento, ou seja, enquanto não reconhecida a exigibilidade do crédito tributário e definido o respectivo valor, é descabida a condenação dos recorrentes pela pratica de crime de sonegação fiscal.

Nesse sentido, o ilustre Des. Brandes, no *HC* n. 2009.020839-7, julgado por esta Turma Criminal já decidiu que *"[...] a ausência de constituição definitiva do crédito tributário impede a persecução penal dos crimes materiais contra a ordem tributária[...]"*.

Dessa forma, considerando que somente após o lançamento do crédito tributário na dívida ativa o crime em tela se consuma, hei por bem absolver os apelantes pela atipicidade da conduta do art. 1º, incisos I e II, ambos da Lei n. 8.137/90.

Acerca do crime previsto no inciso VII do art. 7º a Lei n. 8.137/90 (induzir o consumidor a erro pela venda de combustível de outra bandeira), registro primeiramente que esse artigo possui pena alternativa de multa, que foi aplicada pelo magistrado singular em 10 dias.

Pois bem, acerca da prescrição da pena de multa, o inciso I do art. 114 do Código Penal prescreve que *"[...] A prescrição da pena de multa ocorrerá... em dois anos quando a multa for a única cominada ou aplicada [...]".*

Pois bem, no caso em tela, deve ser aplicado o mesmo instituto acerca da prescrição retroativa, de maneira que, como a denúncia foi recebida em 27 de agosto de 2003 e a sentença somente foi prolatada em 19 de Janeiro de 2009, ou seja, quase seis anos depois, resta, portanto, prescrita.

Quanto ao crime previsto no inciso I do art. 1º da Lei n. 8.176/91, que define os crimes contra a ordem econômica em relação à comercialização de combustíveis, é importante transcrever tal artigo, e assim o faço, *in verbis:*

> [...] Art. 1º - Constitui crime contra a ordem econômica.
>
> I – Adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, EM DESACORDO COM AS NORMAS ESTABELECIDAS NA FORMA DA LEI.
>
> [...]
>
> Pena: Detenção de um a cinco anos [...].

Como se verifica, trata-se de norma penal em branco, pois, para sua consumação, é necessário que seja expressamente indicado nos autos em qual norma o recorrente incidiu, o que não ocorreu em nenhum momento processual tampouco na sentença, cerceando, dessa forma, a defesa dos recorrentes e fazendo com que o fato se tornasse atípico pela ausência da indicação da norma ou regulamento infringido.

Nesse sentido, o doutrinador José Geraldo da Silva, em **Leis Especiais Anotadas**, 11. ed., f. 284, leciona que *"[...] o tipo penal trata de norma penal em branco em sentido estrito, em face do conteúdo complementar advir de outra instância legal, que não a da norma primária incompleta. Os artigos 8º e 9º da Lei n. 9.478/97, especificam que a ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo[...]",* ratificando o supraversado.

Dessa forma, contra o Parecer, absolvo os apelantes ARI FOLETTO e ARIONI ROSA DE SOUZA dos crimes descritos na denúncia, declaro prescrita a pena de multa, e, desde já, determino a expedição de alvará para o levantamento da fiança prestada às f. 115-6.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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 Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 4 de outubro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.022081-6 - Ivinhema
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INCÊNDIO DOLOSO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DO CRIME – IMPROCEDENTE – DEPOIMENTO DA VÍTIMA CORROBORADO PELOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS QUE CONFIRMAM QUE FOI O APELANTE QUEM ATEOU FOGO NA CASA DE SUA EX-COMPANHEIRA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em ausência de provas do crime de incêndio doloso se a palavra da vítima e das testemunhas são uníssonas e harmônicas em apontar o recorrente como aquele que ateou fogo em sua casa.

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 outubro de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

Abrahão Machado Cardoso foi condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, no regime semiaberto, e ao pagamento de 66 dias multa pelo crime de incêndio doloso (art. 250, § 1º, II, "a", do Código Penal).

Inconformado, recorre, alegando que não há provas de autoria suficientes para autorizar sua condenação e que deve ser absolvido.

O *Parquet* contra-arrazoa pela manutenção da sentença lançada.

O Parecer Ministerial opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Abrahão Machado Cardoso foi condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, no regime semiaberto, e ao pagamento de 66 dias multa pelo crime de incêndio doloso (art. 250, § 1º, II, "a", do Código Penal).

Inconformado, recorre, alegando que não há provas de autoria suficientes para autorizar sua condenação e que deve ser absolvido.

O apelante foi denunciado *"[...] porque em 20 de abril de 2003, aproximadamente 22:00 horas[...] O denunciado teria se dirigido até a casa da ex-convivente, onde após as agressões, jogou gasolina na casa da vítima ateando fogo, com total destruição da casa, fato este presenciado pelos vizinhos[...]".*

O crime de incêndio previsto no art. 250 do Código Penal prescreve que:

> [...] Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> Aumento de pena
>
> § 1º. As penas aumentam-se de um terço:
>
> II - se o incêndio é:
>
> a – Em casa habitada ou destinada à habitação[...]

A materialidade da infração penal está cabalmente comprovada pelo registro da ocorrência policial; exame de corpo de delito na vítima e laudo de exame de local f. 16-20.

A filha da vítima, Claudinéia Dias Vieira, em juízo, à f. 73, declarou que, ao chegar da igreja, viu sua mãe e o réu em luta corporal, e ele portava uma faca. A depoente intercedeu em favor da mãe, e que, posteriormente, o réu ateou fogo na casa. Os fatos se deram após a separação do casal. A razão do crime foi a recusa da vítima em deixar a casa em que morava o casal. Disse que a mãe foi ameaçada, caso não retirasse a acusação no Fórum.

A vítima Joana Dias, em juízo, à f. 123, confirmou ter sido agredida pelo ex-companheiro. Que ele tinha mandado a filha embora de casa e foi esta a razão do conflito. Disse que o réu ateou fogo na casa.

O vizinho Moisés, em juízo, à f. 124, confirma que "[...] *Estava chegando da igreja, quando ouviu o casal discutindo. Viu ele em torno da casa e depois colocou fogo. Foi o depoente que chamou a polícia e os bombeiros*[...]".

Como se verifica, os depoimentos das vítimas e testemunhas estão harmônicos e uníssonos entre si, e comprovam que foi o apelante quem ateou fogo na casa de sua ex-companheira Joana, não havendo falar em ausência de provas da autoria do crime.

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.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 4 de outubro de 2010.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.016491-0 - Miranda
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – MAUS TRATOS, ABANDONO INTELECTUAL, ABANDONO DE INCAPAZ E TORTURA – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA NO QUE TANGE AO ÚLTIMO – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE CONDENAÇÃO – RECONHECIMENTO, *EX OFFICIO*, DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NO QUE TANGE AOS DOIS PRIMEIROS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NA LEI N. 9.455/97 – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – IMPROVIDO.

Decorrido tempo superior a 2 anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, e não havendo qualquer interrupção ou suspensão de prazo, declara-se extinta a punibilidade pela prescrição retroativa em relação aos crimes de maus tratos e abandono intelectual.

Se os requisitos elementares atinentes ao delito de tortura não estão presentes, inviável é a condenação da ré.

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, rejeitar a preliminar, por maioria. Por unanimidade, improveram o recurso.

Campo Grande, 18 de outubro de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O Ministério Público Estadual, irresignado com parte da sentença de f. 111-24 – e*m que se absolveu* Silvia Xavier *da acusação de infração ao disposto no art. 1º, II e § 4º, II, da Lei n. 9.455/97, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal* – recorre a este Sodalício objetivando sua reforma, ao argumento de que há, nos autos, comprovação suficiente do cometimento do delito de tortura.

Em contrarrazões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

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.

Preliminarmente:

Da ocorrência de prescrição:

Atendo-se ao édito, verifica-se que, em relação aos delitos de maus tratos e abandono intelectual, operou-se a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

Pelo primeiro, impôs-se pena de 10 meses e 20 dias de detenção. Pelo segundo, 25 dias de detenção.

Em consonância com o disposto no art. 109, VI, do CP, em sendo a reprimenda inferior a 1 ano, a prescrição verificar-se-á em 2 anos.

Assim, considerando-se que a denúncia foi recebida em 4 de dezembro de 2007, e a sentença proferida em 4 de fevereiro de 2010, há de se reconhecer a extinção da punibilidade da ré no que tange a estes dois delitos, em estrita obediência ao disposto nos artigos 107, IV, primeira figura, c.c. 109, VI, c.c. 110, § 1.º, todos do Código Penal.

Frise-se: tal só ocorreu em razão da absurda desídia por parte do magistrado atuante perante a 2ª Vara da Comarca de Miranda. Consoante se apercebe dos termos de conclusão e despachos insertos nas páginas 105-10, o feito ficou estagnado por extenso lapso sem que se prolatasse sentença.

Da nulidade da instrução:

Segundo dispõe a Lei Federal n. 6001, de 19 de dezembro de 1973, a tutela do índio brasileiro deverá ser exercida pelo órgão federal especializado, a quem incumbe sua assistência, inclusive jurídica.

Em complemento, a Lei n. 5.371/67 (que autorizou a instituição da Fundação Nacional do Índio-FUNAI) determina em seu art. 1º, parágrafo único:

> Art. 1º [...]
>
> Parágrafo Único – A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais (grifo nosso).

Em casos como que o que aqui se apresenta, o entendimento jurisprudencial é de que a assistência especializada é compulsória. Colaciono, por oportuno, precedente desta Corte:

> O índio, não integrado à comunhão nacional, nem liberado do regime tutelar, nos termos dos art. 4º, 9º e 10º da Lei n. 6.001/73, é pessoa relativamente incapaz (art. 6º, III, do Código Civil). Por isso, não pode ser processado sem a assistência especializada da FUNAI – Fundação Nacional do Índio, desde o interrogatório. (TJMS, RSE n. 447/1985, Turma Criminal, Rel. Des. José Rizkallah, julgado em 26.6.1985, RT 600/392).

Aliás, mesmo o fato de ser eleitor, saber ler e possuir documentação de identidade civil não afasta a necessidade de tutela especial. Tal representação só cessará nas condições pré-estabelecidas nos art. 9º e 10º da Lei n. 6001/73, e não por simples declaração em sentença de que o índio penalmente é imputável. É necessário procedimento específico para este fim. Veja-se:

> Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

> I - idade mínima de 21 anos;
>
> II - conhecimento da língua portuguesa;
>
> III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;
>
> IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.
>
> Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.
>
> Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

A condição da recorrida, portanto, impõe um tratamento diferenciado, consistente em assistência por parte do Procurador Federal em exercício na FUNAI.

Reforça este entendimento o fato de que a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 ratifica a responsabilidade da Fundação Nacional do Índio "*pelas atividades judiciais que, de interesse individual ou coletivo dos índios, não se confundam com a representação judicial da União*" (art. 3º, que altera o disposto no § 6º do art. 11-B da Lei n. 9.028/95).

Não bastasse, a Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002 – que criou a Procuradoria-Geral Federal, transferindo todas as Procuradorias e Procuradores Federais, das Autarquias e Fundações para o âmbito dessa nova instituição – manteve a competência e as atribuições exclusivas das Procuradorias especializadas, dentre as quais, volto a citar, a da FUNAI.

A questão é que não é de livre escolha do julgador a nomeação (ou não) da defesa especial. Em geral, os defensores não se encontram qualificados para o trato com cultura tão diferenciada. Sobre o tema, cito o paradigmático voto condutor o Ministro Djaci Falcão, do STF, *in verbis*:

> No direito positivo civil, o legislador teve a preocupação de sujeitar o silvícola, relativamente incapaz a regime tutelar especial (como se vê do D. 9.214, 15.12.1911, D. 5.484, 27.484, 27.6.1928, DL 736, de 6.4.1936. D. 10.652, de 16.10.1942). que perdura enquanto não se opera a sua adaptação à vida civilizada.
>
> O eminente prof. Aníbal Bruno, cuidando dos portadores de deficiência mental, após referir-se aos oligofrênicos e surdos-mudos, emite as seguintes considerações:
>
> A essa categoria de insuficientes devem ser assimilados os silvícolas não ajustáveis ao nível cultural da vida civilizada. Não há nada aí de patológico ou teratológico, é claro, mas a ausência de adaptação à vida social do nosso nível, às normas complexas que a regulam e aos critérios de valor dos nossos julgamentos, além da existência de certas tonalidades dos processos psíquicos desses indivíduos e de certos complexos de incapacidade de entendimento e orientação volitiva na qualidade e grau exigidos pelo código. (Direito Penal. Vol. I, tomo II, p. 137, 2. ed.) (*in* RTJ, vol. 47, p. 304).

A questão é de ordem pública. O fato de ser silvícola gera, de imediato, a aplicação da norma especial, conforme §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal, dos tratados internacionais ratificados pela República, mormente quanto aos seus direitos e garantias individuais (Convenção n. 169/OIT).

Assim, mesmo que se conclua ser a apelada penalmente punível, haverá de ser observada a legislação específica, fundada, como salientado, nos direitos e garantias individuais.

Não bastasse, verifico existir mais uma causa de nulidade à condenação.

Dispõe o art. 56 da Lei n. 6.001/73:

> Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.
>
> Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Não há, nos autos, elemento capaz de demonstrar a definitiva integração da acusada para com os costumes da sociedade em que vivemos. Não se sabe a que ponto tinha conhecimento e compreensão dos usos, costumes e deveres impostos a todos os cidadãos regularmente educados e "civilizados".

Embora, para todos nós, a conduta de abandonar incapaz seja repulsiva, não se pode constatar se a educação e a vivência a que foi submetida são suficientes para que tivesse ciência de que não poderia deixar seus filhos sozinhos – ou melhor, sob a guarda de sua filha mais velha, à época com 9 anos. E se em sua comunidade tal ato fosse costumeiro?

Não se quer aqui sustentar que a apelante era totalmente incapaz de entender o caráter dos seus atos. O que se levanta é a situação em que ela vivia e a consciência que tinha a respeito da educação de seus filhos.

Sobre o tema, vale destacar excerto do artigo denominado "Índios e imputabilidade penal", de autoria do Juiz Federal da 1ª Vara de Bauru-SP[1]:

> Diante do contido no art. 231 da Constituição e das previsões da Convenção 169 da OIT, a imputabilidade dos índios deve ser analisada pelo juiz da causa que, com auxílio de profissionais habilitados (antropólogos, sociólogos e psicólogos), com observância ao preconizado pelo art. 12, segunda parte, da Convenção 169 da OIT, deverá perquirir se o índio apontado como autor da conduta tipificada como crime, de acordo com a sua cultura, com os seus costumes, possuía condições de ao tempo do fato compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.
>
> O art. 231 da Constituição veicula o direito á alteridade, o princípio do respeito à diversidade étnica e cultural dos índios. Disso resulta inválida qualquer conclusão fundada em premissa relacionada ao grau de integração do índio aos padrões de cultura e de comportamento da sociedade não indígena para apuração da imputabilidade.

Para a aferição da imputabilidade penal dos indígenas, não importa se o índio mantém contato perene ou esporádico com membros da cultura preponderante, é necessário apenas aferir se o índio possuía ao tempo do fato, de acordo com a sua cultura e seus costumes, condições de entender o caráter ilícito previsto da lei posta pelos não índios.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se manifestou em caso semelhante:

> *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO. MENORES INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIAL. DÚVIDAS QUANTO AO NÍVEL DE INTEGRAÇÃO. NULIDADE.

1 Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/indios_imputabilidade_Penal.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2010.

> Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social para aferir a imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade.
>
> No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade, sendo indispensável a realização dos exames periciais.
>
> É necessária a realização do estudo psicossocial para se aferir qual a medida sócio-educativa mais adequada para cada um dos pacientes.
>
> Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação dos menores sem a realização do exame antropológico e psicossocial. (*HC* n. 40884/PR, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 7.4.2005).

Assim, a ausência de intimação da Procuradoria especializada – FUNAI –, bem como a ausência de elementos para se aferir o grau de integração da silvícola ensejam a nulidade da instrução desde o seu nascedouro e, consequentemente, do édito condenatório.

Portanto, *ex officio*, determino nova realização de todos os atos processuais.

Prejudicada a irresignação ministerial.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (1º vogal)

Temos vários julgados aqui no nosso estado, dizendo que são índios aculturados, não se tratando de índios propriamente ditos que são sujeitos à tutela da FUNAI.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º vogal)

Acompanho o 1º vogal.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O pedido de condenação, no que tange ao delito de tortura, não procede.

Ao analisar a acusação, dispôs o magistrado sentenciante:

> A *expert*, ao realizar o exame de corpo de delito direto, concluiu que as lesões apresentadas pela vítima Welison Alves da Silva eram compatíveis com maus tratos.
>
> Há no ordenamento jurídico, certa dificuldade de distinguir o crime de tortura do delito de maus tratos, que é mais abrange e tem como elemento subjetivo a vontade de corrigir ou de disciplinar, mas o agente age com excesso. Ao passo que na tortura o dolo é causar intenso sofrimento físico ou moral, com o fim de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
>
> Além do que, no caso de maus tratos a finalidade da conduta é a repreensão de uma indisciplina e na tortura é causar o sofrimento da vítima.
>
> Segundo as testemunhas, as vítimas Viviane e Wélison afirmaram que a acusada acorrentava este para que não fugisse de casa e as agressões ocorriam quando os serviços domésticos não saiam da forma como queria.

> Diante dos relatos, não se pode afirmar que a acusada tinha a intenção de causar o padecimento da vítima Wélison, não havendo cabais da intenção de causar deliberado sofrimento.

Como se sabe, o crime de tortura obedece ao princípio da especialidade, impondo-se a presença de todos os elementos para sua caracterização.

In casu, apesar do excesso praticado pela apelada nas correções e castigos impostos aos seus filhos menores, as agressões tinham por base a não realização dos serviços domésticos conforme se desejava e o intuito de evitar que o menor fugisse para fazer uso de drogas e álcool. Não há provas contundentes da intenção de martirizar as vítimas – o que, por seu turno, torna incabível a condenação nos moldes desejados.

Para elucidar a questão, Guilherme de Souza Nucci afirma traço distintivo sobre a tortura:

> [...] elemento subjetivo: é o dolo, possuindo elemento subjetivo do tipo específico, que é o de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Note-se que não se trata de submeter alguém a uma situação de mero maltrato, mas, sim, ir além disso, atingindo uma forma de ferir com prazer ou outro sentimento igualmente reles para o contexto. (*in* Lei penais e processuais penais comentadas, RT, 3. ed., 2008, p. 1091-2).

Igualmente, extrai-se da lição de Rogério Sanches Cunha:

> Além dos sujeitos, diferencia-se do inciso anterior porque refere a intenso sofrimento físico ou mental. Esta expressão não pode ser desprezada, pois engloba a idéia de um sofrimento atroz, martirizante, insuportável, que, no caso concreto, desperta certa dificuldade de aferição.
>
> O intenso sofrimento físico ou mental, aliás, é o que diferencia este tipo daquele insculpido no art. 136 do CP. (GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Org.). **Legislação Criminal Especial**, **Coleção Ciências e Criminais**, 6. vol., Coordenação, RT, 2009, p. 958).

Ora, não está a se falar de sadismo imotivado, e sim de ação cruel e excessiva com intuito corretivo e disciplinar.

À guisa de exemplo, colaciono julgado do Areópago paulista:

> TJSP: 'Se o pai cruel impunha ao filho atroz sofrimento por não aceitar o comportamento da criança, que costumeiramente fazia necessidades fisiológicas nas próprias vestes, o comportamento anormal não caracterizou, certamente, o crime de tortura que é praticado por puro sadismo imotivado e sim o de maus tratos que diz respeito ao propósito de punir para corrigir' (RT 699/308 e RJTJESP 148/280).

E gaúcho:

> DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE MAUS TRATOS. ART. 136 DO CÓDIGO PENAL. Sabe-se que o crime de tortura é aquele praticado por puro sadismo imotivado. Segundo Guilherme de Souza Nucci, o dolo específico do agente neste delito "é o de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo", acrescentando que "não se trata de submeter alguém a uma situação de mero maltrato, mas, sim, ir além disso, atingindo uma forma de ferir com prazer ou outro sentimento igualmente reles para o contexto".[2] Já o crime de maus tratos diz respeito ao propósito de punir para corrigir, o que, no meu entender, foi o que ocorreu no caso em tela. Tendo sido os agentes motivados pelo desejo de corrigir o

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: RT, 2006. p. 738.

> menor, ainda que tenham agido de forma cruel, causando sofrimento excessivo à vítima, trata-se de maus-tratos. (ACr n. 70027531235, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, julgado em 20.5.2009).

Aliás, vale destacar: quanto às declarações de que a recorrida queimava as crianças com 'pontas de mamadeiras' e 'pontas de galhos', nada restou provado, visto que o médico-perito concluiu apenas que os examinados apresentavam "cicatrizes que indicam lesão corporal cujas características são compatíveis com maus tratos" (f. 33-6).

Deste modo, ante a ausência de elementos caracterizadores do delito de tortura, a condenação, nos moldes pleiteados, é inviável.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

REJEITADA A PRELIMINAR, POR MAIORIA. POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O 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 Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 18 de outubro de 2010.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.022179-1 - Bataguaçu
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – LESÃO CORPORAL GRAVE – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL LEVE – NULIDADE DA PROVA PERICIAL – IMPROCEDENTE – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PROCEDENTE – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – REDUZIDA DE OFÍCIO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há desclassificar o delito para lesão corporal leve por insuficiência do laudo pericial, se foi realizado o laudo de exame de corpo de delito complementar suprindo as deficiências do laudo anterior.

É evidente que deva ser reconhecida a atenuante genérica de confissão espontânea, sendo esta utilizada para embasar a condenação.

Fixa-se a pena-base no mínimo legal havendo todas as circunstâncias judiciais favoráveis.

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, prover em parte o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de outubro de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Ariosvaldo Bueno foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime semiaberto, incurso no delito previsto no art. 129, § 1º, II, do Código Penal.

Inconformado, recorre a este Egrégio Tribunal, por meio da Defensoria Pública, objetivando a reforma do *decisum*.

Em suas razões (f. 231), a defesa pretende a desclassificação delito para lesão corporal leve, pois haveria nulidade no laudo pericial (f. 10). Alternativamente, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

O Ministério Público Estadual, em sede de contrarrazões (f. 242), pugna pelo improvimento do apelo.

Instada a se manifestar (f. 250), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou de igual forma.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser parcialmente provido para reconhecer a atenuante de confissão espontânea em favor do apelante.

1. DA PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE PARA LESÃO LEVE

O apelante postula a desclassificação do delito de lesão corporal grave para lesão corporal leve, sob o argumento de que haveria nulidade no laudo pericial.

Em que pese o esforço defensivo, razão não lhe assiste.

Primeiramente, insta transcrever as razões do magistrado *a quo* para afastar o reconhecimento da nulidade da prova pericial, *in verbis*:

> Com a vênia necessária ao superior entendimento da Defensoria Pública local, acredito que não subsiste a alegação de insuficiência ou falta de fundamentação do laudo pericial que atestou a lesão corporal suportada pela vítima.
>
> Acredito que a conjugação dos documentos médicos de f. 10, 12 e 41 autoriza a conclusão de que as lesões de fato ocorreram e foram graves. A fundamentação pode ser extraída do documento de f. 41, sendo que a conclusão decorre de raciocínio lógico desenvolvido pelo profissional que atendeu a vítima. Assim sendo, penso que não prevalece a alegação da defesa, devendo ser mantida a imputação pelo crime de lesão corporal grave. Afasto a alegação de ausência de fundamentação do laudo pericial.

O Procurador de Justiça, Hudson Shiguer Kinashi, aduz, e com precisão, que não há qualquer nulidade nas provas periciais colhidas nos autos, *in verbis*:

> Com efeito, observa-se do Laudo de Exame de Corpo de Delito juntado às f. 10-verso, que as lesões impingidas pelo apelante à vítima ocorreram na cabeça, no pescoço, nos membros superiores e no olho direito, sendo que, em razão do ferimento nesse olho, a vítima apresentou um quadro de "epífora com lesão do canal naso-lacrimal", como atesta a declaração médica de f. 12.
>
> Em tempo: "epífora" é a perda ou alteração da drenagem normal das lágrimas pelas vias lacrimais, conforme esclareceu o d. Representante ministerial, em suas contrarrazões (f. 243).
>
> […]
>
> No mesmo norte, o Laudo de Exame de Corpo de Delito Complementar, acostado à f. 41, descreve haver sido observadas: 1) Cicatrizes na pálpebra inferior do olho direito medindo dês milímetros; 2) Cicatrizes no tronco e tórax anterior em número de três em região do hemitórax direito; 3) cicatriz na região da nuca; 4) Dorso em número de quatorze cicatrizes, linha axilar esquerda em número de três; 5) oito cicatrizes no membro superior esquerdo; 6) duas cicatrizes no braço esquerdo", concluindo o Médico subscritor que Edvaldo Marinho dos Santos apresentava lesão corporal de natureza grave.

De fato, como bem sustentou o magistrado singular "*não subsiste a alegação de insuficiência ou falta de fundamentação do laudo pericial que atestou a lesão corporal suportada pela vítima*".

Os documentos carreados aos autos demonstram satisfatoriamente que as lesões ocasionadas na vítima foram de natureza grave.

Ademais, vale ainda ressaltar que o Ilmo. Delegado de Polícia tão somente requereu a elaboração de exame de corpo de delito complementar "*a fim de constatar o grau de gravidade da lesão e se a vítima sofreu ou não risco de morte*" (f. 39), quesito esse que não foi devidamente esclarecido no laudo de f. 10.

Pois bem, ainda que o primeiro laudo de exame de corpo de delito esteja incompleto, é legalmente permitido que a autoridade policial determine a elaboração do laudo de exame de corpo de delito complementar, conforme o art. 168, § 1º, do CPP, *in verbis*:

> Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.
>
> § 1º. No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

In casu, verifica-se do Laudo de Exame de Corpo de Delito Complementar (f. 41) que a vítima, Edvaldo Marinho dos Santos, sofreu lesão corporal de natureza grave resultando perigo de vida e tal constatação apenas supriu a contradição ou deficiência do laudo de exame de corpo de delito anterior que atestou que de fato a vítima sofreu perigo de vida, mas a natureza da lesão teria sido moderada.

Portanto, afasto o pedido de desclassificação para o delito de lesão corporal leve, uma vez que inexiste no caso em tela qualquer eventual nulidade no laudo pericial.

2. DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA

O apelante requer o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea.

Nesse sentido o pleito defensivo merece guarida.

O magistrado *a quo* utilizou do interrogatório extrajudicial do apelante para fundamentar a condenação, sendo assim, presente a atenuante de confissão espontânea.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a atenuante genérica de confissão espontânea deve ser reconhecida quando utilizada na sentença para embasar a condenação, não importando se integral ou parcial, espontânea ou não, *in verbis*:

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONFISSÃO UTILIZADA PELO MAGISTRADO. CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA PELA ATENUANTE. RECONHECIMENTO. 2. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. 3. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. 4. SUPOSTO DISPARO ACIDENTAL DA ARMA. DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS. AUSENTES PROVAS TÉCNICAS. 5. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 443 DO STJ. 6. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. Há evidente ilegalidade se o Magistrado *a quo* utilizou as confissões dos pacientes para embasar a condenação, mas deixou de reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

2. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n. 174, deste Sodalício.

3. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico "integridade física", devendo ser excluída a causa de aumento.

4. *In casu*, suposto disparo acidental da arma de fogo somente foi corroborado pelo depoimento das testemunhas, sem provas técnicas trazidas aos autos.

5. De mais a mais, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n. 443 desta Corte.

6. Ordem concedida para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, reduzindo as penas privativas de liberdade. (*HC* n. 126.108/MS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 30.6.2010, DJ de 16.8.2010).

[...]

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONFISSÃO JUDICIAL. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. PARCIALIDADE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS. CRIME DE AMEAÇA. NEGATIVA. ATENUANTE NÃO CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE.

1. Tendo o paciente, acusado de porte ilegal de arma de fogo, confessado, em juízo, a prática do delito, e sendo tais declarações utilizadas para fundamentar a condenação, merece reconhecida em seu favor a atenuante do art. 65, III, d, do CP, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo.

2. Verificado que o réu, em momento algum, confessou, ainda que parcialmente, o cometimento do crime de ameaça, seja na fase policial seja em juízo, inviável o reconhecimento da atenuante da confissão em relação a esse delito.

[...]

(*HC* n. 143.838/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17.6.2010, DJ de 2.8.2010).

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E EM JUÍZO. PARCIALIDADE. IRRELEVÂNCIA. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

1. Tendo o paciente, acusado de furto duplamente qualificado, confessado com detalhes a prática do delito, e sendo tais declarações utilizadas para fundamentar a condenação, merece ser reconhecida em seu favor a atenuante do art. 65, III, d, do CP, pouco importando

> se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo.
>
> […]
>
> (*HC* n. 146.825/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17.6.2010, DJ de 2.8.2010).

Assim, ante todo o exposto, nesse aspecto assiste razão ao apelante.

Todavia tal pretensão não causa efeito prático algum, uma vez que, de ofício, entendo que a pena-base do apelante deve ser fixada no mínimo legal. Explico:

O magistrado considerou os antecedentes como circunstância desfavorável e aumentou a pena-base em dobro.

No entanto, observando a folha de antecedentes criminais do apelante (f. 214), valendo-se do princípio do *in dubio pro reo*, vislumbro que não há qualquer processo criminal com trânsito em julgado para que sejam considerados maus antecedentes.

Portanto, não havendo nenhuma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 1 ano de reclusão.

Na segunda fase, presentes as agravantes de motivo fútil e de surpresa e a atenuante de confissão espontânea.

No concurso de agravantes e atenuantes, conforme o art. 67 do CP, majoro a pena-base do apelante em 3 meses.

Não havendo causas de aumento e de diminuição, torno a pena do apelante definitiva em 1 ano e 3 meses de reclusão.

O regime inicial será o aberto, conforme o art. 33, § 2º, c, do CP.

Não cabe a substituição, pois o crime foi cometido mediante violência à pessoa.

Diante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, e, de ofício, reduzir a pena-base ao mínimo legal, restando a pena definitiva em 1 ano e 3 meses de reclusão, em regime inicial aberto.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Discordo do abrandamento da sanção imposta.

O apelante não faz jus à aplicação da atenuante da confissão espontânea, pois em nada contribuiu para o advento da verdade real.

A minorante apenas pode ser consagrada quando o acusado confessa espontânea e integralmente a prática delitiva, somando para o surgimento da verdade real, o que não se verifica quando a autoria resta desvendada em decorrência do trabalho policial.

Ademais, houve retratação em juízo, evidenciando que, de fato, o recorrente não merece o favor legal.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso interposto por Ariosvaldo Bueno, apenas para o fim de abrandar-lhe a pena-base, afastando os maus antecedentes como circunstância judicial negativa.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, PROVERAM EM PARTE O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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, 4 de outubro de 2010.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.029502-6 - Dourados
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO – PENA – PEDIDO DE REDUÇÃO – PENA-BASE DESARRAZOADA E DESPROPORCIONAL – REDUÇÃO OPERADA – TORPEZA E CRUELDADE CONSIDERADAS COMO AGRAVANTES – INEXISTÊNCIA DE DUPLICIDADE – PROVIMENTO PARCIAL.

Mostrando-se desarrazoada e desproporcional a pena-base aplicada, opera-se a sua redução, mormente quando a maioria das circunstâncias judiciais lhe beneficia.

Não há falar em duplicidade se as qualificadoras da torpeza e crueldade foram consideradas pelo magistrado apenas como circunstâncias agravantes, na segunda fase de fixação 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, em parte, o recurso.

Campo Grande, 8 de novembro de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O acusado Nilson Barbosa Melgarejo foi condenado à pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, I, II e IV, do Código Penal.

Irresignado com a reprimenda aplicada, recorre a este Sodalício pugnando pela adequação da pena-base e alegando, ainda, a ocorrência de duplicidade nas circunstâncias (qualificadoras e agravantes).

Em contrarrazões, o apelado requer o parcial provimento do recurso apenas para adequar a pena-base aplicada, nos termos do art. 59 do Código Penal.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo improvimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso visa tão somente a reduzir a pena imposta.

Inicialmente, debela-se a defesa contra a pena-base fixada juiz sentenciante.

A propósito, ao aplicá-la, o juiz deixou assim consignado, *in verbis*:

> Passo à dosimetria da pena levando-se em consideração a incidência de três qualificadoras, de maneira que, atendendo o posicionamento doutrinário, apenas uma servirá para qualificar o crime, a dissimulação, ao passo que as demais servirão como agravantes.
>
> O réu agiu com culpabilidade elevada, representada pelo alto grau de dolo na execução do crime; registra antecedente criminal caracterizador de reincidência; sua conduta social pode ser considerada boa até o cometimento do delito, mesmo porque é pessoa trabalhadora; apresenta personalidade não voltada à prática de delitos; os motivos do crime não justificam a prática de um homicídio, dada a torpeza, a qual atuará como agravante; as circunstâncias do crime desfavorecem o réu, ante o meio cruel utilizado para a prática delitiva, o que também será considerado como agravante; as consequências do crime foram graves, mormente em razão da vida ceifada; o comportamento da vítima não justificou a prática delitiva.
>
> Assim, analisadas as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base do crime em 20 (vinte) anos de reclusão.

Nota-se que, desfavoráveis ao agente, temos apenas duas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: a culpabilidade e as consequências do crime.

Isso porque o recorrente possui apenas uma condenação transitada em julgado, considerada como reincidência na segunda fase de aplicação da pena. Logo, essa circunstância não lhe prejudica.

Também não lhe prejudicam sua conduta social e personalidade, como ressaltado pelo magistrado.

No que tange aos motivos e circunstâncias do crime, conforme ponderou o julgador, foram consideradas como agravantes (motivo torpe e meio cruel), incidindo, tal como a reincidência, na segunda fase de aplicação da reprimenda.

Com efeito, tenho que a elevação da pena-base em 8 (oito) anos acima do mínimo, ficando em 20 (vinte) anos de reclusão, mostra-se desarrazoada e desproporcional, razão pela qual a reduzo em 6 (seis) anos, quedando-se, nessa primeira fase, em 14 (quatorze) anos de reclusão.

Por outro lado, inexiste a alegada duplicidade nas circunstâncias (qualificadoras e agravantes), porquanto os motivos e circunstâncias do crime não influenciaram na pena-base, somente agravaram a reprimenda na fase seguinte.

Nunca é demais relembrar a fundamentação do magistrado na fixação da pena-base. Vejamos:

> [...] os motivos do crime não justificam a prática de um homicídio, dada a torpeza, a qual atuará como agravante; as circunstâncias do crime desfavorecem o réu, ante o meio cruel utilizado para a prática delitiva, o que também será considerado como agravante;[...] (grifei)

Conclui-se, então, que o agravamento da pena em 5 (cinco) anos de reclusão, operado na segunda fase da dosimetria, não merece qualquer reparo, visto que foi reconhecida em favor do apelante a atenuante da confissão espontânea, assim como as agravantes da reincidência, torpeza e meio cruel.

Ante o exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena-base imposta, ficando o recorrente Nilson Barbosa Melgarejo definitivamente condenado à pena de 19 (dezenove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, I, II e IV, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM, EM PARTE, O 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 Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 8 de novembro de 2010.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Mandado de Segurança n. 2010.007560-6 031
Apelação Cível n. 2010.015890-0.....040
Apelação Cível n. 2010.029715-4.....044

Divoncir Schreiner Maran

Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2009.026870-2/0001-00.....046
Apelação Cível n. 2010.007130-9.....053
Apelação Cível n. 2010.026080-3.....061

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2010.022876-4 067
Agravo n. 2010.023202-4 078
Apelação Cível n. 2010.027241-3.....082

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2010.001580-6.....088
Apelação Cível n. 2010.001809-1.....094
Apelação Cível n. 2010.028691-7.....099

Hildebrando Coelho Neto

Mandado de Segurança n. 2010.013082-3 103
Conflito de Competência n. 2010.016550-3.....114
Mandado de Segurança n. 2010.024742-7 119

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2009.012144-2.....126
Apelação Cível n. 2009.018199-8 131
Apelação Cível n. 2010.035623-8.....136

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2008.012971-3.....140
Apelação Cível n. 2008.024972-3.....143
Apelação Cível n. 2009.016671-4.....146

Julio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2010.029650-9 153
Apelação Cível n. 2010.034764-8 158
Apelação Cível n. 2010.035563-8 164

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2010.019205-0 167
Apelação Cível n. 2010.023571-4 170
Apelação Cível n. 2010.025212-9 175

Luiz Carlos Santini

Apelação Cível n. 2010.016387-7 179
Apelação Cível n. 2010.026309-8 185
Agravo n. 2010.030524-8 188

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2010.032098-9 190
Apelação Cível n. 2010.033323-0 194
Apelação Cível n. 2010.034030-7 199

Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível n. 2010.029990-7 204
Apelação Cível n. 2010.031606-9 209
Apelação Cível n. 2010.034589-5 212

Oswaldo Rodrigues de Melo

Mandado de Segurança n. 2009.014313-2 221
Apelação Cível n. 2010.028994-4 266
Apelação Cível n. 2010.032182-6 271

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2008.032704-1 276
Apelação Cível n. 2010.020412-8 281
Apelação Cível n. 2010.026632-4 286

Rêmolo Letteriello

Apelação Cível n. 2010.030134-3 292
Apelação Cível n. 2010.030645-3 297
Apelação Cível n. 2010.036145-9 300

Rubens Bergonzi Bossay

Mandado de Segurança n. 2010.029154-7 304
Apelação Cível n. 2010.029815-6 313
Apelação Cível n. 2010.033277-1 318

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2008.005778-0 327
Apelação Cível n. 2008.037991-6 333
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.021678-3/0001-00 340

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2010.016243-5 347
Apelação Cível n. 2010.029919-6 353
Apelação Cível n. 2010.035667-8 358

Tânia Garcia de Freitas Borges

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.032592-7 363
Agravo Regim. em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança n. 2010.020707-6/0001-01 372
Agravo Regimental em Mandado de Injunção n. 2010.032019-2/0001-00 376

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2010.022167-4 379
Apelação Cível n. 2010.031683-2 383
Agravo Regimental em Agravo n. 2010.035454-0/0001-00 390

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação Criminal n. 2010.018221-7 394

Habeas Corpus n. 2010.027131-8 398

Habeas Corpus n. 2010.034114-1 401

Claudionor Miguel Abss Duarte

Revisão Criminal n. 2010.024418-4 404

Mandado de Segurança n. 2010.027640-4 415

Apelação Criminal n. 2010.033534-4 421

Dorival Moreira dos Santos

Apelação Criminal n. 2010.018785-3 426

Apelação Criminal n. 2010.019022-1 432

Habeas Corpus n. 2010.035913-1 437

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação Criminal n. 2010.006514-8 440

Apelação Criminal n. 2010.019142-9 445

Apelação Criminal n. 2010.019491-3 452

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2009.022813-1 456

Apelação Criminal n. 2010.010850-3 462

Habeas Corpus n. 2010.029528-4 465

Manoel Mendes Carli

Mandado de Segurança n. 2010.014588-6 468

Recurso em Sentido Estrito n. 2010.028174-2 472

Apelação Criminal n. 2010.028547-2 475

Marilza Lúcia Fortes

Apelação Criminal n. 2008.036222-7 479

Apelação Criminal n. 2009.016514-5 481

Apelação Criminal n. 2010.022081-6 487

Romero Osme Dias Lopes

Apelação Criminal n. 2010.016491-0.....489
Apelação Criminal n. 2010.022179-1.....496
Apelação Criminal n. 2010.029502-6.....502

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Partilha. Prescrição ânua. Rescisão da partilha. Indenização por danos morais e materiais. Competência. Juízo das sucessões. (2010.016243-5) 347

Ação cautelar fiscal

Indisponibilidade de bens. Crédito tributário. Responsabilidade subsidiária do sócio. Não comprovação. (2010.033277-1) 318

Ação civil pública

Realização de cirurgia. Bloqueio de verbas públicas. Possibilidade. (2010.035667-8) 358

Ação declaratória

Cobrança. Compra e venda de soja. Cláusula penal. Contrato livremente pactuado. Ausência de vício aparente. Aplicação de multa contratual. Afastada. (2010.016387-7) 179

Ação de cobrança

Adicional de insalubridade. Servidor público estadual. Inexistência de direito adquirido. Verba de caráter transitório. Comissão Especial de Saúde no Trabalho. (2010.007130-9) 053

Anulação de assembleia. Associação sem fins lucrativos. Assembleia extraordinária. Aprovação de valor da quota dos associados retirantes. (2010.026309-8) 185

Cessão de crédito. Exceção de contrato não cumprido. Possibilidade. Reconvenção. Quitação contratual. Não cabimento (2010.015890-0) 040

Contrato de locação. Reparos de avarias no imóvel. Termo de vistoria final. Notificação prévia. Locatário. Ônus da prova. (2010.034030-7) 199

Demurrage. Possibilidade. Coação. Ônus do réu. Cláusula leonina. Caso fortuito. (2010.028994-4) 266

Ação de indenização

Possuidor de boa-fé. Imóvel rural. Benfeitorias necessárias e úteis. Enriquecimento ilícito. Indenização devida. (2010.026080-3) 061

Ação de restituição de valores

Enriquecimento ilícito. Doação. Coação. Vício de consentimento. Anulação da doação. Restituição devida. (2009.026870-2/0001-00) 046

Ação direta de inconstitucionalidade

Lei estadual. Violação ao livre acesso aos cargos públicos. Posse. Exigência de apresentação de título eleitoral expedido no Estado de Mato Grosso do Sul. (2007.032592-7) 363

Ação revisional

Cobrança de energia elétrica. Alegação de fraude no medidor. Perícia. Inexistência de prova quanto à fraude do consumidor. Débito apurado unilateralmente. (2010.032182-6) 271

Arrendamento rural

Rescisão contratual. Preço. Quantidade fixa de produtos. Cláusula nula. Multa contratual. Inadimplência do devedor. Benfeitorias. Ressarcimento. Indevido. (2010.030134-3) 292

Cadastro de inadimplentes

Inscrição indevida de nome. Fraude. Conta aberta em nome de pessoa falecida. Dano moral. Indenização. (2010.028691-7) 099

Concurso público

Decadência. Não caracterizada. Certidão cível positiva. Exclusão de candidato. Critério não razoável. (2010.024742-7) 119

Exame de aptidão física. Reprovação. Segunda chamada. Indeferimento. Edital. Princípio da isonomia. (2010.029154-7) 304

Conflito de competência

Indenização por danos morais. Ação revisional. Alienação fiduciária. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Conexão. Inocorrência. (2010.016550-3) 114

Contrato

Indenização. Compra e venda de imóvel a prazo. Outorga de escritura definitiva. Exceção do contrato não cumprido. Inexistência de ato ilícito. (2010.031606-9) 209

Custas judiciais

Mandado de Injunção. Custas iniciais. Isenção. Lei estadual. (2010.032019-2/0001-00) 376

Doação com encargo

Desconstituição. Possibilidade. Mora do donatário. Princípio da boa-fé objetiva. (2008.032704-1) 276

Detran

Carteira Nacional de Habilitação. Renovação. Necessidade de submissão a novo processo de habilitação. (2010.029990-7) 204

Direito autoral

Execução de obras musicais. Ecad. Lei municipal. Evento organizado pela municipalidade. Eventos sem fins lucrativos. (2010.034764-8) 158

Embargos de terceiro

Fraude à execução. Inocorrência. Imóvel adquirido de boa-fé. Ausência de registro de penhora. (2008.012971-3) 140

Fraude à execução. Imóvel adquirido após a citação do executado. Registro de penhora. Terceiro de boa-fé. Fraude não caracterizada. (2010.031683-2) 383

Imóvel dado em garantia hipotecária. Registro à margem da matrícula. Dação em pagamento. Penhora. Má-fé não comprovada. Fraude afastada. (2010.032098-9) 190

Empréstimo consignado

Ver Mandado de Segurança (2010.007560-6) 031

Erro médico

Indenização. Danos morais e materiais. Complicação cirúrgica. (2010.021678-3/0001-00) 340

Morte. Indenização. Prescrição quinquenal. Artigo 27 do CDC. Apuração do fato na esfera criminal. Desnecessidade. (2008.024972-3) 143

Execução

Título executivo extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Nulidade do título. Letra de câmbio sem aceite. Execução nula. (2010.022876-4) 067

Indenização por danos morais

Cadastro de inadimplentes. Inscrição indevida de nome. Multa. Cláusula de fidelidade. Redução do quantum indenizatório. (2010.035623-8) 136

Contrato de locação. Distrato. Coação. Dever de indenizar. Lucros cessantes. Danos morais mantidos. (2010.027241-3) 082

Noticiário em jornal eletrônico. Exercício regular do direito. Animus injuriandi não configurado. (2010.001580-6) 088

Publicação de edital. Cobrança de título. Indevida. Dano presumido. Critério para fixação. (2009.018199-8) ...131

Indenização por danos morais e materiais

Cancelamento de evento artístico. Atraso no voo que transportava os integrantes da banda. Força maior. Caso fortuito. Não configuração. Dever de indenizar. (2010.029650-9) 153

Morte de filho menor. Agressões sofridas no interior de clube. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar. Família de baixa renda. Pensão alimentícia. (2009.016671-4) 146

Programa de planejamento familiar. Inserção do dispositivo DIU. Gravidez indesejada. Menor com desenvolvimento psicomotor limitado. Nexo causal. Ausência de prova. (2008.005778-0) 327

Transporte aéreo. Cancelamento de voo. Consumidor impedido de comparecer ao enterro de seu irmão. Dever de indenizar. (2010.029715-4) 044

IPTU

Ação monitória. Compra e venda de imóvel. Débito anterior à efetivação do negócio jurídico. (2010.029815-6) 313

Mandado de Segurança

Decreto estadual. Empréstimo consignado. Folha de pagamento. Cláusula de exclusividade. Instituição financeira. Princípios da livre iniciativa e livre concorrência. (2010.007560-6) 031

Liminar. Servidor público. Demissão. Ausência de decisão motivada. (2010.020707-6/0001-01)..... 372

Tribunal de Justiça. Composição. Quinto constitucional. Vagas. Número fracionário. Arredondamento. Segurança concedida em prol da classe dos magistrados. (2009.014313-2) 221

Mandado de Injunção

Ver custas judiciais (2010.032019-2/0001-00) 376

Penhora

Ação de cumprimento de sentença. Terceiro estranho à lide. Impossibilidade. Ausência de indícios de sucessão da empresa executada. (2010.030524-8) 188

Plano de saúde

Cirurgia autorizada pelo plano. Material ligado ao ato cirúrgico. Exclusão de cobertura. Inexistência. (2010.036145-9) 300

Cobertura. Período de carência. Irrelevância. Cirurgia. Emergência. Dano moral (2010.023571-4)..... 170

Restituição de valores. Serviços não cobertos pelo plano. Custos e procedimentos necessitados pelo contratante. Dano moral. (2010.026632-4) 286

Separação judicial. Previsão de permanência do ex-cônjuge no plano de saúde. Legalidade. Relação de dependência. (2010.020412-8)..... 281

Processo administrativo

Servidor público. Demissão. Ausência de portaria de instauração, citação ou indiciamento. Ofensa à ampla defesa e ao contraditório. Nulidade absoluta. (2008.037991-6) 333

Reintegração de posse

Venda de veículo. Pagamento com cheque sem provisão de fundos. Alienação subsequente do bem. Terceiro de boa-fé. (2010.023202-4) 078

Rescisão contratual

Compra e venda. Terreno. Inadimplemento. Retenção das parcelas. Indenização pelas benfeitorias. Devida. (2010.001809-1) 094

Compra e venda. Veículo usado. Apresentação de defeitos. Não configuração de vícios ocultos. Indenização indevida. (2010.033323-0) 194

Responsabilidade civil do Estado

Prisão em flagrante. Absolvição por falta de provas. Erro judiciário não configurado. Dano moral inexistente. (2009.012144-2) 126

Registro civil Retificação. Ausência de requisitos. (2010.035563-8) 164

Seguro

Transporte de mercadorias. Avaria de carga transportada. Risco inserido na cobertura do seguro. Dever de indenizar. (2010.019205-0) 167

Veículo conduzido por terceiro. Ocorrência de sinistro. Cobertura total. Dano moral inexistente. Mero dissabor. (2010.029919-6) 353

Seguro obrigatório

DPVAT. Falecimento da vítima no decorrer do processo por situação diversa do acidente. Invalidez permanente. (2010.030645-3) 297

Servidor público

Demissão. Sanção disciplinar. Ofensa ao princípio da proporcionalidade. Não verificação. (2010.022167-4) 379

Licença para estudo remunerada. Exoneração. Obrigação de restituir os custos ao Estado. (2010.025212-9).....175

Vantagens incorporadas. Ausência de direito adquirido ao novo regime jurídico. Princípio da irredutibilidade de vencimentos. (2010.013082-3) 103

União estável

Benefício previdenciário. Pensão por morte. Servidor estadual. Direito da companheira. Termo inicial. Efeitos retroativos. (2010.034589-5) 212

Usucapião

Herdeiros. Citação. Inventário em trâmite. Representação do espólio. Não ocorrência de partilha de bens. Ausência de prejuízo aos herdeiros. (2010.035454-0/0001-00) 390

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Crime ambiental

Pesca em período defeso. Sursis processual. Momento inoportuno. Impossibilidade. Pesca como único meio de sobrevivência. Ausência de prova nesse sentido. (2010.033534-4)..... 421

Crime contra a liberdade sexual

Estupro. Menor. Presunção de violência. Indígena integrado à sociedade. Desnecessidade de tutela diferenciada. Inaplicabilidade do Estatuto do Índio. (2010.019022-1)..... 432

Crime contra as relações de consumo

Venda de mercadoria imprópria. Carne. Perícia. Necessidade. (2010.028547-2)..... 475

Crime contra a ordem econômica

Denúncia. Momento impróprio. Inexistência de lançamento definitivo do tributo. Impossibilidade. Prescrição. Pena da multa. (2009.016514-5)..... 481

Crime de dano qualificado

Absolvição. Autoria e materialidade comprovadas. Maus antecedentes. Conduta social. Reincidência. Pena reduzida. (2010.010850-3)..... 462

Crime de tortura

Militar excluído das fileiras da corporação. Ausência de trânsito em julgado. Inocorrência. Competência. Tribunal de Justiça. (2008.036222-7)..... 479

Execução penal

Prisão domiciliar. Moléstia grave. Não comprovação. Unificação das penas. Adequação do regime. Legalidade. (2010.027131-8)..... 398

Exercício ilegal da medicina

Conduta criminosa que contribuiu para a morte de um dos pacientes. Regime inicialmente semi-aberto. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. (2010.018785-3)..... 426

Falsificação de papéis públicos

Notas fiscais. Não caracterização. Documento particular emitido pelo contribuinte. Condenação inviável. (2010.018221-7)..... 394

Habeas corpus

Crime ambiental. Trancamento da ação penal. Atipicidade de conduta. Ordem concedida.(2010.029528-4).....465

Descumprimento das condições da liberdade provisória. Mudança de endereço sem informar o juízo. Prisão preventiva. Ordem denegada. (2010.035913-1) 437

Prisão em flagrante. Incidência criminal anterior. Prisão provisória. Preservação da ordem pública. (2010.034114-1) 401

Homicídio culposo

Médico. Imperícia. Pena. Substituição por prestação pecuniária. Valor fixado de forma exacerbada. Redução. Indenização em favor da vítima. Exclusão. (2009.022813-1) 456

Júri

Homicídio. Tentativa. Decisão contrária à prova dos autos. Crimes conexos. Porte ilegal de arma. Tráfico ilícito de entorpecentes. Princípio da soberania assegurado. (2010.006514-8) 440

Lesão corporal grave

Desclassificação. Prova pericial. Exame de delito complementar. Confissão espontânea. Atenuante configurada. (2010.022179-1) 496

Mandado de Segurança

Empresa de telefonia móvel. Quebra de sigilo de dados cadastrais. Violação do direito à intimidade. Ocorrência. Necessidade de ordem judicial. (2010.014588-6) 468

Maus tratos

Abandono intelectual. Tortura. Menores indígenas. Extinção da punibilidade. Prescrição retroativa. (2010.016491-0) 489

Pena

Fixação. Homicídio triplamente qualificado. Pena-base. Redução. Torpeza e crueldade consideradas como agravantes. Inexistência de duplicidade. (2010.029502-6) 502

Porte ilegal de arma de fogo

Absolvição. Delito configurado. Autoria e materialidade comprovadas. (2010.019491-3) 452

Prisão domiciliar

Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Réu inimputável. Liberdade. Impossibilidade. Periculosidade. Réu voltado à prática delituosa. (2010.028174-2) 472

Prova

Incêndio doloso. Autoria. Materialidade. (2010.022081-6) 487

Revisão criminal

Princípio da bagatela imprópria. Decisão contrária à evidência dos autos. Conjunto probatório incapaz de comprovar autoria e materialidade certas. Revisão procedente. (2010.024418-4) 404

Tráfico de entorpecentes

Associação para o tráfico. Caráter permanente, estável e habitual não demonstrados. Absolvição dessa conduta. Confissão espontânea. Prisão em flagrante. Possibilidade. Menoridade relativa. Impossibilidade. (2010.019142-9) 445

Veículo utilizado no transporte de droga. Alienação fiduciária com instituição financeira. Propriedade resolúvel. Perdimento de bens. Terceiro de boa-fé. (2010.027640-4) 415