Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 32 – n. 179
Janeiro a Março de 2011





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 32 - n. 179 - Janeiro-Março de 2011

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 32, n. 179

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

Capa

Secretaria 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. Luiz Carlos Santini

Vice-Presidente - Des. Hildebrando Coelho Neto

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Atapoã da Costa Feliz

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. Manoel Mendes Carli

Francisco Gerardo de Souza (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

As irregularidades intrínsecas à "Cláusula de Afunilamento" nos concursos públicos – seu enfoque constitucional. Caio Márcio de Britto. 006

Jurisprudência Cível 017

Jurisprudência Criminal 399

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 535

Jurisprudência Criminal 538

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 541

Jurisprudência Criminal 547

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

AS IRREGULARIDADES INTRÍNSECAS À "CLÁUSULA DE AFUNILAMENTO" NOS CONCURSOS PÚBLICOS – SEU ENFOQUE CONSTITUCIONAL

CAIO Márcio de BRITTO
Juiz de Direito. Especialista em Direito Tributário - UFMG
Doutorando Ciências Sociais e Jurídicas - UMSA

1. Considerações iniciais. 2. O Decreto 6.944 de 21 de agosto de 2009. 3. A inconstitucionalidade do Decreto 6.944 de 21 de agosto de 2009. 4. Das legislações que regulamentam o Concurso Público para a investidura em cargo ou emprego público. 5. Das questões de ordem real e prática. 6. A segurança jurídica. 7. A Lei 8.666/93. 8. O futuro favorável à minoria. 9. O entendimento dos tribunais. 10. Conclusão. 11. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Supremo Tribunal Federal - STF - está para analisar questão de repercussão geral relativa à validade da chamada "Cláusula de Afunilamento" em Concurso Público, objeto do RE n. 635739, no qual o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas manteve sentença concessiva de segurança proferida pela Juíza da 1ª Vara da Fazenda Estadual de Maceió, onde considerou inválida a cláusula editalícia do Concurso para Agente de Polícia Civil daquele Estado que limitava à convocação para a prova de aptidão física apenas aos candidatos mais bem classificados até o número de vagas oferecidas no edital.

Este critério de afunilamento em concursos públicos vem se tornando corriqueiro, sendo, aliás, a regra no atual contexto administrativo, o que causa preocupação ante as consequências desastrosas que podem levar o seu mau uso, além de ser flagrantemente contrária à legalidade, à legitimidade, à segurança jurídica, à licitude, à isonomia, à moralidade, à eficiência, dentre outros princípios que regulamentam a ordem administrativa constitucional instaurada sob o manto do Estado Democrático de Direito, referendados pelo trinômio: legalidade, legitimidade e licitude.

O tema é polêmico e, até o posicionamento definitivo do STF, exige atenção por parte dos operadores do direito, razão pela qual nos propusemos a externar alguns questionamentos que, se não forem úteis para a sua elucidação, servirão ao menos para enriquecer o debate.

O estudo terá como paradigma a análise da legislação infraconstitucional, sob o enfoque do Decreto 6.944, de 21 de agosto de 2009, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e da legislação constitucional estabelecida nos artigos 1º, 5º, II, 12, § 3º, 18, 21, 22, 23, 24, 37, I, II e IV, 49, 51, 52, 59, 61, § 1º, 68, 84, VI, "a" e parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

2 O DECRETO 6.944 DE 21 DE AGOSTO DE 2009

Após esta pequena introdução, adentraremos de imediato na análise do Decreto 6.944/09, o qual estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispondo sobre normas gerais relativas a concursos públicos, que assim prescreveu em seu Capítulo II, que trata do Concurso Público:

Art. 16. O órgão ou entidade responsável pela realização do concurso público homologará e publicará no Diário Oficial da União a relação dos candidatos aprovados no certame, classificados de acordo com Anexo II deste Decreto, por ordem de classificação.

§ 1o Os candidatos não classificados no número máximo de aprovados de que trata o Anexo II, ainda que tenham atingido nota mínima, estarão automaticamente reprovados no concurso público.

§ 2o No caso de realização de concurso público em mais de uma etapa, o critério de reprovação do § 1o será aplicado considerando-se a classificação na primeira etapa.

ANEXO II

QUANTIDADE DE VAGAS X NÚMERO MÁXIMO DE CANDIDATOS APROVADO

QUANTIDADE DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL POR CARGO OU EMPREGO	NÚMERO MÁXIMO DE CANDIDATOS APROVADOS
1	5
2	9
3	14
4	18
5	22
6	25
7	29
8	32
9	35
10	38
11	40
12	42
13	45
14	47
15	48
16	50
17	52
18	53
19	54
20	56
21	57
22	58
23	58
24	59
25	60
26	60
27	60
28	60
29	60
30 ou mais	duas vezes o número de vagas

Da leitura dos parágrafos transcritos acima, obtêm-se duas conclusões distintas:

A primeira, referente ao que ficou estabelecido no § 1º, de que, ao final do procedimento do concurso público, restará classificado um número máximo de aprovados, de acordo com o estabelecido no Anexo II, também transcrito acima. Trata-se, portanto, de critério final para a classificação dos candidatos aprovados, de acordo com os critérios objetivos que deverão ser estabelecidos no edital.

A segunda conclusão, referente ao que ficou estabelecido no §2º, a de que, nos concursos públicos realizados com mais de uma etapa – que pode ser considerado regra –, adotar-se-á a classificação dos candidatos da primeira etapa como critério de reprovação, ou seja, poderá a organização do concurso estabelecer um número de candidatos aptos à realização da segunda etapa, independentemente de os *não classificados* terem sido aprovados.

Nisso consiste a "Cláusula de Afunilamento" nos concursos públicos, ou seja, na possibilidade de se eliminar candidatos aprovados pelos critérios objetivos que não tenham alcançado a classificação objetivada pela Administração mediante critério discricionário, regra essa totalmente descabida, sobretudo quando se tem na espécie concurso natureza jurídica de procedimento, definido como "*sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo*"[1], o qual deverá obedecer a critérios objetivos e princípios para se alcançar este resultado.

Na *República,* Platão, antidemocrático em sua essência, já afirmava que "*apenas ao tirano é lícito praticar em público os atos escandalosos que os comuns mortais só em sonho imaginam realizar*", após denegrir os atos de democracia praticados em praça pública na cidade de Atenas quando o "*povo se reunia na ágora e tomava livremente, à luz do sol, suas próprias decisões, após ter ouvido os oradores que ilustravam os diversos pontos de vista*"[2], denominando tais atos como "*teatrocracia*".

Se ainda existissem decisões tomadas em praça pública, na verdadeira ideologia do que se conheceu por democracia, qual o povo que em sã consciência aprovaria uma regra desta natureza, isto é, mesmo sabendo que um dos seus, ao ser avaliado e aprovado para servir ao Estado, não poderia continuar a demonstrar seus conhecimentos por ter o "*Príncipe*" entendido, de forma discricionária, que a ele interessaria avaliar apenas parte dos aprovados?

A democracia, regime político baseado na opinião pública[3], não admite esse tipo de conduta, razão pela qual nenhuma legitimidade há em regras totalmente contrárias ao que se denominou chamar de razoável, justo.

Estabelecida esta premissa, faz-se necessário ressaltar que a Constituição Federal de 1988 abrangeu o assunto em seu artigo 37, I, II e IV, assim prescrevendo:

> 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 dependente 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;

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros. p. 412.

2 BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

3 REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

> IV – durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira (grifos não existem no original).

Vê-se na leitura do inciso II do artigo 37, transcrito acima, que o legislador constitucional definiu a investidura em cargo ou emprego público mediante aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com o que a lei estabelece, seja em decorrência do *caput* do artigo, seja em decorrência da própria redação do referido inciso.

Dito de outro modo, em matéria de concurso público para investidura de cargo ou emprego público, sempre prevalece a legalidade, gerando, por consequência, a igualdade em relação a todos os concorrentes, bem como a segurança jurídica de saberem que serão avaliados mediante critérios impessoais, morais, públicos e eficientes.

Da mesma forma, durante o prazo do concurso, inclusive de sua prorrogação, o legislador constitucional estabeleceu que os aprovados devessem ser convocados com prioridade sobre novos concursados, não fazendo referência alguma ao "classificado", não podendo o legislador ordinário e muito menos a Administração restringir o seu alcance.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 6.944 DE 21 DE AGOSTO DE 2009

Não se pode dizer que o Decreto 6.944/09 se enquadra na definição de lei exigida pelo legislador constituinte para regulamentar a realização de concurso público para investidura em cargo ou emprego público.

É que referido Decreto foi editado pelo Presidente da República nos termos do artigo 84, VI, alínea "*a*", da Constituição Federal, o qual estabelece competência privativa (leia-se exclusiva) ao Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre *organização e funcionamento da administração federal*, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de cargos públicos.

Esta previsão constitucional não autoriza o Presidente da República a regulamentar concurso público para ingresso em cargo ou emprego público, seja de que ordem for, inclusive, no âmbito federal, uma vez que de lei não se trata, conforme exige o artigo 37, II, da Constituição Federal/88.

O decreto, objeto do art. 84, VI, da CF/88 é ato administrativo, veículo de manifestação do Presidente da República para que possa exercer suas funções constitucionais precípuas, inclusive para veiculação de regulamentos, a fim de se efetivar a fiel execução da lei.

Nem mesmo a competência do Congresso Nacional para criar, transformar e extinguir cargos, empregos e funções públicas (art. 48, X), as quais, no âmbito da administração federal serão executadas mediante decreto do Presidente da República, abrange a competência para legislar sobre concurso público para investidura em cargo e emprego público, já que, conforme dito acima, a intenção do legislador constitucional foi a de ofertar condições ao Presidente da República para que, na qualidade de Chefe de Governo, pudesse organizar internamente o "*Palácio*", sem nenhuma referência ao administrado, destinatário imediato do concurso público.

Sim, porque, de fato e de direito, o destinatário imediato do concurso público não é o Estado ou o agente público, mas a população que preencha os requisitos exigidos em lei para a investidura em cargo ou emprego público, como, por exemplo, a exigência de pelo menos 3 (três) anos de atividade jurídica para que o bacharel em direito possa ingressar na carreira da Magistratura (art. 93, I, CF/88).

Portanto, a lei a que se referiu o legislador constitucional no artigo 37, *caput* e inciso II, é lei em sentido formal, sem possibilidade alguma de vinculação a ato administrativo de competência do Presidente da República nos termos do art. 84, VI, "*a*", da CF conforme ocorreu com o Decreto 6.944/09 de 21 de agosto de 2009.

Resta, portanto, a conclusão de que referido decreto está maculado pela pecha da inconstitucionalidade em seus artigos que regulamentam o Concurso Público, o que implica dizer, da mesma forma, que todas as cláusulas previstas em editais de concurso que seguem a mesma disciplina, em todos os níveis da federação, sobretudo em relação ao que se denominou chamar de "Cláusula de Afunilamento", estão eivadas do vício da inconstitucionalidade.

4 DAS LEGISLAÇÕES QUE REGULAMENTAM O CONCURSO PÚBLICO PARA A INVESTIDURA EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO

Importante dizer que não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma lei que regulamente o Concurso Público para investidura em cargo ou emprego público nos termos do art. 37, II, da CF. Em razão disso, a única legislação infraconstitucional que poderá, por analogia, servir de parâmetro para sua realização é a Lei 8.666/93, sem, no entanto, vinculá-lo ao Concurso, modalidade de licitação prevista em seu artigo 22, IV.

O que se tem por parâmetro é que o Concurso Público para investidura de cargo ou emprego público, definido no art. 37, inciso II, da Constituição Federal tem também, por finalidade, contratar aquele que melhor atenda aos interesses da administração, a fim de que possa exercer cargo ou emprego público, seja ele sob o regime de cargo público, seja ele sob o regime trabalhista, atendido ao critério do regime jurídico único previsto no *caput* do artigo 39.

Assim sendo, o Concurso Público para investidura em cargo ou emprego público, da mesma forma que a licitação regulamentada pela Lei 8.666/93, também, "*é um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem trazendo ínsita a idéia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração com vistas a celebrar um contrato administrativo, entre ela e o particular, vencedor do certame, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações*"[4], diferindo nestes tão somente pela natureza da contratação conforme por nós já mencionado.

Pode-se afirmar ainda que o Concurso Público para investidura em cargo e emprego público é um procedimento administrativo formal, o qual deverá obedecer ao *princípio da publicidade*, a fim de permitir seu acompanhamento e controle, seja em relação aos concorrentes, seja em relação aos próprios administrados, para que possam sustar ou impugnar quaisquer atos lesivos à moralidade administrativa, representar contra ilegalidade ou desvio de poder, dentre outras irregularidades.

Deverá obedecer também ao *princípio da igualdade entre os concorrentes*, posta sob dois aspectos: 1) No sentido de tratar isonomicamente todos os concorrentes, vedando discriminação entre eles; 2) No sentido de garantir a oportunidade a qualquer interessado em participar do certame que preencham os requisitos definidos em lei, inclusive para garantir o caráter competitivo da disputa.

A *vinculação ao edital* é outra regra a ser observada nos Concursos Públicos para investidura em cargos e empregos públicos, o que fez prevalecer a máxima de que "*o edital é a lei do Concurso*". A melhor interpretação desta máxima é a de que o edital não é a lei do Concurso, mas a sua cartilha, a qual deverá sempre estar vinculada à moralidade, à lei e à Constituição.

Deverá ter ainda o seu *julgamento vinculado a critérios objetivos*, sem dar oportunidade ao organizador de ferir a impessoalidade, atribuindo critérios discricionários na avaliação do que melhor atenda às necessidades

4 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15. ed. Niterói: Impetus, 2008.

da Administração, regra essa a ser observada em todas as fases do procedimento. O STF já se posicionou no sentido da necessidade da observância de critérios objetivos em concurso público até mesmo em relação ao exame psicotécnico (STF, RE 188234-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 19. 3.2002).

Há, também, observar o *princípio da moralidade*, desdobramento lógico da *licitude*, direcionando sua aplicação ao que no Estado Contemporâneo passou a se denominar *Estado de Justiça*, em conexão à *legalidade*, no *Estado de Direito* e à *legitimidade*, no *Estado Democrático de Direito*, todos eles abrangidos pela Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos, definindo o que se pode chamar de "*dimensão ética do Estado Brasileiro*" na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[5].

Como afirmou o citado autor, "*já não mais basta às conscientes e exigentes sociedades contemporâneas saberem que o Estado se submete* à vontade da maioria, *mas, ainda, que os governantes se submetem às* exigências da moral, *cobrada cada vez mais dos parlamentares, dos juízes e dos administradores, na medida em que aumentam as decepções populares com a conduta de seus dirigentes*".

Não é sem propósito que Kant[6], citado pelo mesmo autor, distinguiu a metafísica dos costumes em dois campos, especificamente o da *teoria do Direito* e o da *teoria da moral* (virtude), onde esta seria estabelecida para garantir a liberdade interna dos indivíduos, ao passo que aquela lhes asseguraria a liberdade externa na convivência social.

Ainda amparado nas lições de Diogo de Figueiredo, o que se questiona não é a moralidade na criação da lei, até porque esta não existe no caso em pauta e a que foi utilizada como fundamento do ato é de flagrante inconstitucionalidade, conforme já abordado em linhas acima. Prevalece, no entanto, a máxima de que *nem tudo o que é legal é moral*, haja vista o próprio "Estado de legalidade" na Alemanha nazista e a própria escravidão que vigorou entre nós.

O que se questiona, para afirmar a interpretação acima, é a *moralidade na aplicação da lei*, ou seja, a moral do direito, amparada por institutos de correção, tais como a *teoria da boa-fé*, a *teoria da imprevisão* e a própria *teoria do abuso de direito*, esta última estabelecida na premissa de que *"o direito não foi dado ao homem se não para fins sociais, existindo abuso em trair a sociedade que no-los deu*"[7], institutos esses que, por sua vez, embasaram outros conceitos jurídicos indeterminados, todavia impregnados de sentido moral, tais como o locupletamento ilícito, o da obrigação moral etc.

Nunca é demais ressaltar que, no atual contexto do próprio Estado Democrático de Direito a que estamos submissos, o controle da moralidade administrativa deve ter abrangência maior do que o próprio controle da legalidade do direito.

A Administração Pública é instituição de finalidade especial, a qual exige de seus agentes a submissão à lei, conforme se impõe a todos debaixo da ordem constitucional, além de uma *específica honestidade profissional*, de caráter especial em relação a qualquer um do povo, envolto na *moral* dita *comum*.

Nisso consiste o *reino da virtude* (que para Montesquieu constituía o princípio da democracia contraposto ao medo, princípio do despotismo), que nada mais é do que a própria democracia, entendida como amor pela coisa pública, voltada a cidadãos ativos, não submissos aos seus súditos como se fossem um bando de ovelhas dedicadas tão somente a passar o capim, uma ao lado da outra, não reclamando nem mesmo quando o capim é escasso.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

6 KANT, Immanuel. **Metaphisic der Sitten**. Königsberg, 1797.

7 RIPERT, Georges, **La régle morale dans lês obligations civiles**; Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. 4. ed., Paris, 1949. Tradução livre do original: "*Abuser du droit c'est alors en réalité couvir de l'apparence du droit l'acte qu'on avait le devoir de ne pas accomplir, ou tout au moins qu'il n'était possible d'accomplir qu'en indemnisant ceux qui étaint léses par cet acte".*

Esta virtude, definida na participação popular no processo eleitoral, iguala na discussão política o "*operário*" – cujo trabalho é repetitivo e concentrado no horizonte limitado da fábrica, aos mais diversos cidadãos, tornando-o membro efetivo de uma sociedade.

À Administração Pública, na posse do "*Palácio*" e mandatária da representatividade política proveniente da verdadeira democracia, impõe-se o dever de agir observando a lei, a licitude e a moral; o dever de agir honestamente, valorizando e legitimando os seus atos de acordo com a própria vontade popular.

5 DAS QUESTÕES DE ORDEM REAL E PRÁTICA

O que dizer então ao "*operário*", detentor da cidadania ativa e, como tal, representado pela Administração Pública, que ele, em condições de igualdade de concorrência com os demais membros do processo democrático, não pode prosseguir em seu processo de avaliação por critérios meramente discricionários, mesmo estando apto à contratação, dentro do que lhe foi inicialmente proposto?

Que moral é esta que estabelece o direito de apenas alguns candidatos, detentores de um melhor aproveitamento em apenas uma fase da concorrência, de continuarem a ser avaliados, quando restou demonstrado que outros candidatos, no plano objetivo, também dispõem das mesmas condições?

Como impedir que o crime organizado financie futuros ocupantes de cargos e empregos públicos, dando a eles condições de se prepararem em tempo integral, a fim de que, na realização de seus concursos, alcancem as melhores classificações em detrimento aos homens de bem, que necessitam trabalhar, além de se prepararem para o certame, onde, mesmo sendo aprovados, não obtêm o número de acertos suficientes para figurarem entre aqueles que a Administração entendeu, por mera liberalidade, como classificados?

Como estabelecer a honestidade numa regra que privilegia aqueles que dispõem de tempo, dinheiro e condição de vida voltada a alcançar uma melhor classificação em apenas uma das fases do processo de avaliação?

Qual o motivo para que o "*operário*", cidadão ativo, seja impedido de continuar demonstrando seus conhecimentos técnicos para eventual contratação com o Estado, em apenas uma fase de avaliação, depois de ter sido considerado apto dentro do critério objetivo aplicado a todos?

Quais são os verdadeiros motivos pelos quais a Administração não se dispõe a avaliar os candidatos **aprovados** na fase posterior do concurso. Terá sido tão somente por entender que o número estabelecido na classificação é suficiente para se obter a melhor proposta, ou será tão somente por questões de ordem econômica? Em que se baseou o Administrador para exercer sua ilegítima discricionariedade?

Em resposta aos questionamentos acima, alcançado o resultado mínimo exigido na avaliação, de forma alguma o candidato poderá ser impedido de continuar sendo avaliado no certame, até porque, conforme dito acima, a previsão constitucional do art. 37, IV, garante ao *aprovado* – critério objetivo – prioridade de direito, sem nenhuma referência ao "classificado", não podendo o legislador ordinário e muito menos a Administração restringir o seu alcance.

6 A SEGURANÇA JURÍDICA

Outra questão que merece destaque refere-se à segurança jurídica, necessária a toda e qualquer relação jurídica, seja ela de ordem privada, seja de ordem pública.

A considerar que é direito subjetivo do candidato ter conhecimento dos critérios objetivos sob os quais será avaliado, restará comprometida a segurança jurídica a partir do momento em que o Concurso Público para

investidura em cargo ou emprego público não estabelece esses critérios, definindo exatamente o número de acertos que o habilitará a continuar no certame.

Esta questão interfere, inclusive, em sua capacidade psicológica, deixando-o vulnerável aos seus próprios traumas, reflexo de uma verdadeira tortura psicológica a ele imposta, ferindo expressamente a sua dignidade enquanto pessoa humana.

Sem dúvida alguma, pode-se dizer que este critério leva o candidato a uma verdadeira *agonia*, definida por Aurélio como "*ânsia de morte, aflição, angústia*", esta última definida como "*grande sofrimento ou atribulação*", definições precisas da falta de segurança imposta a qualquer pessoa que se propõe a disputar uma vaga para um cargo ou emprego público.

7 A LEI 8.666/1993

A Lei 8.666/93, em seu artigo 43 e incisos, estabelece de forma geral o procedimento a ser seguido nas licitações, definido pela habilitação, abertura das propostas, julgamento e a classificação, tudo dentro de critérios objetivos, a fim de que, ao final, possa se alcançar a melhor proposta para contratar com a Administração.

Dito de outro modo, se todos os concorrentes preenchem os critérios objetivos exigidos para participar da concorrência, deverão seguir até o final do procedimento, onde, somente ao final, prevalecerá a melhor classificação.

Assim deve ocorrer em relação ao Concurso Público para investidura em cargo ou emprego público.

O edital deverá conter de forma objetiva e de fácil entendimento o número mínimo de acertos que habilitará os concorrentes a continuarem a ser avaliados.

Preenchidos estes requisitos, o candidato deverá ser avaliado em todas as etapas, definindo-se o preenchimento das vagas de acordo com a classificação obtida durante todo o certame.

Esta é a regra que se estabelece como justa, que atende aos anseios da moralidade administrativa, a fim de assegurar a todos igualdade de tratamento, critério impessoal, sem nenhum privilégio de classe, cor, raça, sexo, origem ou outra forma de discriminação (art. 3º, IV, CF/88).

8 O FUTURO FAVORÁVEL À MINORIA

A se permitir que os organizadores e a própria Administração continuem a utilizar da famigerada "*Cláusula de Afunilamento*" nos concursos públicos para investidura em cargos e empregos públicos, dentre em breve será necessário que o candidato obtenha 100% (cem por cento) de aproveitamento nas questões postas para avaliação, o que certamente privilegiará a poucos, inclusive, no âmbito externo da concorrência, pessoas físicas ou jurídicas envolvidas no *macrointeresse*, pessoal e econômico que abrange a questão, como, por exemplo, os cursos preparatórios espalhados pelo país.

Poder-se-ia questionar se esses poucos não seriam os que estariam em melhores condições de contratar com o Estado. A resposta, todavia, é negativa, já que ao Estado não interessa a contratação de gênios ou "homens máquinas".

Ao Estado interessa a contratação de homens e mulheres, dotados da essência humana, com capacidade de se relacionar intersubjetivamente em sociedade e que disponha de um grau mínimo de capacidade intelectual a ser avaliado dentro do critério objetivo necessário ao cargo ou emprego público.

É comum nos depararmos com servidores com alto grau de memorização, com elevada capacidade técnica, sem, no entanto, apresentarem uma postura ética necessária para a representação do Estado e do próprio cidadão, no perfil exigido para a realização do Estado de Justiça objetivado para o próximo milênio, de acordo com as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

O que se busca com a moralidade administrativa é o resultado, desvinculado da intenção de produzi-lo, vinculado tão somente à sua finalidade, que no caso em espécie se refere à realização do bem comum, do verdadeiro interesse público.

Mesmo que a intenção da Administração possa ser considerada boa em relação à "*Cláusula de Afunilamento*", admitindo-se esta possibilidade apenas a título de argumento, se as ações empregadas forem estranhas aos interesses públicos que a lei lhes cometeu, tais como igualdade entre as partes, impessoalidade, devido processo legal, estará ela reprovada.

O princípio da moralidade administrativa, o qual se encontra enraizado no artigo 37, *caput*, da CF/88, tem *eficácia desconstitutiva* sobre os atos, contratos e atos administrativos complexos que o violarem, eivando-os de nulidade absoluta, ainda que se apresentem como legais.

9 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Vários Tribunais do país, com enorme precisão, já explicitaram este mesmo entendimento, conforme consta nas seguintes ementas:

> [...] Uma simples regra matemática autoriza a conclusão de que aos agravantes está sendo subtraído o legítimo direito de concorrer conforme as regras do próprio edital, em pé de igualdade, o que por si só afronta os mais comezinhos princípios e garantias constitucionais. A todo evidente que o INSS não poderia alijar os concorrentes antes de se submeterem a segunda fase do certame já que classificados na 1ª fase, de acordo com os interesses e conveniências da instituição. Em caso semelhante, este Tribunal já teve oportunidade de se pronunciar quando do mandado de segurança n. 56,341/CE, o eminente Juiz Relator Lázaro Guimarães proferiu brilhante voto, no qual merece transcrição nos seguintes excertos: "O edital do concurso reserva a segunda etapa ao limite das vagas existentes, o que já contraria o regulamento do concurso segundo o qual ambas as fases são eliminatórias, daí porque se não poderia afastar do certame quem não fora aprovado". Razões de ordem puramente financeira não podem prevalecer no caso. A administração está obrigada a oferecer igualdade de oportunidades no concurso público. Por estas razões, concedo a Medida Liminar, suspendendo os efeitos do despacho lavrado do MM. Juiz Federal da 7ª Vara do Ceará, na Ação Cautelar n. 97.9663-7, para determinar os promoventes, ou seja, a permissão de participação no curso de formação, reservando-se as vagas necessárias a eventual nomeação dos concorrentes demantantes. (TRF, AI em Ação Cautelar n. 97.05.17805-4, 5ª Região).

> [...] Argumentam em resumo, que obtiveram notas 6,10 e 5,80, respectivamente, na prova objetiva da competição em foco, que são obviamente superiores à pontuação mínima (5,0) exigido pelos artigos da Resolução n. 138/2000 do Tribunal de Justiça do Estado, razão pela qual induvidosamente lograram aprovação no referido primeiro teste, não se justificando a restrição imposta pelo Desembargador Presidente da Comissão de não convocação deles impetrantes para a próxima prova, por malferir os artigos 37, II e

93, I da Constituição Federal, 78, § 3º da Lei Complementar n. 38/79 (LOMAN) e 239 do próprio Regimento Interno do Egrégio TJ/PE. Assim, revelada a súplica autora, decido. A simples constatação de que os impetrantes obtiveram na prova objetiva pontuação superior à nota mínima exigida para aprovação em cada teste eliminatório confere relevância à fundamentação da postulada mandamental em tela, haja vista a dicção diáfana do artigo 17 do Edital do concurso. A mais, avultam a plausibilidade do direito anunciado pelos impetrantes as inovações do malferimento pelo ato farpeado das disposições dos artigos 37, II e 93, I da Lei Matrix Pátria, 78, § 3º da Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN) e 29 do Regimento Interno desta Cote, que deixam na carência de legalidade, prima facie, o critério classificatório/eliminatório precógnito no artigo 18, caput, da resolução n. 138/2000, que ostenta do preceito Constitucional d que todos são iguais perante a lei. Diga-se a propósito, que obtiveram, na prova escrita, nota igual ou superior a cinco (5,0), não cuidando, como é de se notar, de qualquer outro critério de pontuação para a passagem de um teste para outro. Visível, por conseguinte, no âmago da impetração, o fumus boni iuris, a justificar a providência emergencial pretendida pelos autores. Expostas as razões, e à luz do direito invocado, há de que conceder a medida liminar pleiteada, inaudita altera pars, com a conseqüente expedição de ordem judicial à autoridade dita coatora, suspendendo-se os efeitos do ato ora impugnado, e permitindo ao candidato, ora impetrante, n Cargo de Juiz de Direito Substituto de Primeira Entrância, permanência nas etapas subseqüentes, atendidos os requisitos exigidos, e deferimento de sua inscrição definitiva. (TJPE, MS 0071100-0 – Rel. Des. Antônio Camarottio).

AGRAVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – O concurso foi dividido em fases distintas, todas eliminatórias, tendo o candidato merecido aprovação na primeira delas, obtendo o 492 lugar, conforme edital publicado no Diário Oficial do Estado de 06 de janeiro do corrente ano. Daí o critério que tem de participar das demais fases, também eliminatórias, a que não se pode sobrepor o critério utilizado para convocação apenas de candidatos que atendam as necessidades iniciais da SUSEPE, como consta do edital de convocação publicado no DOE de 08 de julho de 1999. Agravo provido. (TJRS, AGV 7000000, 1ª C. Civ. Esp., Rel. Des. Genaro José Baroni Borges, julgado em 6.4.2000).

CONCURSO PÚBLICO – FASES – NÃO REPROVAÇÃO DO CANDIDATO NAS PRECEDENTES – Direito de continuar participando das subseqüentes. (Mandado de Segurança – Deferimento – TJMG, Ac. 145.558/3.00, 5ª C. Cível, Rel. Des. Hugo Bengstsson, julgado em 7.10.1999).

10 CONCLUSÃO

Postos estes argumentos, esperamos ter colaborado para uma melhor interpretação do tema, sem o propósito de termos definido a questão.

Terá sido válido o trabalho se recebido como o início de um debate que se faz necessário diante da importância que o envolve, já que está relacionada diretamente a direitos fundamentais, envoltos, inclusive, na questão da dignidade humana, norma padrão de todos os demais direitos.

Ao STF caberá pacificar a questão.

Certamente valerá a inserção de novos fundamentos para enriquecer o debate, esperando que na prática possa servir àqueles legitimados do art. 103 da CF/88 a dele fazer uso, até para que possam provocar o STF a uma análise cautelar da matéria, visando à prevalência da garantia jurídica.

Da nossa parte, resta tão somente ratificar a inconstitucionalidade, a ilegitimidade, a ilegalidade e a falta de licitude da conhecida "Cláusula de Afunilamento" nos concursos para investidura em cargos e empregos públicos, as quais não poderão impedir que os candidatos aprovados nos referidos concursos, sob o critério objetivo que a eles regulamenta, possam continuar sendo avaliados, a fim de que demonstrem sua total capacidade para contratar com a Administração.

SMJ. É o fruto da nossa interpretação.

11 REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros. p. 412.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. PAULO, Vicente. 15. ed. Niterói: Impetus, 2008.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.008120-7 - Fátima do Sul
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – CONTRATO BANCÁRIO – INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA EM PARTE – PRESCRIÇÃO DECENAL – DIREITO DA PARTE ÀS INFORMAÇÕES SOBRE A MOVIMENTAÇÃO DA CONTA-CORRENTE – SÚMULA N. 259 DO STJ – ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.

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, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2011.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

S & Y Indústria de Roupas Ltda., Nelson Gonçalves Saltareli e João Gonçalves Saltareli recorrem da sentença proferida nos autos da ação de prestação de contas ajuizada em desfavor do Banco do Brasil S/A.

O magistrado reconheceu a ocorrência de coisa julgada sobre os fatos ocorridos até 28.7.1995, afastou a preliminar de prescrição e condenou o Banco do Brasil a prestar contas das movimentações financeiras referentes à conta corrente 20.531-1 a partir de 28.7.1995 até o último lançamento.

Os recorrentes alegam não haver ocorrido a coisa julgada, devendo a sentença ser reformada para que o Banco preste contas sobre todas as movimentações financeiras.

Sustentam, ainda, a majoração dos honorários de advogado fixados na sentença.

Em contrarrazões, o recorrido alega ilegitimidade dos apelantes para recorrerem dos honorários de advogado. No mérito, pede o improvimento do recurso.

Banco do Brasil S/A. também recorre, alegando que a coisa julgada deve alcançar todas as movimentações financeiras dos recorridos, razão pela qual lhes falta interesse processual para ajuizar a ação de prestação de contas.

Sustenta a ocorrência de prescrição quinquenal.

No mérito, afirma já haver prestado contas aos recorrentes, razão pela qual a sentença deve ser reformada, julgando-se improcedente a ação em questão.

Pede, ao final, seja afastada a condenação a honorários de advogado.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

S & Y Indústria de Roupas Ltda., Nelson Gonçalves Saltareli e João Gonçalves Saltareli recorrem da sentença proferida nos autos da ação de prestação de contas ajuizada em desfavor do Banco do Brasil S/A.

O magistrado reconheceu a ocorrência de coisa julgada sobre os fatos ocorridos até 28.7.1995, afastou a preliminar de prescrição e condenou o Banco do Brasil a prestar contas das movimentações financeiras referentes à conta corrente 20.531-1 a partir de 28.7.1995 até o último lançamento.

Os recorrentes alegam não haver ocorrido a coisa julgada, devendo a sentença ser reformada para que o Banco preste contas sobre todas as movimentações financeiras.

Sustentam, ainda, a majoração dos honorários de advogado fixados na sentença.

Em contrarrazões, o recorrido alega ilegitimidade dos apelantes para recorrerem dos honorários de advogado. No mérito, pede o improvimento do recurso.

Banco do Brasil S/A. também recorre, alegando que a coisa julgada deve alcançar todas as movimentações financeiras dos recorridos, razão pela qual lhes falta interesse processual para ajuizar a ação de prestação de contas.

Sustenta a ocorrência de prescrição quinquenal.

No mérito, afirma já haver prestado contas aos recorrentes, razão pela qual a sentença deve ser reformada, julgando-se improcedente a ação em questão.

Pede, ao final, seja afastada a condenação a honorários de advogado.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

Os recursos serão apreciados em conjunto, pois os recorrentes aduzem as mesmas matérias em suas razões de apelação.

O Banco do Brasil S/A, ao apresentar suas contrarrazões ao recurso interposto por S & Y Indústria de Roupas Ltda. e outros, argui a preliminar de ilegitimidade dos apelantes para recorrerem com relação aos honorários de advogado, porquanto somente o causídico seria legitimado recorrer.

O fato de o advogado representante da parte pleitear a majoração da verba em nome do litigante que representa não caracteriza ilegitimidade ou falta de interesse, pois os honorários constituem direito disponível de seu titular – o advogado –, correndo a ação por sua conta e risco.

Logo, não obstante a verba ser do advogado, a parte também pode recorrer pretendendo majorá-la, pois ambos têm interesse e legitimidade para pugnar pela majoração dos honorários fixados na sentença.

Esclarece-se que já está suplantada qualquer discussão acerca da legitimidade e do interesse da parte em se recorrer com relação a honorários, razão pela qual se rejeita a referida preliminar.

Com relação à coisa julgada, constata-se que já houve decisão judicial transitada em julgado a respeito dos valores movimentados na conta corrente n. 20.531-1, referente ao período de 7.11.1994 a 28.7.1995, por ocasião da ação de cobrança ajuizada pelo Banco do Brasil em desfavor de S & Y Indústria de Roupas Ltda., João Gonçalves Saltarelli e Nelson Gonçalves Saltarelli (f. 191-3).

Tratando-se de ação de cobrança por meio da qual o Banco objetivou receber valores referentes à mesma conta corrente que os recorrentes agora pretendem ver prestadas as contas, não há dúvida de que a discussão está albergada pela coisa julgada, com relação ao período de 7.11.1994 a 28.7.1.1995.

Assim, deve ser mantida a sentença que reconheceu a coisa julgada em parte.

No que concerne à prescrição, S & Y Indústria de Roupas Ltda. e outros sustentam tratar-se de direito pessoal submetido ao prazo prescricional de 20 anos, nos termos do artigo 177 do antigo Código Civil, não havendo falar em redução para 10 anos, visto que a relação contratual em tela ocorreu na vigência do Código Civil de 1916. Já o Banco do Brasil S/A alega haver ocorrido a prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC.

Esclarece-se inicialmente que o contrato de conta corrente constitui relação jurídica de natureza pessoal pela qual o contratante tem o direito de exigir esclarecimentos acerca dos lançamentos realizados unilateralmente pelo contratado.

Conforme consta dos autos, o contrato bancário foi firmado em 1994, ou seja, sob a égide do antigo Código Civil, quando o prazo prescricional para ações de natureza pessoal era de 20 anos.

Contudo, com a entrada em vigor o Código Civil de 2002, o referido prazo foi reduzido para 10 anos, devendo ser observada a regra de transição disposta no artigo 2.028 do CC, o qual dispõe que somente serão os da lei anterior se na data da entrada em vigor do CC/2002 já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Diante disso, ao constatar-se que entre 7.11.1994 e 11.1.2003 transcorreram aproximadamente 8 anos e 2 meses, não há falar em aplicação do prazo prescricional de 20 anos, mas o de 10 anos.

Nesse sentido:

> Apelação. Ação de prestação de contas. Sentença que julga a primeira fase. Conta bancária. Cumulação de ações. Interesse processual. Pedido não genérico. Decadência. Prescrição. Contratos extintos. Dilação do prazo para apresentar contas. Honorários advocatícios.
>
> [...]
>
> 3. O prazo prescricional para o correntista propor ação de prestação de contas contra o banco é de dez anos ante a regra do art. 205 do novo Código Civil, quando, por ocasião da propositura da demanda, tiver decorrido menos da metade do prazo prescricional (art. 2.028 do Código Civil vigente).
>
> [...] (TJPR, AC n. 0456430-5).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – DOCUMENTOS QUE DEVEM SER MANTIDOS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DURANTE O TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL – PRETENSÃO DE CUNHO PESSOAL – PRAZO PRESCRICIONAL DE 20 (VINTE) ANOS – ARTIGO 177, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – PRAZO PRESCRICIONAL REDUZIDO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL – APLICAÇÃO DO ARTIGO 2.028

DO NOVO CÓDIGO CIVIL – TRANSCURSO DE MAIS DA METADE DO PRAZO PRESCRICIONAL – PREVALÊNCIA DAQUELE PREVISTO NA LEI REVOGADA – RECURSO IMPROVIDO.

[…]

Nos casos em que tenha transcorrido mais da metade do prazo prescricional, deverá ser aplicado o prazo prescricional previsto na lei revogada, por força do que dispõe o artigo 2.028 do novo Código Civil. (AC n. 2006.003376-0, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 17.9.2009).

Assim, sendo a ação ajuizada somente em 23.8.2007, a prestação de contas referentes a períodos anteriores a 23.8.1997 encontra-se prescrita.

No mérito, a sentença deve ser mantida para obrigar o Banco do Brasil a prestar contas da movimentação financeira de S & Y Indústria de Roupas Ltda. e outros, pois, tratando-se de conta-corrente, o cliente tem direito à prestação de contas da instituição financeira gestora de sua conta.

Assim, é cabível o ajuizamento da ação de prestação de contas, nos termos da Súmula n. 259 do Superior Tribunal de Justiça: "*A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de uma conta corrente bancária.*"

Nem se argumente, como pretende o recorrente, que os extratos bancários por ele enviados equivalem à prestação de contas, pois servem exclusivamente à conferência dos lançamentos.

Ademais, o estabelecimento bancário possui todos os registros financeiros referentes à conta-corrente, razão pela qual tem condições de prestar contas de todas as movimentações realizadas na conta da apelada.

Por fim, quanto aos honorários de advogado, fixados em 10% sobre o valor da causa, devem ser arbitrados em 20%, percentual que se apresenta condizente com as peculiaridades do caso e suficiente para remunerar o trabalho desenvolvido pelo procurador da parte, considerando o grau de zelo profissional, a natureza e a importância da causa.

Posto isso, afastada a preliminar de ilegitimidade, dá-se provimento em parte à apelação interposta por S & Y Indústria de Roupas Ltda. e outros para majorar a verba honorária para 20% sobre o valor da causa, e dá-se provimento em parte, também, ao recurso do Banco do Brasil S/A apenas para reconhecer a ocorrência de prescrição com relação ao período anterior a 23.8.1997.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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, 25 de janeiro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.032559-4 - São Gabriel do Oeste
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR – CANCELAMENTO DE RESTRIÇÃO CADASTRAL – INTERESSE PROCESSUAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DESCRITOS NO ART. 801 DO CPC – DISCUSSÃO JUDICIAL DO DÉBITO – DEVEDOR QUE NÃO CONSIGNA O VALOR INCONTROVERSO DA DÍVIDA – 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, 11 de janeiro de 2011.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de recurso de apelação interposto por Valmor Plácido Brun e outros com relação à sentença de extinção do processo sem resolução de mérito por falta de interesse processual à ação cautelar de abstenção de inscrição e/ou retirada de nomes inscritos em órgãos de restrição de crédito.

Pedem a reforma da sentença sob a alegação de que possuem interesse processual, visto que se trata de cautelar que visa a assegurar a suspensão da restrição cadastral existente até decisão final da ação constitutiva-negativa de nulidade de cláusulas em cédula rural pignoratícia, ajuizada em conjunto com a presente ação cautelar; inversão do ônus da sucumbência.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 462).

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Valmor Plácido Brun e outros com relação à sentença de extinção do processo sem resolução de mérito por falta de interesse processual à ação cautelar de abstenção de inscrição e/ou retirada de nomes inscritos em órgãos de restrição de crédito.

Pede a reforma da sentença sob a alegação de que possuem interesse processual, visto que se trata de cautelar que visa a assegurar a suspensão da restrição cadastral existente até decisão final da ação

declaratória ajuizada; que a ação principal foi ajuizada no prazo de 30 dias, conforme determina a lei; inversão do ônus da sucumbência.

O recurso deve ser improvido.

Entretanto, a sentença deve ser mantida, mas não pelos fundamentos utilizados pelo magistrado.

O processo foi extinto pelo magistrado por falta de interesse de agir dos autores, por não haverem comprovado a inscrição de seus nomes em órgãos de restrição ao crédito e também por não haverem ajuizado a ação principal no prazo legal.

Com relação ao interesse de agir dos autores, constata-se sua presença, pois a ação cautelar é de caráter preventivo e a pretensão dos autores é evitar a inscrição de seus nomes em bancos de dados de órgãos de restrição ao crédito.

Os autores, ora recorrentes, também comprovaram a distribuição, no prazo legal, da ação declaratória para discutir o débito em questão (f. 451), havendo tal fato sido mencionado na impugnação à contestação (f. 411).

Assim, verifica-se a presença do interesse processual dos autores, ora recorrentes, para o ajuizamento da ação cautelar em questão, impondo-se, nos termos do artigo 513, § 3º, o julgamento de mérito da referida ação.

No caso, o pedido deve ser julgado improcedente, com o consequente improvimento do recurso, pois não se constata a presença dos requisitos exigidos para a procedência do pedido formulado na ação cautelar, descritos no art. 801 do CPC.

Embora os recorrentes tenham ajuizado uma ação constitutiva-negativa de nulidade de cláusulas em cédula rural pignoratícia, tal fato não é suficiente para demonstrar seu direito, pois, além da discussão judicial do débito, deveriam consignar em juízo o valor que entendem devido, requisito indispensável à comprovação do direito de não terem os seus nomes apontados em órgãos de restrição ao crédito.

A propósito, esta Quarta Turma, ao julgar o Agravo n. 2010.015164-5, decidiu pela baixa da inscrição de nome de devedor, se este consigna o valor que entende devido, *in verbis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C.C. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – CONSIGNAÇÃO DOS VALORES QUE ENTENDE DEVIDO – ADMISSIBILIDADE – DEPÓSITO QUE ELIDE A MORA – IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DO NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – RECURSO IMPROVIDO. (Ag n. 2010.015164-5, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 10.8.2010).

Assim, em que pese tenham os recorrentes ajuizado a ação principal, deixaram de promover a consignação do valor incontroverso do débito, razão pela qual não se mostra ilegal ou abusiva de seus direitos a inscrição de seus nomes pelo Banco CNH Capital S/A, ora recorrido.

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, 11 de janeiro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.034817-6 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – ILIQUIDEZ DO TÍTULO – DOCUMENTO INAPTO A EMBASAR AÇÃO DE EXECUÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

A cédula de crédito bancário não serve para embasar ação de execução, porquanto ausente a liquidez do título, não passando de um contrato de abertura de crédito em conta-corrente.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2010.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Itaú S.A. com relação à sentença proferida na ação de execução por quantia certa ajuizada em desfavor de União Comércio de Cosméticos Ltda., Osvaldo Cesar Possari e Caio Cesar Rosa Possari, consistente na extinção do processo sem resolução do mérito, por ser ilíquida a cédula de crédito bancário que embasa a execução.

Pede a reforma da sentença sob o fundamento de que a Lei n. 10.931/04 atribui à cédula de crédito bancário todos os requisitos dos títulos de créditos extrajudiciais, razão pela qual a execução deve ter seu normal prosseguimento.

Sem contrarrazões.

VOTO (EM 29.11.2010)

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Itaú S.A. com relação à sentença proferida na ação de execução por quantia certa ajuizada em desfavor de União Comércio de Cosméticos Ltda., Osvaldo Cesar Possari e Caio Cesar Rosa Possari, consistente na extinção do processo sem resolução do mérito, por ser ilíquida a cédula de crédito bancário que embasa a execução.

Pede a reforma da sentença sob o fundamento de que a Lei n. 10.931/04 atribui à cédula de crédito bancário todos os requisitos dos títulos de créditos extrajudiciais, razão pela qual a execução deve ter seu normal prosseguimento.

Sem contrarrazões.

O recurso não merece prosperar.

Isso porque a extinção do processo sem resolução do mérito ocorreu por defeito do título que embasa a ação de execução ajuizada pelo Banco recorrente, visto que a cédula de crédito bancário não possui força de título executivo extrajudicial.

Aliás, ao apelante não assiste razão quanto à alegação de que a Lei n. 10.931/04 atribui à cédula de crédito bancário todos os requisitos dos títulos executivos extrajudiciais, porquanto se tem entendido que o referido título nada mais é do que um contrato de abertura de crédito em conta-corrente.

Ressalte-se, ainda, que, embora a mencionada Lei disponha que o contrato possui força executiva, isso não é capaz de alterar a natureza do sistema geral do processo de execução.

A propósito, em caso idêntico ao dos autos, este Tribunal assim se posicionou:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE – EQUIPARAÇÃO – FALTA DE LIQUIDEZ – AUSÊNCIA DE FORÇA EXECUTIVA – SÚMULA N. 233 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Por ausência de requisito da liquidez, não se presta à execução por quantia certa o contrato que, embora denominado de cédula de crédito bancário, trata-se na verdade, de contrato de abertura de crédito em conta corrente. (TJMS, AC n. 2009.024454-6, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 12.1.2010).

Assim, constatando-se que a cédula de crédito bancário não se caracteriza como título executivo, impõe-se a manutenção da sentença.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. DORIVAL RENATO PAVAN), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 14.12.2010)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Revisor)

Com o máximo respeito, divirjo do eminente relator, firmando o entendimento de que o título que instrui a inicial é executivo extrajudicial por força de lei e, assim, não tem lugar a extinção do processo por carência de ação.

Ao julgar a Apelação Cível n. 2.010.033201-8, Dourados, de que sou o relator, assim ementei o julgado:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – EMPRÉSTIMO PESSOAL SEM SEGURO PRESTAMISTA - ENCARGOS PREFIXADOS E PAGAMENTO EM PRESTAÇÕES - EXECUTIVIDADE CONCEDIDA PELA LEI N. 10.931/2004 – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 585, VIII, DO CPC – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

A Cédula de Crédito Bancário que preenche os requisitos especificados em lei é título executivo extrajudical, quando retrata a realização de contrato de empréstimo pessoal sem seguro prestamista, em que há definição do valor financiamento, o prazo da operação, a taxa de juros efetiva ao mês e a taxa de juros efetiva ao ano, além do valor das parcelas devidas, cujo financiamento haveria de ser pago em quatro anos.

Se ocorrer o inadimplemento de alguma das parcelas do financiamento em contrato de tal natureza, o credor está legitimado a promover a execução por título extrajudicial, autorizado que se encontra, para tanto, pelo artigo 28 da Lei n. 10.931/2004 e artigo 585, inciso VIII, do CPC.

Recurso conhecido e provido para reformar a sentença objurgada, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para que a execução tenha ali seu regular prosseguimento.

E ao votar, assim me pronunciei sobre essa matéria:

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo BANCO BRADESCO S.A. em face de JOEL MACEDO, insurgindo-se contra a sentença de fls. 28/30 do douto juízo da 8ª Vara Cível da comarca de Dourados/MS, que indeferiu liminarmente a inicial da ação de execução de título extrajudicial (autos n. 002.09.017052-2), por considerar não ser título executivo o contrato de abertura de crédito.

Extrai-se dos autos que a presente demanda executiva foi proposta para a satisfação do crédito advindo de contrato formulado entre as partes, qual seja, a Cédula de Crédito Bancário – Empréstimo Pessoal sem Seguro Prestamista anexada às fls. 06/09.

Porém, o douto juízo de primeiro grau entendeu não se tratar de título executivo, porquanto teria sido constituído com "fins análogos ao contrato de abertura de crédito em conta corrente", de forma que incide ao caso os enunciados n. 233 e 258 da súmula de jurisprudência do STJ.

Penso que a sentença vergastada deve ser reformada.

Dipõe o art. 26 da Lei n. 10.931/2004 que "**a Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade".**

Conforme se observa, estabeleceu a mencionada lei que por meio da Cédula de Crédito Bancário, qualquer instituição financeira que integre o Sistema Financeiro Nacional[1] poderá conceder crédito à pessoa física ou jurídica, podendo ser pactuados, nos termos do art. 28 § 1º:

I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

1 Art. 26. [...]
§ 1o A instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

II - os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;

III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

IV - os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

V - quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;

VI - as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

VII - a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º; e

VIII - outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei.

A mesma Lei Federal, estabelece expressamente em seu art. 28, *caput*: **"***A* ***Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada****, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no* **§ 2º".**

Depreende ainda do documento que materializa o contrato em discussão, que preenche todos os requisitos exigidos por lei (art. 29 da Lei n. 10.931/2004) para a formação da Cédula de Crédito Bancário, quais sejam:

1. a denominação "Cédula de Crédito Bancário";

2. a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

3. a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

4. o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

5. a data e o lugar de sua emissão;

6. Indicação do valor fixo financiado e as parcelas do financiamento a serem pagas, com a taxa de juros respectiva.

6. a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

Esse contrato difere, em muito, da mera abertura de crédito em conta corrente, que foi taxado pela Súmula n. 233 do STJ como não sendo título executivo extrajudicial, se bem que depois da Lei n. 10.931/2004 o próprio STJ reconheceu a inaplicabilidade da mesma Súmula para os contratos denominados de Cédula de Crédito Bancária, ainda que seja na modalidade de abertura de crédito em conta corrente, como ainda demonstro abaixo.

De qualquer forma, e isto é induvidoso, o artigo 585, inciso VIII, do CPC dispõe ser título executivo todos aqueles "**que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva**", sendo esse o caso dos autos, o que demonstra o desacerto da sentença ora recorrida.

[...]

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA também já teve a oportunidade de assentar que a cédula de crédito bancária, celebrada em conformidade com a lei n. 10.931/2004, é título executivo extrajudicial e não se submete à Súmula n. 233 daquela Colenda Corte de Justiça.

Veja-se este recente aresto que, à sua vez, reporta-se a outro daquela mesma **Corte Superior:**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. LEI N. 10.931/2004.

1. A cédula de crédito bancário, mesmo quando o valor nela expresso seja oriundo de saldo devedor em contrato de abertura de crédito em conta corrente, tem natureza de título executivo, exprimindo obrigação líquida e certa, por força do disposto na Lei n. 10.931/2004. Precedente da 4ª Turma do STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1038215/SP, Quarta Turma, Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti, julgado em 26.10.2010, DJ de 19.11.2010).

No corpo do voto a eminente relator sustentou:

No que se refere ao mérito da controvérsia, esta Turma, no julgamento do AgRg no REsp n. 559.609/SP, rel. p/acórdão o ministro João Otávio Noronha, entendeu que "as cédulas de crédito bancário, instituídas pela MP n. 1.925 e vigentes em nosso sistema por meio da Lei n. 10.930/2004, são títulos que, se emitidos em conformidade com os requisitos na lei exigidos, expressam obrigação líquida e certa" (julgado em 15.12.2009, DJ de 8.3.2010).

O aludido julgado afastou, outrossim, a alegação de incidência da Súmula n. 233 desta Corte, ficando assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO PARA DAR PROSSEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO COM EFICÁCIA EXECUTIVA. SÚMULA N. 233/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. As cédulas de crédito bancário, instituídas pela MP n. 1.925 e vigentes em nosso sistema por meio da Lei n. 10.931/2004, são títulos que, se emitidos em conformidade com os requisitos na lei exigidos, expressam obrigação líquida e certa.

2. O fato de ter-se de apurar o *quantum debeatur* por meio de cálculos aritméticos não retira a liquidez do título, desde que ele contenha os elementos imprescindíveis para que se encontre quantia a ser cobrada mediante execução. Portanto, não cabe extinguir a execução aparelhada por cédula de crédito bancário, fazendo-se aplicar o enunciado n. 233 da Súmula do STJ ao fundamento de que a apuração do saldo devedor, mediante cálculos efetuados credor, torna o título ilíquido. A liquidez decorre da emissão da cédula, com a promessa de pagamento nela constante, que é aperfeiçoada com a planilha de débitos.

3. Os artigos 586 e 618, I, do Código de Processo Civil estabelecem normas de caráter geral em relação às ações executivas, inibindo o ajuizamento nas hipóteses em que o título seja destituído de obrigação líquida, certa ou que não seja exigível.

> Esses dispositivos não encerram normas sobre títulos de crédito e muito menos sobre a cédula de crédito bancário.
>
> 4. Agravo de instrumento provido para dar prosseguimento ao recurso especial.
>
> 5. Recurso especial provido.
>
> Observo que não há ofensa aos arts. 586 e 618, I, do CPC, seja porque a Lei n. 10.931/2004 é norma de mesma hierarquia e posterior, seja porque não falta à cédula de crédito bancário o caráter de expressão de obrigação líquida e certa, por força de literal disposição de lei. O art. 28, § 2º, II, da Lei n. 10.931/2004, prevê este caráter de título executivo mesmo quando o valor nela expresso seja oriundo de saldo devedor em contrato de abertura de crédito em conta corrente, disciplinando os elementos imprescindíveis para que se encontre a quantia a ser cobrada mediante execução.
>
> Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.
>
> Assim, se existe lei atribuindo força executiva à cédula de crédito bancário, como se viu das disposições acima transcritas, e se no caso presente o contrato é de empréstimo pessoal de quantia certa, para pagamento também em valor certo, com taxa de juros pré-fixadas, não tem cabimento negar executividade desse mesmo instrumento com base em argumento anterior à lei, que implicou, inclusive, na revogação da Súmula n. 233 do STJ, como se viu da transcrição dos acórdãos respectivos.
>
> Em face dessas considerações, conheço do recurso e lhe dou provimento para declarar a nulidade da sentença recorrida, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para que o feito tenha regular prosseguimento com o exame, pelo honrado juízo *a quo*, dos pedidos ali formulados pela instituição-apelante.
>
> É como voto. Des. Dorival Renato Pavan. Relator.

Anoto que os dois precedentes citados do Superior Tribunal de Justiça, bem ao contrário da hipótese por mim enfrentada, que se tratava de um crédito pessoal, trataram exatamente da "cédula de crédito bancário – contrato de abertura de crédito em conta corrente", como é o caso destes autos.

Os Ministros que votaram sustentaram que "***o fato de ter-se de apurar o quantum debeatur por meio de cálculos aritméticos não retira a liquidez do título, desde que ele contenha os elementos imprescindíveis para que se encontre a quantia a ser cobrada mediante execução. Portanto, não cabe extinguir a execução aparelhada por cédula de crédito bancário, fazendo-se aplicar o enunciado n. 233 da Súmula do STJ ao fundamento de que a apuração do saldo devedor, mediante cálculos efetuados credor, torna o título ilíquido. A liquidez decorre da emissão da cédula, com a promessa de pagamento nela constante, que é aperfeiçoada com a planilha de débitos.***"

E esses julgados são recentes, mais especificamente, ainda, deste mês de novembro de 2010, o que dimensiona qual haverá de ser o entendimento daquele Tribunal Superior sobre essa matéria, que contraria a jurisprudência unânime e dominante deste Tribunal de Justiça, ao que pude observar de nosso endereço eletrônico, havendo centenas de acórdãos em sentido contrário ao voto que agora estou externando.

Independentemente do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, meu convencimento é formado em outras razões.

Com efeito, se **a lei prevê** que a cédula de crédito bancário, **qualquer que seja sua natureza**, é título executivo extrajudicial, e se o Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, já assentou que a liquidez do título decorre da emissão da cédula, apurando-se o *quantum debeatur* por cálculo aritmético, como ocorre na espécie, a conclusão, com todo o respeito ao eminente relator, é a de que o título que instrui a inicial é

executivo extrajudicial, por força dos dispositivos legais mencionados e em decorrência do que consta no artigo 585, VIII, do CPC, inaplicável à espécie a Súmula n. 233 do STJ.

De mais a mais, outrossim, o juiz deve aplicar a lei e a lei dispõe que documentos tal como os anexados à inicial desta execução são títulos aptos a suportar o procedimento executivo, não incidindo, na espécie, a Súmula n. 233 do STJ, ainda mais, reafirmo, diante do teor e da literalidade do artigo 28 da referida Lei n. 10.931/04, que, como se viu, estabelece de forma muito peremptória que *"a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível,* ***seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º."***

Ao que se sabe, muito embora a lei esteja vigorando desde o ano de 2004, até presentemente o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade da mesma lei ou do referido dispositivo legal, de sorte que se **a lei** estabelece a condição de título executivo para documentos como o que instrui a inicial, o juiz deve aplicar o que nela está contido.

Nem me parece lícito argumentar, outrossim, que o contrato que instrui a inicial estaria *mascarando* um contrato rotativo de abertura de crédito em conta-corrente, o qual não seria dotado, então, de executividade.

Acontece que referido contrato não está mascarando nada, e representa o que ele é verdadeiramente, uma cédula de crédito bancário em que se conferiu ao devedor um limite de crédito, para ser utilizado em conta-corrente, valores esses que foram por ele apropriados, ao menos no dizer do exequente. A lei e a jurisprudência do STJ mais recente – como acima apontei – expressam que documento com tal característica passou a ser título executivo extrajudicial, desde que tenha sido celebrado em conformidade com as disposições estabelecidas na própria lei.

Observo que o artigo 29 da mesma lei retira qualquer margem de dúvida do intérprete e, em especial, do juiz, quando dispõe que:

> Art. 29. A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:
>
> I - a denominação "Cédula de Crédito Bancário";
>
> II - a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, **no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário**, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;
>
> III - a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;
>
> IV - o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;
>
> V - a data e o lugar de sua emissão;
>
> e VI - a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

A lei previu, assim, a possibilidade de criar cédula de crédito bancário da qual pode constar que, se for dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, deverá existir a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro correspondente ao crédito utilizado, crédito esse que, outrossim, como consta da própria lei, deverá ser trazido por uma planilha ofertada pelo credor, com os requisitos do artigo 28, § 2º, da lei em referência, que assim dispõe:

> Art. 28 [...]
>
> § 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:
>
> I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e
>
> II - a Cédula de Crédito Bancário **representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente** será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto [...].

A lei não deixa margem a dúvidas, portanto, de que **criou** uma nova modalidade de título executivo extrajudicial, admitida pelo artigo 585, VIII, do CPC, e que é a cédula de crédito bancário, quer seja a cédula emitida para retratar a ocorrência de um empréstimo pessoal de pagamento de quantia fixa, a prazo certo ou em prestações, quer seja emitida para retratar a ocorrência, como no caso, de um contrato de abertura de crédito em conta-corrente, em que valores foram disponibilizados pelo banco credor ao devedor, que deles, em princípio, se utilizou e não fez o pagamento respectivo, dando margem à execução, a qual deve vir atendendo aos dispositivos da referida lei de regência, criadora do título executivo extrajudicial.

Outrossim, se com a lei foi criado um título com a mesma estrutura do contrato de abertura de crédito em conta-corrente, cuja executividade foi negada pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula n. 233, os fundamentos de validade da súmula não mais podem ser agora invocados porque, bem ou mal, gostemos ou não, ***legis habemus*** **e a lei supera a Súmula.**

E se, a despeito da lei, persistem os mesmos defeitos que existiam nos contratos de abertura de crédito, em especial a questão de ser o débito representado não pela declaração da obrigação de pagamento de uma quantia certa, mas pelo saldo verificado em planilha que haverá de ser juntada pelo credor, na forma do referido artigo 28, § 2º, da Lei n. 10.931/04, que é elaborada unilateralmente pelo credor, não se deve descurar que há a obrigação de o exequente realizar os cálculos *"de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos",* facilitando, assim, a defesa do devedor.

Finalmente, não se deve deixar também de mencionar, porque é direito do devedor, tem ele **ampla possibilidade de defesa**, na medida em que tem a faculdade de opor os embargos à execução, no bojo do qual é possível promover toda e qualquer defesa que seria possível opor no processo de conhecimento, tal como consta do artigo 745, V, do CPC, sem prejuízo das demais matérias mencionadas no referido dispositivo processual, cujo rol não é exaustivo, de forma a se contrapor integralmente contra o título e contra o cálculo ofertado pelo credor, matéria a ser ali decidida pelo juiz, à luz das provas que forem então por ele apresentadas.

Em face do exposto, pedindo vênia ao eminente relator, dele divirjo para conhecer do recurso e lhe dar provimento, anulando a r. sentença, para possibilitar o prosseguimento da execução em seus ulteriores termos.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O REVISOR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2010.

***

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

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

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

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

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

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

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de dezembro de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

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

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

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

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

A medida liminar foi indeferida às f. 112-3.

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 120-32), sustentando que não há vício formal no processo legislativo e o Poder Legislativo atuou de forma a proteger a população que luta por melhores condições de vida e manutenção do mínimo necessário para a sobrevivência da família. A norma afastou um meio coercitivo de cobrança. Alegou, ainda, que a competência concorrente para legislar, prevista no art. 24, incisos V e VIII, da Constituição Federal, permite aos estados membros a edição de leis que visem à proteção do consumidor.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer (f. 137-41), opinando pela concessão da segurança.

VOTO

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

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

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

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

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

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

A medida liminar foi indeferida às f. 112-3.

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 120-32) sustentando que não há vício formal no processo legislativo e o Poder Legislativo atuou de forma a proteger a população que luta por melhores condições de vida e manutenção do mínimo necessário para a sobrevivência da família. A norma afastou um meio coercitivo de cobrança. Alegou, ainda, que a competência concorrente para legislar, prevista no art. 24, incisos V e VIII, da Constituição Federal, permite aos estados membros a edição de leis que visem à proteção do consumidor.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer (f. 137-41), opinando pela concessão da segurança.

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

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

I) Da alegada Incompetência do Estado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> A inércia da União em regulamentar as matérias constantes no art. 24 da Constituição Federal não impedirá ao Estado-membro ou ao Distrito Federal a regulamentação da disciplina constitucional (competência supletiva). Note-se que, em virtude da ausência de Lei federal, o Estado-membro ou o Distrito Federal adquirirão competência plena para a edição tanto de normas de caráter geral, quanto específico. (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas. p. 305-6)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> Pois bem, a autoridade impetrada, ao proceder a edição da Lei n. 3.311/2006, partiu da premissa de que este tipo de serviço público é considerado essencial e deve ser prestado de forma contínua, e assim sendo, não é passível de qualquer suspensão.
>
> Ocorre que o princípio da continuidade não é o único princípio presente no ordenamento, porquanto também deve-se ater ao princípio da razoabilidade e até da eqüidade, pois não existe um único usuário do serviço, mas sim um grande grupo.
>
> Vale ressaltar, também, que as concessionárias de serviço público devem respeitar alguns princípios, como: continuidade, regularidade, eficiência, segurança, generalidade etc. Dessa forma, se todos os usuários se tornassem inadimplentes e a concessionária tivesse que continuar prestando o serviço, com certeza nenhum desses princípios seria respeitado e, conseqüentemente, o ente estatal teria que retomar a atividade, em face da inviabilidade de sua prestação pela empresa particular.
>
> Além disso, se esta possibilidade realmente se concretizasse, qual seja a inadimplência em massa, estar-se-ia diante do verdadeiro enriquecimento sem causa de uma das partes, pois enquanto uma parte prestaria um serviço adequado e eficiente, a outra somente o utilizaria sem qualquer ônus ou encargo.

> Ademais, nada mais justo que se exija do usuário uma contraprestação, porquanto não seria razoável que a empresa concessionária devesse continuar ofertando o serviço mensalmente, tendo que bater às portas do judiciário todo mês para que recebesse os valores não pagos pelos usuários, de serviços efetivamente prestados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Art. 40 da Lei n. 11445/07: Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:

[...]

V – inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento de tarifas, após ter sido formalmente notificado.

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

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

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

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

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

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

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

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

Entende-se por equilíbrio ou equação econômico-financeira, conforme conceituação feliz de Marcel Waline: "[...] A relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratado e um conjunto de encargos deste, que parecem equivalentes, donde o nome da equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada." (*in* **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. p. 696-7).

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

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

Nesse interregno, a impetrante cumpriu normalmente as obrigações pactuadas, sendo induvidoso que a possibilidade de incluir o nome dos consumidores não foi considerada no momento da contratação, portanto parece pouco provável que a impetrante venha a entrar em um colapso, conforme alegado na inicial, caso a Lei n. 3.749/09 continue a irradiar seus efeitos.

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

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

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

Com efeito,

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

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

Com efeito, a Lei n. 3.749/09 não imiscui, diretamente, nas relações entre as concessionárias e usuários, prevendo apenas obrigações restritamente relacionadas à proteção do consumidor, que se localiza no campo do interesse público, por isso deve ser mantida em nosso ordenamento jurídico.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 16 de dezembro de 2009.

***

Primeira Turma Cível
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.027860-4/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DÚVIDA SUSCITADA PELA TABELIÃ DO REGISTRO DE IMÓVEIS – CANCELAMENTO DO REGISTRO DE CARTA DE ARREMATAÇÃO – VIA ADMINISTRATIVA – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PROPOSITURA DA AÇÃO AUTÔNOMA – RECURSO IMPROVIDO.

Na hipótese dos autos, já expedida a carta de arrematação e transcrita no registro imobiliário, o pedido de desfazimento da alienação somente pode ser deferido, se for o caso, em ação autônoma anulatória, nos termos do artigo 486[1] do Código de Processo Civil, e não pela via administrativa, como pretende o agravante.

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, 11 de janeiro de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

APEMAT – Crédito Imobiliário S.A. – agrava regimentalmente nos autos da Dúvida suscitada pela Tabeliã do Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande, Gisele Almeida Serra Barbosa, contra a decisão monocrática que negou seguimento a seu recurso.

Alega, em síntese, que a sentença vergastada deve ser reformada ante a negativa de vigência do artigo 250, II, da Lei n. 6.015/1973 que prevê um procedimento simplificado e meramente administrativo para o cancelamento dos atos de registro de imóveis quando requeridos pelos próprios titulares do direito de propriedade registrado, sem previsão de contenciosidade.

Esclarece que não restaram observadas as peculiaridades do caso em concreto, quais sejam, de que a interessada e requerente do registro e do cancelamento da Carta de Arrematação é a própria titular do domínio útil, do crédito imobiliário e hipotecário pendente sobre o bem imóvel *sub judice*.

Sustenta inexistir pretensão resistida sob qualquer ótica, o que reafirma o caminho do procedimento administrativo.

1 Art. 486 do CPC: "Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil."

Ao final, prequestiona dispositivo legal, culminando, ao final, por pedir a reconsideração da decisão ou sua reforma pelo órgão colegiado competente com consequente provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

O objeto do agravo é manifestamente improcedente, necessita, portanto, de pronta rejeição, circunstância que embasa o julgamento monocrático por mim exarado, nos termos do artigo 557[2], *caput*, do Código de Processo Civil que, inclusive, corrobora com o princípio da economia processual, constante do artigo 5º, inciso LXXVIII[3], da Carta Magna.

Ressalto, por oportuno, que o artigo 557 do *Codex* processual, visa, tão somente, a desobstruir pautas dos tribunais para que se agilize o julgamento das ações e dos recursos que realmente precisam ser submetidos à apreciação pelo órgão colegiado.

Superadas as acepções acima, submeto a questão à apreciação do órgão colegiado competente, mantendo a decisão recorrida nos termos que outrora proferi:

> [...] Consta dos autos que o ora apelante pleiteou junto ao Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição Imobiliária desta capital o cancelamento do registro da carta de arrematação averbada sobre a matrícula n. 18.175, o que foi negado pela Tabeliã ao argumento de que a pretensão somente poderia ser concretizada pela via judicial, uma vez transferido o domínio do bem.
>
> Ante a reiteração pela apelante do pedido perante o cartório, a Tabeliã responsável suscitou a presente dúvida.
>
> Na hipótese dos autos, já expedida a carta de arrematação e transcrita no registro imobiliário, o pedido de desfazimento da alienação somente pode ser deferido, se for o caso, em ação autônoma anulatória, nos termos do artigo 486[4] do Código de Processo Civil, e não pela via administrativa, como pretende o apelante.
>
> Impende acentuar que encerrada a praça, com a assinatura do auto, pago o preço ou prestadas as garantias, expedir-se-á ao arrematante a carta de arrematação (artigo 693, parágrafo único, CPC), que é o conjunto organizado dos documentos indispensáveis para que se possa proceder à transferência do bem imóvel no registro imobiliário. A carta de arrematação é o título formal da aquisição do bem[5].
>
> Nessa linha de raciocínio, explanam Walter Cruz Swensson, Renato Swensson Neto e Alessandra Seino Granja Swensson *in* **Lei dos Registros Públicos Comentada**, 4. Ed., 2006, Editora Juarez, p. 637, que nem todos os registros ou averbações decorrentes de atos bilaterais de vontade podem ser cancelados a requerimento dos que nele intervierem. E a seguir precisamente pontifica: não são passíveis de cancelamento os registros dos atos translativos de direitos imobiliários.

2 "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

3 "A todos é assegurado, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

4 Art. 486 do CPC: "Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil."

5 DIDIER JÚNIOR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarna e OLIVEIRA, Rafael *in* **Curso de Direito Processual Civil** – Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 649. v. 5

Corrobora o entendimento sopesado acima, a jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DESCONSTITUIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. PEDIDO EM EXECUÇÃO FISCAL. NECESSIDADE DE PROPOSITURA DA AÇÃO AUTÔNOMA DO ART. 486 DO CPC.

[...]

2. O desfazimento da arrematação por vício de nulidade, segundo a jurisprudência consagrada no Superior Tribunal de Justiça, pode ser declarado de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte interessada nos próprios autos da execução.

3. Esse posicionamento comporta exceção. Quando já houver sido expedida a carta de arrematação e transferida a propriedade do bem com o registro no Cartório de Imóveis, não é possível desconstituir a alienação nos próprios autos da execução, devendo ser realizada por meio de ação própria, anulatória, nos termos do art. 486 do CPC.

4. Na hipótese dos autos, já expedida a carta de arrematação e transcrita no registro imobiliário, o pedido de desfazimento da alienação somente poderia ser deferido, se fosse o caso, em ação autônoma anulatória, e não nos próprios autos da execução fiscal, como asseverou o Tribunal *a quo*. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público: REsp n. 426.106/MG, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJU de 11.10.2004; REsp n. 788.873/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 6.3.2006; REsp n. 577.363/SC, Relª. Minª. Denise Arruda, DJU de 27.3.2006.

5. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp n. 1006875/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 4.8.2008).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATAÇÃO. ARTIGO 694, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE MEDIANTE MERA PETIÇÃO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO, APÓS A EXPEDIÇÃO DE CARTA DE ARREMATAÇÃO. NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. DESFAZIMENTO DA ARREMATAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA (AÇÃO ORDINÁRIA). ARTIGO 486, DO CPC.

1. A arrematação, malgrado considerada perfeita, acabada e irretratável com a assinatura do auto pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou leiloeiro, pode ser desfeita, dentre outros, por vício de nulidade, ex vi do disposto no artigo 694, parágrafo único, inciso I, do CPC (redação anterior à Lei n. 11.382/2006).

2. A argüição, pelo credor, da existência de causa legal ensejadora da anulação da arrematação, após a expedição da respectiva carta (bem como quando já ocorrida a tradição do bem arrematado), demanda a propositura de ação própria, anulatória (artigo 486, do CPC) (Precedentes do STJ: REsp n. 577.363/SC, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, julgado em 7.3.2006, DJ de 27.3.2006; e MS n. 22.286/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 22.5.2007, DJ de 4.6.2007).

[...]

5. Recurso especial desprovido. (REsp n. 859614/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 17.12.2008).

Portanto, a manutenção da sentença é medida de rigor [...].

Vê-se, então, que a manutenção da decisão é medida imperativa, tanto pela juridicidade nela constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de ilidir o que expus precedentemente.

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. Joenildo de Sousa Chaves.

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

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

Campo Grande, 11 de janeiro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.034490-3 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E COMPENSAÇÃO DE VALORES – RETENÇÃO DE BENFEITORIAS ÚTEIS E VOLUPTUÁRIAS – DIREITO ASSEGURADO PELO ARTIGO 1.219 DO CÓDIGO CIVIL – CLÁUSULA CONTRATUAL RESTRITIVA – NULIDADE CONFIGURADA – MULTA MORATÓRIA – PERCENTUAL DE 10% – POSSIBILIDADE – CONTRATO FIRMADO ANTES DA LEI N. 9.298/1996 QUE ALTEROU O ARTIGO 52, § 1º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CLÁUSULA PENAL RESCISÓRIA – EQUIVALÊNCIA PARA AMBAS AS PARTES – INDENIZAÇÃO AO VENDEDOR PELA FRUIÇÃO DO IMÓVEL DURANTE O PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA – CABÍVEL – DEVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES ADIMPLIDAS DE MANEIRA IMEDIATA – SEGURO – RECOLHIMENTO NÃO PROVADO – ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO COMPROVADOS PELA PERÍCIA JUDICIAL – DEPRECIAÇÃO DO IMÓVEL – HABITE-SE – ATO CONDICIONADO AO PAGAMENTO INTEGRAL DO PREÇO CONTRATADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Assegura-se ao possuidor de boa-fé o direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis e quanto às voluptuárias a opção entre pagar e admitir a retirada é inicialmente do retomante, caso ele não exerça a opção do pagamento, nascerá o direito do possuidor de levantá-las, desde que não deteriore a coisa na qual se encontram.

Uma vez que o contrato *sub judice* foi celebrado em setembro de 1994 e o percentual de 2% para a multa moratória foi instituído somente em agosto de 1996, deve ser mantida a cláusula que prevê 10% para tanto. Precedentes STJ.

Sobressai imperioso ajustar os termos contratuais para que ambas as partes sejam equitativamente oneradas pela multa rescisória, de modo que deve prevalecer o menor percentual, ou seja, de 10% sobre o valor atualizado das parcelas pagas. Inteligência do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Prevalece o direito da construtora à indenização do que poderia auferir a título de locação, no período em que o imóvel esteve ocupado pelo comprador inadimplente.

O valor alcançado pela promitente-compradora deverá ser devolvido de imediato, pois já se integrou ao patrimônio da empresa vendedora, nada justificando que a devolução ocorra de forma parcelada.

Não provado o pagamento de valores a título de seguro, resta inviabilizada a pretensão de restituição, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Ponderados os vícios aferidos na construção do imóvel pela perícia judicial, bem como a incompletude na edificação da estrutura do condomínio, evidente a depreciação do bem.

Incabível compelir a construtora a providenciar ato condicionado ao pagamento integral do preço.

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, 11 de janeiro de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Sérgio Carlos Barbosa apela da sentença, proferida nos autos da Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito e Compensação de Valores, ajuizada em face da Construtora Degrau Ltda., que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial.

Discorre, inicialmente, sobre o cabimento dos pedidos genéricos formulados sob o argumento de versarem sobre normas de ordem pública (legislação consumerista) e interesse social.

No mérito recursal propriamente dito, sustenta a ilegalidade cláusula 6ª do contrato *sub judice*, visto que em manifesto confronto com os artigos 51, I; 53, *caput*, e 54, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Rebate o valor da multa pactuada no patamar de 10%, pois em descompasso com o previsto no artigo 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual limita a multa moratória em 2%.

Insurge-se, ainda, contra a negativa de devolução dos valores cobrados a título de seguro e não repassados à seguradora, além de agregar a assertiva de que competia à apelada o ônus de demonstrar que efetivamente repassou a quantia.

Ressalta que a perícia judicial concluiu pela existência de vícios na construção do imóvel, discrepando do entendimento do magistrado sentenciante.

Aventa a prescindibilidade da quitação do imóvel para a providência do "habite-se", porquanto decorrente da finalização da obra, tratando-se de condição para a moradia no imóvel.

Requer, por fim, o provimento recursal.

Apesar de intimado (f. 268), o apelado quedou-se inerte, conforme atesta certidão de f. 269.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Conquanto as razões recursais não sejam um primor de clareza e objetividade, com alguma boa vontade e já levando em consideração os termos da exordial, entendo preenchidos os requisitos do artigo 514, II[1], do Código de Processo Civil.

1 Art. 514 do CPC: "A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:
[...]
II – os fundamentos de fato e de direito"

Impende destacar, *a priori*, que o contrato litigado foi pactuado em 29 de setembro de 1994 (f. 36), em operação de compra e venda entre construtora e pessoa física, com evidente desequilíbrio entre as partes, de modo que incidente o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990).

O ora apelante formulou pedidos de natureza declaratória e condenatória, como admitido pelo artigo 292 do Código de Processo Civil, assim, para que não haja confusão, analiso pormenorizadamente as pretensões devolvidas a este órgão *ad quem*.

Da aventada nulidade da cláusula contratual 6ª:

Insurge-se o apelante contra a mencionada cláusula contratual que estabeleceu o direito de retenção e vedou a indenização das benfeitorias voluptuárias e úteis que tenham sido efetuadas no imóvel como consequência da rescisão do contrato por inadimplência (f. 34).

De fato, as benfeitorias são acessórias à coisa, razão pela qual a acompanham quando há devolução da posse ao retomante. É esse 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 alterada qualitativamente, convertendo-se o direito do possuidor que fez a melhoria em indenização[2].

É o que prescreve o artigo 1.219 do Código Civil:

> Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Assegura-se, assim, ao possuidor de boa-fé o direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis e quanto às voluptuárias a opção entre pagar e admitir a retirada é inicialmente do retomante, caso ele não exerça a opção do pagamento, nascerá o direito do possuidor de levantá-las, desde que não deteriore a coisa na qual se encontram.

Nessa seara, evidencia-se abusiva a cláusula contratual vergastada, pois, como visto, implica renúncia a direito expressamente previsto na lei substantiva, em perfeita adequação ao disposto no artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis (g.n.)

Corrobora o entendimento sopesado acima, a jurisprudência desta Corte de Justiça, a exemplo do seguinte julgado:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – IMÓVEL – DIREITO DE RETENÇÃO DAS BENFEITORIAS PELO COMPRADOR INADIMPLENTE – POSSIBILIDADE – CONTRATO DE ADESÃO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO

2 PELUSO, Cezar; LOUREIRO, Francisco Eduardo et alii. **Código Civil Comentado**. 3. ed. Manole, 2009. p. 1145.

> CONSUMIDOR – CLÁUSULA ESTIPULANDO O PAGAMENTO DE 70% DE UMA PRESTAÇÃO DO IMÓVEL POR CADA MÊS QUE O COMPRADOR ESTEVE NA POSSE DO BEM IMÓVEL – ABUSIVA E, PORTANTO, NULA DE PLENO DIREITO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> É nula a cláusula que disciplina que o comprador inadimplente perde o direito de retenção e indenização por benfeitorias voluptuárias ou úteis que tenham sido efetuadas no bem imóvel, já que a legislação vigente, conforme disposto no art. 1.219 do CC, não permite tal situação.
>
> Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de adesão em que restar configurada a abusividade ou ilicitude das cláusulas que regem o negócio jurídico, em que o consumidor fica em situação de extrema desvantagem ante o fornecedor, como nos casos em que a previsão no contrato de indenização no valor de 70% de uma prestação do imóvel, por mês, que o comprador estivesse em sua posse e inadimplente. (AC n. 2007.002833-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 9.4.2007) (g.n.).

Também refuta o texto da cláusula constante no parágrafo primeiro que prevê multa moratória de 10%. No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a redução da multa moratória para 2% (dois por cento) ao ano, tal como definida na Lei n. 9.298, de 1.8.1996, que alterou o artigo 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, somente é possível nos contratos celebrados após sua vigência[3], o que não ocorre no caso em exame. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 948276/MG, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 27.3.2009, EDcl no AgRg no REsp n. 877324/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF Primeira região), DJ de 17.11.2008, AgRg no REsp n. 794526/MA, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 24.4.2006 e AgRg no Ag n. 541.154/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 22.11.2004.

Uma vez que o contrato foi celebrado em setembro de 1994 e o percentual de 2% para a multa moratória foi instituído somente em agosto de 1996, deve a cláusula ser mantida nessa parte.

Da restituição das parcelas pagas:

Embora o apelante não tenha diferenciado, *in casu*, como já se encontra na posse do imóvel, incide os termos da cláusula sétima:

> 7ª. Fica assegurado ao(s) COMPRADOR(es), quando já estiver(em) de posse do imóvel, a devolução das parcelas pagas, devidamente corrigidas pelo IGPM (Indice Geral de Preços de Mercado), divulgado pela FGV (Fundação Getúlio Vargas), serão efetuadas em parcelas mensais, em número idêntico ao de pagamento efetuado, iniciando-se (*sic*) a devolução no 30º (trigésimo) dia contados da efetiva desocupação do imóvel, descontados 30% (trinta por cento) do total atualizado, relativos a multa pela rescisão contratual, acrescidos de despesas concernentes à notificação, despesas processuais, bem como, todos os gastos oriundos da cobrança que o(s) COMPRADOR(es) der(em) causa, além do valor de 70% (setenta por cento) de uma prestação do imóvel, por cada mês que ficou na posse do mesmo, à título (*sic*) de indenização ou aluguel. (g.n.)

Urge esclarecer que a multa prevista pela cláusula penal não deve ser confundida com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel, que é legítima e não tem caráter abusivo quando há uso e gozo do imóvel (REsp n. 953907/MS, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 9.4.2010).

3 Inteligência do STJ, AgRg nos EDcl no REsp n. 586411/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Convocado do TJ/AP), DJ de 11.2.2010.

Entretanto, há um visível descompasso entre a multa rescisória fixada para o comprador (consumidor) e para a vendedora (fornecedora), pois na medida em que foi fixada para o primeiro um percentual de 30% do total atualizado pago, para a segunda restou arbitrada em 10% sobre os valores recebidos, consoante previsão da cláusula 34ª (f. 36).

O contexto delineado contrapõe-se ao preconizado pelo inciso IV do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor que reza:

> 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 eqüidade (g.n.)

Sobressai imperioso, então, ajustar os termos contratuais para que ambas as partes sejam equitativamente oneradas, de modo que deve prevalecer o menor percentual, ou seja, de 10% sobre o valor atualizado das parcelas pagas.

Certificado o direito do consumidor à devolução das prestações pagas, exsurge, por outro viés, o direito da vendedora à indenização do que poderia auferir a título de locação, no período em que o imóvel esteve ocupado pelo comprador inadimplente[4].

A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. USO DO BEM APÓS O INADIMPLEMENTO DAS PRESTAÇÕES AJUSTADAS. INDENIZAÇÃO DEVIDA PELA POSSE. PRECEDENTES.
>
> I - A jurisprudência desta Corte orienta que, em caso de rescisão contratual, é devida indenização pelo uso do imóvel após o inadimplemento das prestações pelo adquirente.
>
> Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp n. 934433/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 25.8.2009) (g.n.).

O valor alcançado pela promitente compradora deverá ser devolvido de imediato, pois já se integrou ao patrimônio da empresa vendedora, nada justificando que a devolução ocorra de forma parcelada. Malfere, outrossim, as normas do artigo 51, IV e § 1º, I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor e, assim, não tem aplicabilidade e muito menos cabimento a devolução das parcelas de maneira mensal. Por ser cláusula nula, não produz efeito jurídico.

A respeito:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS – PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO – INTERRUPÇÃO PELA CITAÇÃO RETROAGINDO À DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – REJEITADA – MÉRITO – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR – IMEDIATA E EM UMA ÚNICA

4 Inteligência do STJ, REsp n. 416.338/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 2.6.2003.

> PARCELA – POSSIBILIDADE – MULTA CONTRATUAL – INDEVIDA – RESCISÃO CONTRATUAL IMPUTADA À CONSTRUTORA – VALOR PAGO A TÍTULO DE SINAL – OBRIGAÇÃO DA CONSTRUTORA EM DEVOLVER – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> A interrupção da prescrição se dá com a citação, mas retroage à data do ajuizamento da ação, nos termos do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil.
>
> Abusividade do estabelecimento de prazo excessivo para a restituição das parcelas pagas, devendo ser efetuada imediatamente, em uma única vez.
>
> Cabe à parte que dá ensejo à rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel arcar com o pagamento da multa contratual prevista no pacto, motivo pelo qual improcede o pedido da construtora em reter tal valor.
>
> [...] (TJMS, AC n. 2010.029392-9, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 5.10.2010) (g.n.).

Assim, tem-se que o pedido do apelante para ser restituído das prestações quitadas já se encontra atendido, bem como o resguardo ao direito de indenização pelo período em que o comprador inadimplente ocupou o imóvel, consubstanciada na retenção de 70% do valor de uma prestação do imóvel por cada mês que ficou na posse do imóvel em inadimplência.

Cabe, porém, adequação na parte que prevê a multa rescisória, para constar para ambas as partes o percentual de 10% sobre o valor atualizado das parcelas pagas e a devolução seja imediata.

Da devolução dos valores cobrados a título de seguro:

No que tange o seguro supostamente cobrado, consigno a parte da perícia judicial que especificamente ponderou:

> A cláusula quinta do contrato prevê ainda que o(s) comprador(es) assinariam também, uma apólice de seguro de vida, obrigatório, nos termos do artigo 2º, da Lei n. 4.864, de 29.11.1965, sendo que para o mesmo ficamos impossibilitados de identificar os valores pagos pelo requerente, pois o Demonstrativo de Evolução de Saldo Devedor não especifica o valor cobrado pelo seguro. (g.n.)

Da constatação do *expert* exsurge ausente a demonstração de fato constitutivo do direito do autor, ora apelante, quanto à pretensa devolução dos valores pagos a título de seguro, em desacordo com o estipulado pelo artigo 333, I[5], do Código de Processo Civil.

Ademais, não há falar que competia à construtora comprovar o repasse à seguradora, quando nem ao menos comprovante de pagamento do seguro foi acostado aos autos.

Perfilha o raciocínio acima delineado, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça especificamente em controvérsia envolvendo consumidor:

> RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ART. 522 DO CPC. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. FINALIDADE DA EXIGÊNCIA. TEMPESTIVIDADE VERIFICADA.

5 Art. 333 do CPC: "O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito"

> 1. Cada uma das peças listadas no Art. 525, I, do CPC, tem uma razão de ser. A cópia da certidão de intimação é exigida para que o Tribunal possa examinar a tempestividade do agravo.
>
> 2. Se é possível verificar a interposição tempestiva do recurso, não há falar-se em deficiência na formação do instrumento.
>
> DIREITO DO CONSUMIDOR. EMPRESA QUE NÃO COMPROVOU SER DESTINATÁRIA FINAL DO PRODUTO OU SERVIÇO. ÔNUS QUE LHE TOCAVA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INDEFERIDA.
>
> - Para o Código de Processo Civil (Art. 333, I) é do autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.
>
> - Se o autor reclama um direito - inversão do ônus da prova, com base no Art. 6º, VIII, do CDC - tem o ônus de provar o fato constitutivo desse direito.
>
> - Tal fato é: ter adquirido ou utilizado o serviço como destinatária final. Se faltou prova nesse sentido, não se reconhece a relação de consumo e tampouco se inverte o ônus da prova. (REsp n. 1007077/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 13.5.2008) (g.n.).

Portanto, não provado, a consequência é improcedência do pedido contido na peça vestibular.

Da existência de vícios na construção do imóvel:

Os vícios na construção restaram cabalmente apontados pela perícia judicial (f. 175-212), que realizou inspeção *in loco* no apartamento, carreando, inclusive, fotografias que evidenciam as infiltrações e irregularidades no assentamento dos pisos. Para que não remanesçam dúvidas, eis os expressos termos da conclusão:

> 04 – Verificamos que o imóvel (apto 21 A – Condomínio Bariloche I) apresenta os seguintes Vícios de Construção:
>
> • Infiltrações em janelas, paredes e lajes;
>
> • Irregularidade no assentamento dos pisos dos banheiros, cozinha e área de serviço
>
> Por conseguinte, expôs o atual valor do imóvel e a desvalorização sofrida:
>
> 05 – O imóvel objeto da perícia possui o valor de R$ 59.551,22 (cinquenta e nove mil, quinhentos e cinquenta e um reais e vinte e dois centavos). Cabe ainda ressaltar, que a diferença de mercado entre um apartamento todo reformado (interno e externamente) e o imóvel avaliado é da ordem de 22,13%.

Há de se considerar, ainda, outros fatores não considerados pela perícia, quais sejam, a incompletude do condomínio que se comporia de seis blocos, mas apenas dois foram concluídos, bem como a não execução da área de lazer constante no panfleto de vendas (f. 66) do empreendimento imobiliário, além do abandono do canteiro de obras que permanece.

Com base em tais circunstâncias, afere-se razoável o arredondamento da depreciação do imóvel para 25%.

O entendimento deste Egrégio Tribunal não discrepa:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE EDIFICAÇÕES A PRAZO – DESCUMPRIMENTO PELA CONSTRUTORA – DEPRECIAÇÃO DO IMÓVEL – DECLARAÇÃO DE QUITAÇÃO DO IMÓVEL – ADMITIDA – MULTA PREVISTA – RECURSO PROVIDO.
>
> Não tendo cumprido a construtora com o pactuado no contrato, deixando de construir quatro blocos, além da área externa, ensejando a desvalorização do imóvel, pode a compradora pleitear a redução do valor do imóvel.
>
> Se o pagamento efetuado mostra-se superior ao declarado do bem, deve-se declarar a quitação da obrigação.
>
> Comprovado o inadimplemento da construtora, deve ser condenada ao pagamento da multa prevista no contrato. (AC n. 2004.014228-3, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 26.3.2009).

Do habite-se:

Acerca do "habite-se" dispôs o contrato na Cláusula 14ª (f. 35): Correrão a cargo da VENDEDORA, todas as despesas e os encargos fiscais, relativos ao imóvel, até a data de concessão do "habite-se". E antes, na Cláusula 11ª, expressamente consignou: A eficácia da presente promessa é subordinada a condição de pagamento integral do preço.

De fato, não há compelir a construtora a providenciar ato condicionado ao pagamento integral do preço. O *thema decidum*, pois não reclama maiores discussões, encontrando albergue na linha de pensamento do Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

> CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ARGÜIÇÃO DE EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. RECURSO IMPROVIDO.
>
> I. A cláusula contratual em que a construtora se obriga a exonerar do gravame hipotecário após a "concessão do habite-se" e "plena quitação do preço", é condição conjuntiva. Sendo assim, não pode invocar a exceção substancial do não adimplemento do contrato, para suspender o pagamento das prestações, pois a obrigação da construtora somente surge após a quitação do preço.
>
> II. O adquirente tem o dever de quitar as prestações restantes de seu imóvel, sub-rogando-se, o agente financeiro, por meio de cessão fiduciária, no direito de receber os créditos devidos á construtora-mutuária.
>
> III. Recurso Especial improvido.(REsp n. 867772/ES, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 10.9.2010) (g.n.).

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso para tornar sem efeito parte da redação da Cláusula 6ª que obsta o direito de retenção e indenização das benfeitorias voluptuárias e úteis, adequando-a aos expressos termos do artigo 1.219 do Código Civil; estabelecer multa rescisória igualitária a ambas as partes no percentual de 10% sobre o valor atualizado das parcelas pagas, bem como determinar que eventual devolução do montante adimplido seja feito de maneira imediata, ajustando, assim, o teor da Cláusula 7ª e, por fim, declarar que os vícios na construção depreciaram em 25% o valor do imóvel.

Como corolário da sucumbência recíproca, distribuo *pro rata* os ônus sucumbenciais tais quais fixados na sentença singela.

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. Joenildo de Sousa Chaves.

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

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

Campo Grande, 11 de janeiro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.035488-7/0001-00 - Dourados
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – TÍTULO DE CRÉDITO – ASSINATURA FALSIFICADA – AUSÊNCIA DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA A COMUNICAR O FURTO – POSSE DO TÍTULO OBTIDA DE FORMA LEGÍTIMA PELO CREDOR – RESPONSABILIDADE PELA OMISSÃO NA GUARDA DO TALONÁRIO DE CHEQUE – RECURSO IMPROVIDO.

Como decorrência dos princípios atinentes ao direito cambiário, a anulação de títulos ao portador, quando este tenha circulado, só é possível, quando demonstrada a má-fé do terceiro portador, regra que se aplica ao caso, por expressa previsão legal.

A posse do título foi obtida de forma legítima, para pagamento de mercadorias vendidas ao então portador do título.

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, 11 de janeiro de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Cláudio do Nascimento Garcia agravou regimentalmente nos autos da Ação Monitória proposta por ABV – Comércio de Alimentos Ltda., contra a decisão monocrática que negou seguimento a seu recurso.

Disse que ficou demonstrado nos autos que os cheques objeto desta ação foram furtados por Marson José Pavão, que, por ser sobrinho da companheira do apelante, fora incumbido de cuidar da residência deste e, aproveitando-se de tal situação, apoderou-se daqueles.

Salientou que o apelado foi negligente ao receber os títulos de crédito, "*sem ao menos conferir a assinatura, o preenchimento dos cheques além de realizar o protesto daqueles títulos de crédito sem comunicar ou averiguar o correto endereço do emitente*" (f. 206).

Obtemperou, em seguida, que não há nenhuma relação jurídica entre as partes, porque quem apresentou os cheques ao apelado não foi o apelante, mas sim Marson José Pavão, de sorte que ao caso aplica-se a teoria do risco do empreendimento, devendo aquele suportar pelos prejuízos causados por este.

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão ou sua reforma pelo órgão colegiado competente com consequente provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

O objeto do agravo é manifestamente improcedente, necessita, portanto, de pronta rejeição, circunstância que embasa o julgamento monocrático por mim exarado, nos termos do artigo 557[1], *caput*, do Código de Processo Civil que, inclusive, corrobora com o princípio da economia processual, constante do artigo 5º, inciso LXXVIII[2], da Carta Magna.

Ressalto, por oportuno, que o artigo 557 do *codex* processual, visa, tão somente, a desobstruir pautas dos tribunais para que se agilize o julgamento das ações e dos recursos que realmente precisam ser submetidos à apreciação pelo órgão colegiado.

Superadas as acepções acima, submeto a questão à apreciação do órgão colegiado competente, mantendo a decisão recorrida nos termos que outrora proferi:

> [...] Contrariamente à alegação do apelante, não há nos autos qualquer elemento que evidencie que os cheques passados ao apelado foram furtados por Marson José Pavão, porque não existe prova de registro de boletim de ocorrência, de instauração de processo criminal ou mesmo de sustação dos títulos de crédito com base em extravio/furto deles.
>
> É certo que o cometimento de uma infração penal não pode ser presumido, nem mesmo declarado em um processo de jurisdição cível do qual o suposto réu não participou, sob pena de ofensa às mais comezinhas garantias constitucionais, a saber, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.
>
> Ademais, também não merece acolhida a tese de negligência do apelado ao receber as multicitadas cártulas, porquanto, como de todos sabido, elas têm como características essenciais a autonomia e abstração, estas bem delineadas nas lições do mestre Rubens Requião, *in verbis*:
>
> Autonomia. Diz-se que o título de crédito é autônomo (não em relação à sua causa como às vezes se tem explicado), mas, segundo Vivante, porque o possuidor de boa-fé exercita um direito próprio, que não pode ser restringido ou destruído em virtude das relações existentes entre os anteriores possuidores e o devedor. Cada obrigação que deriva do título é autônoma em relação às demais.
>
> [...]
>
> Abstração. Vivante ainda explica que os títulos de crédito podem circular como documentos abstratos, sem ligação com a causa a que devem sua origem. A causa fica fora da obrigação, como no caso da letra de câmbio e notas promissórias. A índole abstrata do crédito não é essencial ao título de crédito, reafirma o grande comercialista (*apud* **Curso de Direito Comercial**. 2. Vol., 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 372).
>
> Assim, sendo inerente à natureza do cheque sua livre circulação, independentemente da causa da sua emissão, não é plausível exigir daquele que o apresenta a comprovação de outras formalidades além do preenchimento dos requisitos do artigo 1º[3] da Lei n. 7.357/85 (Lei do Cheque), sob pena de lhe retirar a efetividade.

1 "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

2 "A todos é assegurado, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

3 **Art. 1º** O cheque contém:
I - a denominação 'cheque' inscrita no contexto do título e expressa na língua em que este é redigido;
II - a ordem incondicional de pagar quantia determinada;
III - o nome do banco ou da instituição financeira que deve pagar (sacado);
IV - a indicação do lugar de pagamento;
V - a indicação da data e do lugar de emissão;
VI - a assinatura do emitente (sacador), ou de seu mandatário com poderes especiais.

De outro viés, a teoria do risco empresarial aplica-se aos casos de responsabilidade civil, decorrente do cometimento de ato ilícito, o que não é o caso em tela, onde o apelado busca a constituição em título executivo das cártulas que lhe foram dadas em pagamento da compra dos produtos que comercializa.

Por esse motivo, bem como diante da excelente motivação da sentença, adoto-a como razão de decidir, o que é autorizado por nossos tribunais pátrios, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça[4], e coaduna-se com os princípios de efetividade e celeridade processuais, *in verbis*:

Como é cediço, ainda que em sede de ação monitória, não se admite a discussão da causa *debendi* do cheque. É que em razão do princípio da autonomia, o título se desvincula da relação subjacente.

In casu, sustenta o réu que o cheque foi furtado em branco, sendo, posteriormente, preenchido e assinado por terceiro. A prova técnica produzida comprovou que a assinatura lançada no cheque, de fato, não é de Cláudio.

É de se ver que o portador dos cheques, Sr. Marson José Pavão, os repassou à autora. Quanto a essa transmissão, não se verifica qualquer negligência da autora, tanto que ao receber os cheques do portador, exigiu o fornecimento de seus dados pessoais, como nome, endereço, n. da CI/RG e CPF; nada mais poderia a autora exigir.

O réu sustenta que as duas folhas de cheque do seu talonário foram furtadas no início do mês de junho de 2005, por pessoa de suas relações familiares.

Admite ainda que somente teve ciência dos furtos quando foi chamado pela gerência do banco sacado que lhe informou sobre a devolução do cheque n. 575173, preenchido no valor de R$ 590,00. Vê-se que aludido cheque foi devolvido em 30.6.2005. Sendo assim, o réu só teve conhecimento do alegado furto um mês depois de sua ocorrência.

Como é cediço, a guarda do talonário de cheques é de responsabilidade de seu titular. Qualquer pessoa que abre uma conta corrente e recebe um talão de cheques sabe a responsabilidade que assume pela guarda dos cheques, até porque, se afigura como título de crédito de grande aceitabilidade.

É evidente, então, que o réu se mostrou negligente, não tendo dispensado a diligência necessária para evitar o eventual furto do talão, só vindo ter conhecimento deste fato depois de devolvido o cheque. Agindo assim, assumiu o réu o risco de resultar caracterizada sua culpa pelos fatos narrados.

É de se registrar ainda que mesmo depois de tomar conhecimento do alegado furto, o autor não tomou as providências tendentes a afastar a sua responsabilidade, como a comunicação do fato à Polícia Civil e ao banco. E mais, quando pediu ao banco a sustação do segundo cheque, informou como motivo 'desacordo comercial' e não furto.

Mesmo que se admita a ocorrência do alegado furto, não há como afastar a responsabilidade do autor pelos cheques emitidos.

A Lei n. 7.357/85 dispõe que:

Art. 24 - Desapossado alguém de um cheque, em virtude de qualquer evento, novo portador legitimado não está obrigado a restituí-lo, se não o adquiriu de má-fé.

4 AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. É lícito ao Tribunal a quo adotar os fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirme. [...]. (AgRg no Ag n. 517299/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006, DJ de 29.5.2006, p. 230).

> Parágrafo único - Sem prejuízo do disposto neste artigo, serão observadas, nos casos de perda, extravio, furto, roubo ou apropriação indébita do cheque, as disposições legais relativas à anulação e substituição de títulos ao portador, no que for aplicável.
>
> Estabelece a Lei do Cheque que em hipóteses de furto do cheque serão observadas as disposições legais relativas à anulação e substituição de títulos ao portador.
>
> Como é cediço e como decorrência dos princípios atinentes ao direito cambiário, a anulação de títulos ao portador, quando este tenha circulado, só é possível, quando demonstrada a má-fé do terceiro portador, regra que se aplica ao caso, por expressa previsão legal.
>
> A má-fé da autora sequer foi cogitada pelo réu, até porque, a posse do título foi obtida pela ré de forma legítima, para pagamento de mercadorias vendidas ao então portador do título.
>
> Sendo assim, não há como acolher os embargos propostos, devendo o réu responder pela sua omissão na guarda do talonário de cheque.
>
> Portanto, não sendo o caso de prosperar qualquer das teses do apelante, deve a sentença ser mantida integralmente, para que ele responda pelo valor constante dos títulos de crédito objeto desta ação [...].

Vê-se, então, que a manutenção da decisão é medida imperativa, tanto pela juridicidade nela constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de ilidir o que expus precedentemente.

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. Joenildo de Sousa Chaves.

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

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

Campo Grande, 11 de janeiro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.029918-9 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – BEM DE FAMÍLIA – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO PELA ILEGITIMIDADE ATIVA – FILHOS DOS DEVEDORES-EXECUTADOS – LEGITIMIDADE RECONHECIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – SENTENÇA ANULADA.

Possui legitimidade ativa para a propositura de embargos de terceiro os filhos dos executados que aduzem a existência de entidade familiar e, consequentemente, de bem de família, insuscetível, portanto de apreensão judicial.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal.

Recurso provido. Sentença anulada.

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

Campo Grande, 10 de março de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta às f. 232-5 por Ariane Wolf, Lorraine Corvalan Wolf e Célio Luiz Wolf Filho em face de Elgin Máquinas S.A., insurgindo-se contra a sentença de f. 223-5, proferida pelo douto Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que declarou, de plano, a ilegitimidade ativa dos autores, extinguindo os Embargos de Terceiro sem resolução de mérito.

Extrai-se dos autos que Ariane Wolf, Lorraine Corvalan Wolf e Célio Luiz Wolf Filho, os dois últimos assistidos por seus genitores, Célio Luiz Wolf e Rosana Corvalan Wolf, ajuizaram esses Embargos de Terceiro aduzindo viver sob dependência econômica dos pais e sob o mesmo teto, constituindo uma entidade familiar.

Alegaram que Célio Luiz Wolf e Rosana Corvalan Wolf, seus pais, eram sócios da sociedade limitada denominada Refrigeração Paulista Comércio Importação e Exportação Ltda., que foi extinta após processo falimentar.

Sustentaram que, em 18 de janeiro de 1996, a então sociedade limitada firmou com Elgin Máquinas S.A. uma escritura pública de prestação de fiança e de garantia hipotecária, na qual foram fiadores os pais dos embargantes, em uma concessão de crédito da Elgin em favor da refrigeração paulista.

Seguiram alegando que foi oferecido em garantia real o imóvel residencial de propriedade dos fiadores, objeto da Matrícula 101.543, livro 02, ficha 01 do CRI da 1ª Circunscrição Imobiliária de Campo Grande-MS, que foi posteriormente levado à penhora e, em 5 de março de 2000, arrematado pela própria credora.

Ingressaram os ora apelantes, então, com estes Embargos de Terceiro, aduzindo a impenhorabilidade do bem de família.

O douto juiz *a quo*, pela sentença de f. 223-5, declarou a ilegitimidade ativa dos apelantes, sob o fundamento de que os embargantes não são os proprietários do bem e que não há falar em herança de pessoa viva.

Irresignados, os embargantes apelam do *decisum*.

Em suas razões recursais (f. 232-45), alegaram, em síntese, que o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que qualquer membro da entidade familiar é parte legítima para aduzir a impenhorabilidade do bem de família em embargos de terceiro; que o que determina a legitimidade é a mera condição de possuidor, ou co-possuidor e o interesse de salvaguardar a habitação da família; que esse entendimento já foi adotado também por esta Corte no julgamento da Apelação n. 2007.026612-8, da qual também figuraram como apelantes os aqui recorrentes, e na qual o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo os considerou parte legítima para aduzir a impenhorabilidade do bem de família.

Discorreram sobre a impenhorabilidade do bem de família, sobre a tempestividade dos embargos e sobre a situação econômica da família.

Ao fim, requerem o conhecimento e provimento da apelação para reconhecer a legitimidade ativa dos apelantes e, consequentemente, anular a sentença, determinando o retorno dos autos à instância de origem para regular processamento do feito.

Requereram, se possível, o julgamento da lide por este Egrégio Tribunal de Justiça.

A apelada não foi intimada para contra-arrazoar o recurso, porquanto não havia ainda sido citada.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às f. 270-7, opinando pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta por Ariane Wolf, Lorraine Corvalan Wolf e Célio Luiz Wolf Filho, em face de Elgin Máquinas S.A., insurgindo-se contra a sentença de f. 223-5, proferida pelo douto Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que declarou, de plano, a ilegitimidade ativa dos autores, extinguindo sem resolução de mérito os Embargos de Terceiro por eles ajuizado.

A questão a ser aqui analisada restringe-se à legitimidade ativa dos autores para aduzir a impenhorabilidade do bem de família e pugnar pela revogação ou anulação da arrematação do bem, levada a termo no processo de Execução Hipotecária n. 001.97.002096-7. A questão da tempestividade dos embargos ofertados é matéria estranha ao âmbito de devolução que se operou com o recurso agora examinado e deverá ser apreciado pelo douto juízo *a quo*, no tempo oportuno, sob pena de ocorrer, aqui, julgamento *extra petita*.

O douto juiz *a quo* extinguiu o feito sob o fundamento de que "*pelo fato de residirem com seus genitores no imóvel – esses sim proprietários do propalado bem constrito nos autos principais –, os embargantes, em linha de princípio, possuem tão somente a detenção sobre o bem imóvel objeto da lide, não exercendo nenhum dos poderes constitutivos do*

domínio ou propriedade sobre o mesmo (art. 1.196 do CC), sobressaindo, pois, sua ilegitimidade ativa 'ad causam' para o manejo dos presentes embargos de terceiro, visto que ausentes os requisitos do art. 1.046 do CPC".

Em que pesem os fundamentos da douta decisão impugnada, tenho que assiste razão aos apelantes.

Consoante entendimento reiteradamente externado pelo Superior Tribunal de Justiça, o filho residente no imóvel sob o qual recai a apreensão judicial é parte legítima para o ajuizamento de embargos de terceiro, uma vez que o instituto pretende preservar a **entidade familiar**, e não apenas o casal.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE DO FAMILIAR PARA DEFENDER A IMPENHORABILIDADE DO. BEM DE FAMÍLIA. IRRELEVÂNCIA DA PENHORA TER RECAÍDO NA METADE IDEAL DO EXECUTADO.
>
> 1. Ainda que, no ato de constrição, tenha sido ressalvada a sua parte, a genitora do executado tem legitimidade para opor embargos de terceiro visando à desconstituição da penhora realizada sobre a metade pertencente ao filho, ao fundamento de que se trata de bem de família.
>
> 2. **Nos termos dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, "a legitimidade ativa, na hipótese, não decorre da titularidade (ou da cotitularidade) dos direitos sobre o bem, mas sim da condição de possuidor (ou copossuidor) que o familiar detenha e do interesse de salvaguardar a habitação da família diante da omissão ou da ausência do titular do bem**.
>
> 3. Recurso a que se dá provimento. (STJ, REsp 971926/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 2.2.2010, DJe 22.2.2010)
>
> RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DO IMÓVEL NO QUAL RESIDEM OS EMBARGANTES - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - MEMBROS INTEGRANTES DA ENTIDADE FAMILIAR - NOMEAÇÃO À PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA - INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PREVISTO NA LEI Nº 8.009/90 - MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO DESTE - PERDA DE OBJETO - PREJUDICIALIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO.
>
> **Os filhos da executada e de seu cônjuge têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei 8.009/90, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família. Precedentes** (REsp 345.933/RJ e 151.238/SP).
>
> Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei 8.009/90. Precedentes (REsp 526.460/RS, 684.587/TO, 208.963/PR e 759.745/SP).
>
> Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos de terceiro, afastando a constrição incidente sobre o imóvel, invertendo-se o ônus da sucumbência, mantido o valor fixado na r. sentença.
>
> Tendo sido julgado, nesta oportunidade, o presente recurso especial, a Medida Cautelar 2.739/PA perdeu o seu objeto, porquanto foi ajuizada, exclusivamente, para conferir-lhe efeito suspensivo.

> Prejudicada a Medida Cautelar 2.739/PA, por perda de objeto, restando extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 808, III, c/c o art. 267, IV, ambos do CPC. Este acórdão deve ser trasladado àqueles autos. (STJ, REsp 511023/PA, Relator(a) Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ 12.9.2005, p. 333)

São também esclarecedoras as informações constantes no parecer ministerial de f. 270-7, razão pela qual peço vênia para transcrever parte da manifestação:

> [...] tendo em mira proteger todos os lares, editou o legislador pátrio a Lei nº 8.009/90, que veio a estabelecer o 'bem de família legal.
>
> Segundo a norma 'o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil [...].
>
> [...] o próprio artigo primeiro acima reproduzido fornece pistas ao exegeta que se incumbe de interpretá-lo. De fato, após conceituar o que se deve entender por bem de família, o dispositivo prossegue, enumerando espécies de dívidas às quais referido bem estaria imune, asseverando, finalmente que dentre elas (as dívidas que não atingiriam o bem de família) estariam aquelas contraídas 'pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam [...].
>
> Se pode, neste passo, deduzir da letra da lei um indício bastante eloqüente de que os filhos se encontrariam inseridos no conceito de 'entidade familiar', afinal de contas, se nada tivessem que ver com o instituto não seria necessário explicitar que, inclusive de suas dívidas o bem de família está protegido.
>
> Em segundo lugar é preciso lembrar, nesse afã de estabelecer o conceito de 'entidade familiar', que a proteção ao bem familiar também tem sede constitucional.
>
> De fato, o art. 226 da Constituição do Brasil assevera que 'a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado', enquanto que seu § 4º estende, à comunidade formada por um dos pais e seus descendentes, o epíteto de 'entidade familiar.
>
> Mas não é só, o artigo 6º, ao tratar dos direitos sociais inclui nesse rol o próprio direito à moradia, ao lado de outros de igual talante: educação, saúde, segurança, etc.
>
> De tais premissas só se pode concluir, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro conferiu proteção ímpar, não só a família, como também ao direito à moradia, razão pela qual a interpretação dos institutos atinentes a esses relevantes temas haverão de ser interpretados de modo ampliativo, isto é, com vistas a sua melhor efetivação.
>
> Nesse diapasão, não se ignorar que o bem de família é o imóvel que sirva de moradia a uma entidade familiar, nesta incluídos os pais e seus filhos, ou seja, todos os abrigados sob essa benesse.
>
> A decorrência lógica de tal assertiva, então, é reconhecer aos filhos o direito de defender seu direito ou, de forma mais técnica, reconhecer-lhes legitimidade ativa para salvaguardar seu bem de família.
>
> Realmente, admitir-se o contrário seria o mesmo que conferir aos filhos um direito indefensável, na medida em que fariam jus ao bem de família, mas não estariam aptos a defendê-lo em Juízo.

De fato, não faria sentido algum reconhecer a existência da entidade familiar e a proteção a ela dispensada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem permitir, de outra parte, a defesa do bem de família por qualquer pessoa integrante dessa entidade familiar.

Este Tribunal de Justiça também já se manifestou a respeito:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – LEGITIMIDADE DOS FILHOS DO FIADOR – AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA DA COMPANHEIRA – IMÓVEL RESIDENCIAL – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO.
>
> A jurisprudência do STJ é pacífica quanto à possibilidade dos filhos ingressarem com embargos de terceiro. Não há falar em necessidade de outorga uxória da companheira se o fiador declarou-se solteiro. Em sendo o imóvel objeto de penhora utilizado como residência pelos embargantes, há de se reconhecer de ofício a sua impenhorabilidade, em atendimento à moradia, um dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal. (Apelação Cível n. 2004.014768-5, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 16.10.2008)

Fica assim evidente a legitimidade ativa dos recorrentes na defesa do bem arrematado no processo de Execução Hipotecária n. 001.97.002096-7.

Em face dessas considerações, conheço do recurso e lhe dou provimento para declarar a nulidade da sentença recorrida, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para que o feito tenha regular prosseguimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmolo Letteriello e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 10 de março de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.033201-8 - Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – EMPRÉSTIMO PESSOAL SEM SEGURO PRESTAMISTA – ENCARGOS PREFIXADOS E PAGAMENTO EM PRESTAÇÕES – EXECUTIVIDADE CONCEDIDA PELA LEI N. 10.931/2004 – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 585, VIII, DO CPC – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

A Cédula de Crédito Bancário que preenche os requisitos especificados em lei é título executivo extrajudicial, quando retrata a realização de contrato de empréstimo pessoal sem seguro prestamista, em que há definição do valor financiamento, o prazo da operação, a taxa de juros efetiva ao mês e a taxa de juros efetiva ao ano, além do valor das parcelas devidas, cujo financiamento haveria de ser pago em quatro anos.

Se ocorrer o inadimplemento de alguma das parcelas do financiamento em contrato de tal natureza, o credor está legitimado a promover a execução por título extrajudicial, autorizado que se encontra, para tanto, pelo artigo 28 da Lei n. 10.931/2004 e artigo 585, inciso VIII, do Código de Processo Civil.

Recurso conhecido e provido para reformar a sentença objurgada, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para que a execução tenha ali seu regular prosseguimento.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Banco Bradesco S.A., devidamente qualificado, interpõe recurso de apelação cível, às f. 36-45, em face de Joel Macedo, insurgindo-se contra a sentença de f. 28-30 do douto Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que indeferiu liminarmente a inicial da ação de execução de título extrajudicial (Autos n. 002.09.017052-2), por considerar não ser título executivo o contrato de abertura de crédito.

Sustenta o apelante que formulou com o apelado um contrato consubstanciado na Cédula de Crédito Bancário de n. 321/154.529.664, por meio do qual concedeu um crédito no valor de R$ 38.377,89 ao apelado, com taxa de juros mensal de 2% e anual 26,82%, com vencimento final para 11.8.2013.

Tendo em vista o adimplemento do apelado quanto às prestações do contrato, ajuizou a presente demanda executiva, com fundamento no art. 585, VIII, do CPC e na Lei n. 10.931/2004, sendo que o douto juízo *a quo* indeferiu liminarmente a inicial.

Afirma que mencionada lei concedeu ao referido contrato a executividade necessária ao ajuizamento da presente demanda, representando uma dívida em dinheiro, líquida, certa e exigível, conforme art. 28 e seguintes.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Banco Bradesco S.A. em face de Joel Macedo, insurgindo-se contra a sentença de f. 28-30 do douto Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que indeferiu liminarmente a inicial da ação de execução de título extrajudicial (Autos n. 002.09.017052-2), por considerar não ser título executivo o contrato de abertura de crédito.

Extrai-se dos autos que a presente demanda executiva foi proposta para a satisfação do crédito advindo de contrato formulado entre as partes, qual seja, a Cédula de Crédito Bancário – Empréstimo Pessoal sem Seguro Prestamista – anexada às f. 6-9.

Porém, o douto juízo de primeiro grau entendeu não se tratar de título executivo, porquanto teria sido constituído com "*fins análogos ao contrato de abertura de crédito em conta corrente*", de forma que incide ao caso os enunciados n. 233 e 258 da súmula de jurisprudência do STJ.

Penso que a sentença vergastada deve ser reformada.

Dispõe o art. 26 da Lei n. 10.931/2004 que "*a Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade*".

Conforme se observa, estabeleceu a mencionada lei que, por meio da Cédula de Crédito Bancário, qualquer instituição financeira que integre o Sistema Financeiro Nacional[1] poderá conceder crédito à pessoa física ou jurídica, podendo ser pactuados, nos termos do art. 28, § 1º:

> I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;
>
> II - os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;
>
> III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

1 Art. 26. [...]

§ 1º A instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

> IV - os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;
>
> V - quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;
>
> VI - as obrigações a serem cumpridas pelo credor;
>
> VII - a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º; e
>
> VIII - outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei.

A mesma Lei Federal estabelece expressamente em seu art. 28, *caput*: "*a Cédula de Crédito Bancário* ***é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível****, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º*".

Depreende ainda do documento que materializa o contrato em discussão, que preenche todos os requisitos exigidos por lei (art. 29 da Lei n. 10.931/2004) para a formação da Cédula de Crédito Bancário, quais sejam:

> 1. a denominação "Cédula de Crédito Bancário";
>
> 2. a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;
>
> 3. a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;
>
> 4. o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;
>
> 5. a data e o lugar de sua emissão;
>
> 6. Indicação do valor fixo financiado e as parcelas do financiamento a serem pagas, com a taxa de juros respectiva.
>
> 6. a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

Esse contrato difere, em muito, da mera abertura de crédito em conta-corrente, que foi taxado pela Súmula n. 233 do STJ como não sendo título executivo extrajudicial, se bem que depois da Lei n. 10.931/2004 o próprio STJ reconheceu a inaplicabilidade da mesma Súmula para os contratos denominados de Cédula de Crédito Bancária, ainda que seja na modalidade de abertura de crédito em conta-corrente, como ainda demonstro abaixo.

De qualquer forma, e isto é induvidoso, o artigo 585, inciso VIII, do CPC dispõe ser título executivo todos aqueles "*que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva*", sendo esse o caso dos autos, o que demonstra o desacerto da sentença ora recorrida.

No mesmo sentido, decidiu a e. 4ª Turma Cível deste Tribunal de Justiça, conforme aresto que abaixo transcrevo:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO – TÍTULO EXECUTIVO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – FALTA DE ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS – IRRELEVÂNCIA – LEI N. 10.931/2004 – INEXIGIBILIDADE DO REQUISITO – TÍTULO EXEQUÍVEL – CAPITALIZAÇÃO ANUAL – ILEGALIDADE DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.
>
> Havendo lei específica em que não se exige a assinatura de duas testemunhas para que o título seja exequível, dispensa-se a formalidade na execução do referido título. (AC n. 2009.017177-7, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 17.11.2009).

O Superior Tribunal de Justiça também já teve a oportunidade de assentar que a cédula de crédito bancária, celebrada em conformidade com a lei n. 10.931/2004, é título executivo extrajudicial e não se submete à Súmula n. 233 daquela Colenda Corte de Justiça. Veja-se este **recente** aresto que, à sua vez, reporta-se a outro daquela mesma Corte Superior:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. LEI N. 10.931/2004.
>
> 1. A cédula de crédito bancário, mesmo quando o valor nela expresso seja oriundo de saldo devedor em contrato de abertura de crédito em conta corrente, **tem natureza de título executivo, exprimindo obrigação líquida e certa, por força do disposto na Lei n. 10.931/2004.** Precedente da 4ª Turma do STJ.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp n. 1038215/SP, Quarta Turma, Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti, julgado em 26.10.2010, DJ de 19.11.2010).
>
> No corpo do voto, a eminente relatora sustentou:
>
> No que se refere ao mérito da controvérsia, esta Turma, no julgamento do AgRg no REsp n. 559.609/SP, rel. p/acórdão o ministro JOÃO OTÁVIO NORONHA, entendeu que "a**s cédulas de crédito bancário, instituídas pela MP n. 1.925 e vigentes em nosso sistema por meio da Lei n. 10.930/2004, são títulos que, se emitidos em conformidade com os requisitos na lei exigidos, expressam obrigação líquida e certa" (**julgado em 15.12.2009, DJ de 8.3.2010).
>
> **O aludido julgado afastou, outrossim, a alegação de incidência da Súmula 233 desta Corte, ficando assim ementado:**
>
> AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO PARA DAR PROSSEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO COM EFICÁCIA EXECUTIVA. SÚMULA N. 233/STJ. INAPLICABILIDADE.
>
> 1. As cédulas de crédito bancário, instituídas pela MP n. 1.925 e vigentes em nosso sistema por meio da Lei n. 10.931/2004, são títulos que, se emitidos em conformidade com os requisitos na lei exigidos, expressam obrigação líquida e certa.
>
> 2. O fato de ter-se de apurar o *quantum debeatur* por meio de cálculos aritméticos não retira a liquidez do título, desde que ele contenha os elementos imprescindíveis para que se encontre quantia a ser cobrada mediante execução. Portanto, não cabe extinguir a execução aparelhada por cédula de crédito bancário, fazendo-se aplicar o enunciado n. 233 da Súmula do STJ ao fundamento de que a apuração do saldo devedor, mediante cálculos efetuados credor, torna o título ilíquido. A liquidez decorre da emissão da cédula, com a promessa de pagamento nela constante, que é aperfeiçoada com a planilha de débitos.

> 3. Os artigos 586 e 618, I, do Código de Processo Civil estabelecem normas de caráter geral em relação às ações executivas, inibindo o ajuizamento nas hipóteses em que o título seja destituído de obrigação líquida, certa ou que não seja exigível.
>
> Esses dispositivos não encerram normas sobre títulos de crédito e muito menos sobre a cédula de crédito bancário.
>
> 4. Agravo de instrumento provido para dar prosseguimento ao recurso especial.
>
> 5. Recurso especial provido.
>
> Observo que não há ofensa aos arts. 586 e 618, I, do CPC, seja porque a Lei n. 10.931/2004 é norma de mesma hierarquia e posterior, seja porque não falta à cédula de crédito bancário o caráter de expressão de obrigação líquida e certa, por força de literal disposição de lei. O art. 28, § 2,º II, da Lei 10.931/2004, prevê este caráter de título executivo **mesmo quando o valor nela expresso seja oriundo de saldo devedor em contrato de abertura de crédito em conta corrente,** disciplinando os elementos imprescindíveis para que se encontre a quantia a ser cobrada mediante execução.
>
> Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Assim, se existe lei atribuindo força executiva à cédula de crédito bancário, como se viu das disposições acima transcritas, e se no caso presente o contrato é de empréstimo pessoal de quantia certa, para pagamento também em valor certo, com taxa de juros pré-fixadas, não tem cabimento negar executividade desse mesmo instrumento com base em argumento anterior à lei, que implicou, inclusive, a revogação da Súmula 233 do STJ, como se viu da transcrição dos acórdãos respectivos.

Em face dessas considerações, conheço do recurso e lhe dou provimento para declarar a nulidade da sentença recorrida, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para que o feito tenha regular prosseguimento com o exame, pelo honrado juízo *a quo*, dos pedidos ali formulados pela instituição-apelante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2010.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.035370-6 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – LICENÇAS-PRÊMIO NÃO GOZADAS – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – DATA DA APOSENTADORIA – CONVERSÃO DO BENEFÍCIO EM PECÚNIA – POSSIBILIDADE – CORREÇÃO MONETÁRIA DA DATA DA APOSENTADORIA E JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO.

A fluência do prazo prescricional para o servidor público pleitear a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada tem início da data do ato que concedeu a sua aposentadoria.

O servidor que, ao se aposentar, não desfrutou da licença-prêmio a que tinha direito, faz jus ao recebimento do benefício, convertido em pecúnia, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

A fixação dos honorários advocatícios, quando for vencida a Fazenda Pública, deve observar o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Mantido o valor arbitrado na sentença a título de honorários advocatícios.

Recurso conhecido e 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, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de março de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta às f. 263-73 pelo Estado de Mato Grosso do Sul, insurgindo-se contra a sentença de f. 256-8, proferida pelo douto Juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Humberto Felix de Souza.

O apelado ajuizou a presente Ação de Cobrança contra o Estado visando à conversão em pecúnia de três licenças-prêmio não gozadas e não computadas em dobro para fins de aposentadoria.

Após regular processamento do feito, sobreveio a sentença de f. 256-8, em que se julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para condenar o réu ao pagamento das três licenças-prêmio adquiridas pelo autor.

Inconformado, o Estado do Mato Grosso do Sul interpôs recurso de apelação (f. 263-73).

Arguiu a prescrição da pretensão autoral.

Alegou a impossibilidade de a lei retroagir no tempo para alcançar atos já convalidados, como é o caso da licença-prêmio referente ao período de 3.2.1985 a 1.2.1990.

Afirmou que o antigo estatuto normativo revogado não previa a conversão em pecúnia da licença-prêmio não usufruída, e que tal possibilidade só passou a ser legalmente prevista no art. 3º da Lei 1.756/97.

Invocou a aplicabilidade do princípio da legalidade. Pugnou pela minoração do valor fixado para os honorários advocatícios (R$ 2.500,00).

Afirmou que a correção monetária deve respeitar o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009. Ressaltou que os juros devem ser de 0,5% ao mês e devem incidir a partir da citação válida.

Requereu o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 277-8.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às f. 263-73 pelo Estado de Mato Grosso do Sul, insurgindo-se contra a sentença de f. 256-8, proferida pelo douto Juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Humberto Felix de Souza.

I. O Estado do Mato Grosso do Sul arguiu, em prejudicial do mérito, a prescrição do direito reclamado pelo autor. Asseverou que o prazo prescricional previsto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/32 começa a fluir da data do fato, ou seja, do termo final do período aquisitivo da licença-prêmio.

Realmente, o prazo prescricional de cinco anos tem início na data do fato ou o ato que originou o direito reclamado. No entanto, o prazo para o servidor aposentado por invalidez pleitear a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada inicia-se com o ato da aposentadoria.

Isso porque até a data da aposentadoria o servidor tinha o direito de usufruir da licença-prêmio ou computá-la em dobro para aposentadoria por tempo de serviço. Somente com a concessão da aposentadoria por invalidez é que passou a ter o direito de converter em pecúnia o benefício não gozado a que fazia jus.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento nesse sentido, segundo o qual, o termo inicial da prescrição do direito de pleitear indenizações referentes a licenças e férias não gozadas tem início com o ato de aposentadoria.

A propósito, colaciona-se o seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇAS-PRÊMIO NÃO GOZADAS. CONVERSÃO EM PECÚNIA.
>
> PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DA APOSENTADORIA. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. **É firme, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, no caso de pedido de conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada, o termo inicial do prazo prescricional é a data da aposentadoria do servidor**.
>
> 2. O registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas tem natureza jurídica meramente declaratória, e não constitutiva. Precedentes do STJ.
>
> 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag 1006331/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 29.5.2008, DJe 4.8.2008)

No caso em tela, a aposentadoria por invalidez do autor se deu em 23 de janeiro de 2006 e a ação foi ajuizada em 26 de junho de 2006, motivo pelo qual merece ser afastada a alegada prescrição da pretensão autoral.

Portanto, rejeito a prejudicial do mérito arguida pelo réu.

II. No mérito, o Estado do Mato Grosso do Sul alegou que a inexistência de previsão legal impede a conversão dos períodos de licença-prêmio por assiduidade não gozadas em pecúnia, mormente a referente ao período de 3.2.1985 a 1.2.1990.

Em que pesem seus argumentos, tenho que não assiste razão ao apelado, consoante as razões que passo a expor.

Restou demonstrado e incontroverso nos autos que, quando era ativo, o autor fazia jus à licença-prêmio por assiduidade por três períodos e não gozou tal benefício. Portanto, o cerne da questão cinge apenas em decidir sobre o direito do servidor de obter a conversão desse direito em pecúnia.

O legislador não dispôs expressamente sobre a conversão da licença-prêmio por assiduidade nos casos em que o servidor se aposenta sem ter usufruído o benefício a que fazia *jus*.

Não obstante, diante da impossibilidade de a Administração se locupletar ilicitamente do tempo devido ao servidor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguida por esta egrégia Corte de Justiça, há muito tempo é uníssona ao afirmar que a ausência de previsão legal não é suficiente para impedir a conversão do referido benefício, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Administração.

Confiram-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DE LICENÇA NÃO USUFRUÍDA EM PECÚNIA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. TERMO INICIAL: DATA DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR. PRETENSÃO PRESCRITA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. <u>É cabível a conversão em pecúnia de licença-prêmio adquirida antes da passagem do servidor para inatividade e que não foi desfrutada, tendo em vista o princípio da vedação do enriquecimento sem causa</u>. 2. Porém, de acordo com o entendimento já pacificado por esta Corte, a data da aposentadoria do Servidor é o termo inicial para a contagem do prazo prescricional quinquenal para requerer a conversão, independentemente do direito estar

> sendo requerido pelo próprio Servidor ou por seus beneficiários. 3. Agravo Regimental desprovido. (STJ, AgRg no RMS 27.796/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 3.2.2009, DJe 2.3.2009).
>
> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE.
>
> Há direito à conversão em pecúnia das licenças-prêmio não gozadas e não contadas em dobro, quando da aposentadoria, sob pena de locupletamento ilícito da Administração. Nesse sentido: REsp 829.911/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 18.12.2006. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1063313/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 3.2.2009, DJe 2.3.2009).

Na mesma linha, esta Turma Recursal já se manifestou, senão vejamos:

> SERVIDOR PÚBLICO – APOSENTADORIA – LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA – CONVERSÃO EM PECÚNIA – POSSIBILIDADE.
>
> O servidor público municipal deve ser indenizado com a conversão, em pecúnia, da licença-prêmio não gozada e que não foi computada, em dobro, para a contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria. Tal direito independe de previsão legal expressa, pois consubstanciado na responsabilidade objetiva e no princípio que veda o enriquecimento ilícito por parte da Administração. (TJMS, AC n. 2008.036603-6, Quarta Turma Cível, Data do julgamento: 20.1.2009)
>
> REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA – DIREITO DE FUNCIONÁRIA PÚBLICA MUNICIPAL AO GOZO DE LICENÇA-PRÊMIO – PERÍODO AQUISITIVO COMPLETO – CABIMENTO DE SUA CONVERSÃO EM PECÚNIA – APLICAÇÃO DE LEI QUE PREVIA A CONVERSÃO QUANDO DO PROVIMENTO DA FUNCIONÁRIA NO CARGO – RECURSO OBRIGATÓRIO NÃO PROVIDO. (TJMS, AC n. 2009.005580-6, Quarta Turma Cível, Data do julgamento: 14.4.2009)

Destarte, não se mostra razoável que o servidor, ao se aposentar por invalidez, fique impedido de receber em pecúnia um direito incorporado ao seu patrimônio, visto que a Administração se beneficiou com a prestação dos seus serviços no período em que deveria gozar o benefício.

Assim, imperioso concluir que tal impedimento acarretaria afronta aos princípios da moralidade e da isonomia, além de ensejar, como já salientado, enriquecimento indevido por parte da Administração Pública Estadual.

Daí por que deve ser mantida a sentença e a licença prêmio convertida em pecúnia, inclusive aquela referente ao período de 3.2.1985 a 1.2.1990.

Ao valor deverão ser acrescidos juros moratórios de 06% ao ano a partir da citação e correção monetária pelo IGPM-FGV desde a data de aposentadoria do servidor.

Anoto que estou deixando de aplicar o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.960/09, porquanto, não obstante a nova redação[1] conferida pela Lei nº. 11.960/09, no caso versado, em atenção ao princípio da irretroatividade, deve ser considerado o disposto neste artigo em sua redação original - na versão dada pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001.

1 Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação conferida pela Lei n. 11.960/09).

Como bem recordado pelo E. Des. Marco André Nogueira Hanson, nos Embargos de Declaração 2008.009582-1/0001-00, quanto à questão da irretroatividade, essa foi a orientação do STJ, quando da introdução do art. 1º-F à Lei n. 9.494/97, por força da referida Medida Provisória n. 2.180-35/01, conforme se pode conferir da decisão prolatada no Recurso Especial n. 706287:

> [...] com a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que inseriu novo regramento em relação ao percentual aplicado aos juros moratórios, esta Corte entende que, conquanto a citada norma tenha natureza processual, tem ela reflexos na esfera jurídico-material das partes, razão pela qual **não incide nos processos em curso, quer de conhecimento, quer de execução, ressaltando-se que, para a sua aplicação, é necessário o processo ter início após a sua vigência**. (RESP 706287/Relator Ministro Feliz Fischer. p. 25.02.2005).

Por outro lado, o recurso também não merece provimento quanto ao pedido de redução dos honorários advocatícios fixados na sentença.

Verifico que os honorários foram fixados com base nos critérios decorrentes do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, tomando por parâmetro o benefício econômico que se pretendia auferir com a causa.

Assim, mantenho a condenação do Estado ao pagamento da verba honorária fixada pelo douto magistrado de primeiro grau, R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), que atende aos requisitos do art. 20, §3°, do CPC, e leva em consideração as diretrizes contidas nas alíneas "a", "b" e "c" desse mesmo dispositivo legal.

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.

Reputo razoável a verba honorária fixada pela decisão, na medida em que valorizou e remunerou adequadamente o labor profissional do patrono da parte, que atuou diligentemente, cumprindo com zelo os seus deveres profissionais.

Logo, permanece inalterado o valor arbitrado na sentença a título de honorários advocatícios.

Ante o exposto, conheço o presente recurso e lhe nego provimento, alterando a sentença apenas para determinar que sobre o valor apurado incida correção monetária pelo IGPM-FGV a partir da aposentadoria e juros de mora de 0,5% ao mês a contar da citação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmolo Letteriello e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 10 de março de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.021745-5 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRISÃO PREVENTIVA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO – PROCESSO ANULADO PELO STJ QUE DECLAROU A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA – RECURSO IMPROVIDO.

1. O inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, disposição especial, garante aos cidadãos o direito de pleitear indenização por erros judiciários, fazendo-se necessário, porém, para fins de apuração de responsabilidade estatal decorrente de alegado erro, prova do elemento subjetivo - dolo ou culpa.

2. Se tanto a Constituição Federal quanto o Código de Processo Penal silenciavam acerca da prerrogativa de foro para processo e julgamento dos ex-Prefeitos, ao aceitar a denúncia e decretar a prisão preventiva dos acusados, o magistrado de primeiro grau não desrespeitou qualquer prerrogativa de lei. O fato de posteriormente o feito ter sido anulado pelo STJ, que entendeu pela aplicação da prerrogativa ao ex-alcaide, não é capaz de comprovar dolo ou culpa do julgador, sem os quais, não há falar em ato ilícito indenizável.

3. Revelando os autos que a decisão judicial que determinou a prisão dos apelantes não contém erro grave ou grosseiro, visto que devidamente fundamentada na farta prova colhida, nem mesmo manifesta uma atuação jurisdicional negligente, imperita ou imprudente, ausente prova de dolo ou culpa.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de dezembro 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 Adão Domingos da Rocha e outros contra sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande nos autos da Indenização movida contra Estado de Mato Grosso do Sul**.**

Em síntese, alegam que:

I – sofreram danos materiais e morais irreparáveis, por terem sido presos preventivamente por 3.455 dias, de forma ilegal, haja vista que o decreto de prisão foi proferido por juiz absolutamente incompetente para

o processo, em violação a *"valores supremos de uma sociedade fraterna, tais como: liberdade, honra, imagem, dignidade e justiça"* (f. 808);

II – o juiz que recebeu a denúncia foi o mesmo que decretou a prisão, destacando que *"com a anulação da ação penal, o STJ reconheceu a ilegalidade do encarceramento dos Apelantes, configurando ato ilícito, que merece ser reparado"* (f. 808);

III – a prisão ilegal tipifica o erro judicial, surgindo o dever de indenizar, asseverando, ainda, que *"a discussão não é sobre a existência ou não de provas para a prisão dos Apelantes, mas sim sobre os danos materiais e morais irreparáveis causados aos Apelantes, porque foram presos preventivamente, de forma ilegal, por decreto de prisão proferido por juiz absolutamente incompetente"* (f. 810), tanto que o STJ anulou o processo desde o início;

IV – o apelante Napoleão Lima era, ao tempo da prisão ilegal, Prefeito de Anaurilândia, possuindo foro por prerrogativa de função, conforme estabelecido pelo art. 29, X, da CF, e § 1º do art. 84 do CPP, insistindo que o STJ anulou o feito, descabendo discutir entendimento atual, já que a lei processual penal não retroage;

V – o Estado responde pelo ato de seus agentes que causar dano, e, em se tratando de responsabilidade objetiva nos termos do art. 37, § 6º, da CF, uma vez evidenciado o nexo causal entre a prisão ilegal e os danos experimentados, fazem jus à indenização material e moral, insistindo pela ocorrência de mácula à honra, imagem e dignidade;

VI – não há falar em "exercício regular de um direito", já que o juiz "excedeu sua competência" e esse excesso foi ilegal (f. 814);

VII – o dano moral decorre também das inúmeras reportagens decorridas da prisão ilegal, bem como pelo fato de se tratar de "processo político", uma vez que a ação penal teve início há 10 anos e ainda não foi julgada em primeiro grau (f. 820-1);

VIII – o dano material decorre da suspensão da atividade laboral enquanto presos ilegalmente, enfatizando que, dentre os acusados, *"alguns eram vereadores e um deles Vice-Prefeito de Anaurilândia, sendo que, por causa da prisão, a Câmara Municipal e a Prefeitura deixaram de pagar-lhes os salários"* (f. 823).

Ao final, postulam a reforma da sentença, a fim de que a ação seja julgada procedente.

O apelo foi recebido em ambos os efeitos (f. 829).

O Estado apelado deixou de apresentar contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 30.11.2010)

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário -interposto por Adão Domingos da Rocha e outros contra sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande nos autos da Indenização movida contra Estado de Mato Grosso do Sul**.**

Buscam os apelantes indenizações por supostos danos materiais e morais sofridos em decorrência de prisão que afirmam ilegal, visto que decretada por Juiz incompetente para o feito.

Ab initio, esclareço que, em casos como o dos autos, a análise da responsabilidade do Estado deve ser feita com base na teoria subjetiva, e não objetiva, como pretendem os apelantes.

Isso decorre da distinção estabelecida pela própria Constituição da República, que inseriu em seu inciso LXXV do art. 5º[1] disposição especial, diversa da regra geral do art. 37, § 6º[2], garantindo aos cidadãos o direito de pleitear indenização por erros judiciários.

Dessa forma, sempre que os autos envolverem análise de atos jurisdicionais típicos, para fins de apuração de responsabilidade estatal decorrente de alegado erro judiciário, necessário se fará a análise da prova do elemento subjetivo - dolo ou culpa.

Estabelecido o regime de responsabilidade civil, passo a analisar o caso dos autos.

Pois bem. Os apelantes tiveram sua liberdade cerceada em 24.4.1996, em virtude de prisão preventiva decretada nos autos da Ação Penal n. 002/96, da Comarca de Anaurilândia. Em dezembro do mesmo ano, foi proferida sentença condenatória (f. 122-221), mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Em 13.5.1997, porém, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 5.278, determinou a anulação do processo *ab ovo* (f. 223-8*),* conforme se vê:

> CONSTITUCIONAL. PREFEITO MUNICIPAL. AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA.
>
> - Nulidade. Sua decretação a partir do recebimento da denúncia por juiz incompetente, dado caber ao Tribunal de Justiça do Estado processar e julgar prefeito municipal.
>
> - *Habeas Corpus*. Extensão da ordem em favor dos corréus na ação penal por crime de formação de quadrilha.

Em análise detida dos autos, verifica-se que, em verdade, quando da prisão ilegal, o apelante Napolão Lima não mais ocupava o cargo de Prefeito Municipal como alega, embora os fatos que ensejaram a denúncia tivessem ocorrido ainda quando da sua gestão.

Infere-se da denúncia oferecida pelo Ministério Público que o apelante Napoleão foi qualificado como *"*ex-Prefeito de Anaurilândia*"* (f. 49), extraindo-se da narrativa dos fatos pelos quais estavam sendo acusados que *"*durante a administração anterior, de Napoleão*"* (f. 51). Da mesma forma, da sentença dos autos n. 002/96, constou expressamente que *"*os desvios começaram na gestão do ex-Prefeito, o denunciado Napoleão Pereira de Lima*"* (f. 125).

Mesmo em tendo os fatos narrados sido cometidos enquanto o referido apelante ainda era Prefeito, quando do recebimento da denúncia e decreto de prisão preventiva, tal circunstância não mais se verificava, sendo cediço que, à época dos fatos (1996), o art. 29, X, da Constituição Federal[3] determinava que o alcaide fosse processado e julgado diretamente pelo Tribunal de Justiça. Entrementes, silenciava a Norma Maior a respeito daqueles que já haviam deixado o cargo.

Como bem esclarecido pela ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Ariadne de Fátima Cantú da Silva, em seu parecer de f. 839-47, *"o próprio Tribunal de Justiça do Estado reconhece a competência dos juízes de primeiro grau para processar e julgar os ex-prefeitos"* (f. 842).

---

1 LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

2 Art. 37. [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

3 X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

Por sua vez, não se pode perder de vista que o § 1º do art. 84 do CPP, que determinava *"a competência especial por prerrogativa de função, relativa aos atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública",* somente foi inserido pela Lei n. 10.628 de 2002, ou seja, posteriormente até mesmo à anulação do processo que ensejou a prisão dos apelantes pelo STJ.

Além do mais, em 2005, tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF. Vejamos

> EMENTA: Reclamação: competência por prerrogativa de função para o julgamento de ação civil pública por improbidade administrativa contra Prefeito Municipal: alegação de desrespeito à decisão da ADIn n. 2797 - MC: improcedência. O Supremo Tribunal concluiu o julgamento da ADIn n. 2797 (15.9.2005, Inf/STF 401) e declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do art. 84, do C. Proc. Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei n. 10.628/02. Agravo regimental desprovido. (Rcl n. 2910 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 9.8.2006, DJ de 25.8.2006).

Antes de 2002, a redação do art. 84 limitava-se à determinação de que *"A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade"*, igualmente silenciando a respeito daqueles que não mais exercem cargos.

Considerando tanto o silêncio da norma, quanto o fato de que a Constituição Federal é posterior ao Código de Processo Penal, resta evidente que, ao aceitar a denúncia e decretar a prisão preventiva dos acusados, o magistrado de primeiro grau não desrespeitou qualquer prerrogativa de lei, como pretendem fazer crer os apelantes.

O fato de, posteriormente, o feito ter sido anulado pelo STJ, que entendeu pela aplicação da prerrogativa ao ex-alcaide, não é capaz de comprovar dolo ou culpa do julgador, sem os quais, não há falar em ato ilícito indenizável.

Vale destacar que os Tribunais pátrios não estão vinculados ou adstritos ao entendimento dos Tribunais Superiores (STJ e STF), motivo pelo qual o fato de, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça ter estendido o benefício ao ex-prefeito, anulando o processo criminal (*HC* n. 5.278) em nada modifica a questão posta.

Por outro lado, verifica-se que, ao decretar a prisão preventiva dos apelantes, então acusados, o magistrado valeu-se das inúmeras provas existentes dos autos, justificando o preenchimento dos requisitos exigidos no art. 312 do CPP[4] para a sua decretação. Vejamos trechos da decisão:

> Está provado nos autos pela vasta documentação bancária, e foi confessado pelos próprios representados quando de suas respectivas defesas preliminares, que quantias de dinheiro pertencente ao erário público municipal foram depositadas em contas particulares deles. Caracterizada, portanto, ao menos em tese, a materialidade dos crimes de peculato imputados aos representados.
>
> A prova inconteste dos depósitos de dinheiro da Prefeitura nas contas particulares dos representados é indício de autora forte o suficiente para o decreto da preventiva.
>
> [...]
>
> Percebe-se, então, estarem presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. A materialidade dos delitos imputados aos representantes foi bem demonstrada. Os indícios de autoria são fortes. Os representados, livres, constituem real ameaça à normal colheita de provas. Por derradeiro, cabe anotar que os peculato e a quadrilha descritos na

4 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei n. 8.884, de 11.6.1994)

> denúncia foram de grande repercussão, tanto que o Procurador-Geral de Justiça chegou a designar um Promotor de Justiça para a missão específica de investigar os fatos e denunciar os eventuais culpados. É grande a cobrança por uma solução célere e justa.
>
> O encarceramento preventivo de todos os representados, portanto, impõem-se. Por conveniência da instrução crimina, já que os representados, em liberdade, tem o comprovado poder de intimidade testemunhas, forjar declarações e falsificar documentos. E para garantia da ordem pública, já que a sociedade não se conforma mais com a morosidade dos órgãos da Justiça e há o sério risco de desprestígio do Judiciário. (f. 81-90)

Oportuno trazer à baila ensinamentos do ilustre jurista Sérgio Cavalieri Filho sobre o assunto:

> Decretada a medida nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não existe ilícito. Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito, nem no estrito cumprimento do dever legal.
>
> Há que se entender-se, então, que a responsabilidade do Estado, de que trata o art. 37, § 6º da Constituição, só é de admitir-se nas hipóteses de atos eivados de alguma ilicitude. O Estado só responde por atos lícitos nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei. - (**Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 212).

Como se vê, se houve o decreto de prisão, naquele momento, havia uma situação fática autorizadora. O exame dos fatos revela que a decisão judicial que determinou a prisão dos apelantes não contém erro grave ou grosseiro nem mesmo manifesta uma atuação jurisdicional negligente, imperita ou imprudente.

Dessa feita, não verifico dos autos qualquer ato ilegal praticado pelo magistrado que decretou as prisões preventivas dos ora apelantes tampouco prova elemento subjetivo - dolo ou culpa -, ou seja, intenção do julgador em prejudicar os acusados, a amparar a pretensão dos autores.

Nestes limites, a responsabilidade pela atividade jurisdicional não pode ser imputada ao ente estatal, na medida em que foi desenvolvida de forma legítima e se pautou na Lei.

Ex positis, com o parecer, nego provimento ao apelo.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Revisor)

De acordo com o voto do relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. OSWALDO R. DE MELO). O RELATOR E O REVISOR NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 14.12.2010)

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

Pedi vista dos autos para melhor analisá-los. Trata-se de recurso de apelação interposto por Adão Domingos da Rocha, Aldo Vera Júnior, Alexander Gonçalves Junker, Antonio Ari Bastos, Ernesto Aparecido Costa Paceliuka, Fábio Domingos da Rocha, Napoleão Pereira de Lima, Nilso de Oliveira Silva, Pedro Arizoli

Correa Batista, Sebastião Zaia e Valcir Ferminio Padilha contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos por eles formulados na ação de indenização por danos morais e materiais com pedido liminar de justiça gratuita ajuizada contra o Estado do Mato Grosso do Sul.

O presente recurso de apelação visa à reforma da sentença a fim de condenar o Estado ao pagamento de indenização por suposto erro judiciário, qual seja, a prisão preventiva dos recorrentes realizada por juiz incompetente, visto que um dos investigados, no crime de formação de quadrilha, era prefeito municipal, o que deslocaria a competência para o Tribunal de Justiça do Estado.

O Ilustre Desembargador Relator votou no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a sentença monocrática, aduzindo que "*considerando tanto o silêncio da norma, quanto o fato de que a Constituição Federal é posterior ao Código de Processo Penal, resta evidente que ao aceitar a denúncia e decretar a prisão preventiva dos acusados, o magistrado de primeiro grau não desrespeitou qualquer prerrogativa de lei, como pretendem fazer crer os apelantes*". O Ilustre Desembargador Revisor o acompanhou.

Assim, a questão a ser resolvida é se existe dano moral e material a ser reparado por conta da prisão preventiva dos recorrentes por juiz considerado pelo STJ como incompetente para análise do feito, já que o crime investigado teria a participação de Prefeito, o que transfere a competência para o Tribunal de Justiça do Estado.

Como é cediço, a responsabilidade civil do Estado tem princípios próprios e mais rigorosos que os que regem o regime de direito privado, já que o serviço público (a atividade pública) é imposta pelo Estado visando ao interesse de uma coletividade. A ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica e inevitável da noção de Estado Democrático de Direito, especialmente com a adoção do princípio da isonomia, onde todos são iguais perante a lei.

Considerando que todos (a coletividade) obtêm um benefício em face de um prejuízo individual, hipótese esta em que resta caracterizada a ofensa ao princípio da isonomia, é de vital importância o restabelecimento da situação de equilíbrio, que se faz mediante o pagamento de indenização.

Além disso, encontra-se fundamentada tal responsabilidade pela ideia de República, que traz consigo a noção de um regime institucionalizado, ou seja, onde todas as autoridades são responsáveis. A Constituição Federal ressalta a responsabilidade em dois artigos: artigo 5º, LXXV, e artigo 37, § 6º.

Dois são os fundamentos para tal responsabilização, quais sejam (a) quando o comportamento for ilícito, o dever de reparar o dano é contrapartida do princípio da legalidade; (b) quando o comportamento foi lícito, o fundamento desta responsabilidade é garantir uma equânime repartição dos ônus proveniente de atos ou efeitos lesivos, evitando-se que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos, partindo, assim, tal fundamentação do princípio da igualdade.

A Constituição Federal de 1988 traduz no § 6º do artigo 37, em regra, duas responsabilidades: (1) uma objetiva, para as ações das pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos e (2) outra subjetiva, no caso de omissão. Na primeira, basta que o administrado alegue e comprove tão somente a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre a atuação/omissão da pessoa jurídica de direito público e o prejuízo causado, cabendo àquele desconstituir a afirmação; enquanto na segunda o autor precisará alegar e provar, além dos elementos anteriormente mencionados, o dolo ou a culpa.

Dessa forma, indaga-se: qual a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro: a teoria do risco integral ou a teoria do risco administrativo? Como é sabido, na teoria do risco integral a pessoa jurídica de Direito Público sempre terá o dever de indenizar, não sendo admissível, em nenhuma hipótese, excludente de responsabilidade. Por outro lado, na teoria do risco administrativo, admite-se excludente de responsabilidade.

No Brasil, em regra, segue-se a teoria do risco administrativo, sendo que a maioria dos doutrinadores sustenta que em determinados casos não será admissível excludente de responsabilidade, hipótese esta última em que se adotaria, portanto, a teoria do risco integral (exemplo: material bélico/explosivo).

Três são os tipos de danos que podem ser causados pela pessoa jurídica de Direito Público: (1) dano por ação, (2) dano por omissão e (3) dano dependente de situação produzida pela pessoa jurídica de Direito Público, diretamente propiciatória.

No caso de dano por ato comissivo, o próprio comportamento do ente gera um prejuízo, aplicando-se a responsabilidade objetiva. O ente administrativo goza do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros, detendo o dever de praticar atos em benefícios de todos, os quais, todavia, podem trazer gravames para algum ou alguns membros da coletividade, surgindo motivo suficiente para a vítima reclamar a restauração do seu patrimônio jurídico.

Entretanto, há danos que decorrem da omissão das pessoas jurídicas de Direito Público (não agiu quando devia, agiu tardiamente ou agiu mal), aplicando-se a responsabilidade subjetiva. Neste caso, deve-se analisar se a pessoa jurídica tinha o dever de impedir o dano, sob pena de faltar-lhe razão para imposição do encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade por ato omissivo é sempre por comportamento ilícito e, por conseguinte, subjetiva, haja vista que não há conduta ilícita das pessoas jurídicas de Direito Público que não seja proveniente de negligência, imprudência, imperícia ou deliberado propósito de violar a norma que constituía em dada obrigação (dolo).

A Responsabilidade Civil do Estado é um assunto deveras extenso. Por isso, faz-se necessário delimitar o tema para fins de analisar a presente demanda, levando-se em conta a responsabilidade do Estado para o caso de atos judiciários. Frise-se que há distinção entre os denominados atos judiciais/jurisdicionais e atos judiciários. Aqueles são praticados no exercício específico da função do juiz (atos processuais caracterizadores da função jurisdicional), ao passo que os judiciários são os atos administrativos de apoio praticados no Judiciário, como é o caso destes autos, em que eventual conduta estatal lesiva ao direito da parte emanou dos auxiliares da justiça. Nesse último caso, não se têm dúvidas de que a responsabilidade do Estado é objetiva.

Assim, colhe-se excerto de Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo:

> [...] em relação aos atos não jurisdicionais praticados pelo juiz e pelos demais órgãos de apoio do Poder Judiciário, não há o que se discutir: sobre eles incide normalmente a responsabilidade objetiva da Administração, na modalidade risco administrativo, porque se trata de meros atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário. Enquadram-se nessa categoria de atos todos aqueles que dizem respeito à atividade de apoio administrativo do Poder Judiciário, quer tenham sido praticados pelo juiz ou por outros agentes daquele Poder (escrivães, motoristas, oficiais de justiça etc)[5].

Portanto, conclui-se que livre de quaisquer questionamentos, com relação aos atos judiciais que não impliquem função tipicamente jurisdicional, é cabível a responsabilidade estatal objetiva por se tratar de atos administrativos quanto ao seu conteúdo. Já nos atos jurisdicionais típicos, a regra é a da irresponsabilidade, guardadas as exceções legalmente estabelecidas.

Frise-se, "*a regra é a inexistência de responsabilidade civil por atos jurisdicionais. Especificamente em relação ao erro judiciário, e excepciona-se essa regra, devendo-se notar que o erro judiciário de que trata a Constituição Federal, em seu art. 5°, LXXV, restringe-se a erro concernente à esfera penal. Entenda-se bem, no caso de erro judiciário cometido na esfera penal, o Estado pode ser condenado, na esfera cível, a indenizar a vítima do erro*"[6].

5 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente de. **Direito Administrativo Descomplicado**. Niterói: Impetus, 2007. p. 539.

6 Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo. Op. Cit. p. 539.

Sobre este tema, preleciona Sérgio Cavalieri Filho:

> No exercício da atividade tipicamente judiciária podem ocorrer os chamados erros judiciais, tanto *in judicando* como *in procedendo*. Ao sentenciar ou decidir, o juiz, por não ter bola de cristal nem o dom da adivinhação, está sujeito aos erros de julgamento e de raciocínio, de fato ou de direito, importa dizer que a possibilidade de erros é normal e até inevitável na atividade jurisdicional [...]
>
> Ora, sendo impossível exercer a jurisdição sem eventuais erros, responsabilizar o Estado por eles, quando involuntários, inviabilizaria a própria justiça, acabando por tornar irrealizável a função jurisdicional. Seria, em última instância, exigir do Estado a presença de uma justiça infalível, qualidade, esta, que só a justiça divina tem.
>
> É justamente para evitar ou corrigir erros que a lei prevê os recursos, por vezes até em número excessivo [...]
>
> Daí o entendimento predominante, no meu entender mais correto, no sentido de só poder o Estado ser responsabilizado pelos danos causados por atos judiciais típicos nas hipóteses previstas no art. 5°, LXXV, da Constituição Federal. Contempla-se, ali, o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Por erro judiciário deve ser entendido o ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil; ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial) no exercício da função jurisdicional [...]
>
> Nem sempre será tarefa fácil identificar o erro, porque para configurá-lo não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será preciso uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, como, por exemplo, condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má-fé[7].

Transportando tais conceitos para o caso em epígrafe, enfrentamos a pretensão dos recorrentes em responsabilizar o Estado por conta da prisão cautelar em processo criminal realizada por juiz que, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu como incompetente.

Ora, em nenhum momento nos autos, por se tratar de responsabilidade por ato judicial típico – decisão que decretou prisão preventiva –, ficou provado que o juiz tenha agido com abuso de autoridade, ou que seu ato tenha sido flagrantemente ilegal.

É de se ver que, ao tempo da prisão, o investigado Napoleão Pereira de Lima já não mais era prefeito. Por isso, surgiu o questionamento acerca da manutenção do Foro especial em favor dos apelantes. E, acerca dessa matéria, importa frisar que não havia legislação contemplando a situação do ex-prefeito.

Por isso, tendo o juiz de instância singular determinado a prisão preventiva naquela situação, não há dizer que o ato praticado por ele foi ilegal, exatamente porque nem sequer havia legislação que o orientasse no sentido de ser ou não competente.

Ademais, colhe-se dos autos que a prisão preventiva obedeceu aos ditames legais para sua realização, já que estavam presentes seus requisitos autorizadores. Se a prisão estava suficientemente fundamentada, com observância de seus requisitos autorizadores, não há falar em erro judiciário e, quiçá, em ilegalidade capaz de justificar o decreto condenatório do Estado.

Nesse sentido, colhe-se recente julgado do STJ:

7 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 262-3.

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE ERRO DO JUDICIÁRIO. FALTA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DO DISPOSITIVO TIDO POR VIOLADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA N. 284/STF. ACÓRDÃO DECIDIDO COM BASE EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS (ART. 5º, LXXV, DA CF). NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 126 DO STJ. RAZÕES RECURSAIS NÃO IMPUGNAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 182/STJ.
>
> 1. A decisão agravada não conheceu do recurso especial, sob os seguintes fundamentos: a) falta de indicação do dispositivo infraconstitucional tido por afrontado, ainda que o inconformismo se baseie na alínea "c" do permissivo constitucional, o que revela a deficiência na fundamentação recursal, incidindo a Súmula n. 284 do STF; e b) o Tribunal de origem decidiu a causa sob enfoque constitucional, no sentido de que a prisão preventiva decretada nas hipóteses e nos limites autorizados pela lei processual penal não se enquadra no caso de erro do judiciário indenizável de que trata o art. 5º, LXXV, da CF.
>
> 2. É condição básica de qualquer recurso que o recorrente apresente os fundamentos jurídicos para a reforma da decisão atacada. No caso do agravo regimental previsto no art. 545 do CPC, o agravante deve impugnar, especificamente, todos os fundamentos da decisão monocrática guerreada, o que não ocorreu na hipótese dos autos.
>
> 3. No presente caso, o agravante deixou de rebater o ponto principal da decisão agravada, que seria a aplicação da Súmula n. 284 do STF, porquanto não fora indicado nas razões do recurso especial qual dispositivo infraconstitucional teria sido violado; atraindo, dessa forma, o óbice da Súmula n. 182/STJ, *in verbis*: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".
>
> 4. Agravo regimental não conhecido. (STJ, AgRg no REsp n. 1194881/SP, Primeira Turmas, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 28.9.2010, DJ de 7.10.2010).

Aliás, como bem decidiu o juiz singular, "*o juiz decretou a prisão preventiva com base na prova documental que lhe foi apresentada, na legislação processual penal e na Constituição da República*". Por conseguinte, se não há provas de que o magistrado tenha agido com erro, dolo, culpa ou má-fé no ato do decreto prisional, não há falar em condenação do estado por erro judicial.

Ademais, lembre-se 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.[8]

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.

8 *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea *Apud* Ovídio A. Batista da Silva. **Curso de processo civil.** 5 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 345. v. 1.

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. [9]

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, tem, portanto, o ônus suma importância.

Entretanto, *in casu,* os apelantes não cumpriram com o ônus que lhes cabia, deixando de fazer prova inequívoca quanto à existência de erro judiciário na decisão que determinou a prisão preventiva em processo criminal contra eles instaurado. Assim, mantiveram-se inertes, deixando incidir o princípio: o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*).

Diante do exposto, acompanho o Ilustre Desembargador Relator e o Desembargador Revisor, votando no sentido de negar provimento ao recurso de apelação, mantendo-se a sentença prolatada pelo juiz de primeira instância.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Marco André Nogueira Hanson e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2010.

***

9 Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 312.

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.034752-1 - Jardim
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – HERDEIRO INCAPAZ – AVALIAÇÃO DOS BENS – NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO.

1 - Havendo herdeiros incapazes é necessária a avaliação judicial dos bens do espólio, conforme disposto no artigo 1007 do Código de Processo Civil.

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

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Jardim, que julgou por sentença a partilha de f. 153-9 e retificação de f. 165, dos autos de inventário dos bens deixados por Henrique Rosalino.

Afirma, em suma, que a sentença deve ser anulada para que outra seja proferida somente depois que o Estado recorrente analisar a ocorrência de doação e, em caso positivo, haja o recolhimento do respectivo imposto.

Diz que, em razão da ausência de avaliação judicial dos bens inventariados, ficou impedido de averiguar se na partilha apresentada houve eventual doação entre os herdeiros, o que constitui fato gerador do ITCD, nos termos do disposto pelo art. 122, V, do Código Tributário Estadual (Lei Estadual n. 1.810/1997).

Pugna pelo provimento do recurso.

A PGJ, em seu parecer de f. 210-3, opina pelo conhecimento e provimento do apelo, a fim de que seja anulada a sentença, prosseguindo-se o processo com a realização da avaliação do imóvel inventariado.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Jardim, que julgou por sentença a partilha de f. 153-9 e retificação de f. 165, dos autos de inventário dos bens deixados por Henrique Rosalino.

Afirma, em suma, que a sentença deve ser anulada para que outra seja proferida somente depois que o Estado recorrente analisar a ocorrência de doação e, em caso positivo, haja o recolhimento do respectivo imposto.

Diz que, em razão da ausência de avaliação judicial dos bens inventariados, ficou impedido de averiguar se na partilha apresentada houve eventual doação entre os herdeiros, o que constitui fato gerador do ITCD, nos termos do disposto pelo art. 122, V, do Código Tributário Estadual (Lei Estadual n. 1.810/1997).

Pugna pelo provimento do recurso.

No caso em tela, há entre os herdeiros um filho do falecido que é incapaz - Paulo Henrique Sartor Rosalino (f. 59-60) -, evidenciando-se a necessidade da avaliação judicial consoante requer o apelante. Explico:

O artigo 1007[1] do Código de Processo Civil determina que não se procederá à avaliação dos bens somente quando todos os herdeiros são capazes e após anuência da Fazenda Pública.

Assim, ante a existência de herdeiro incapaz, é necessária a avaliação dos bens inventariados.

Ainda, após a realização da avaliação judicial dos bens inventariados, será possível a análise por parte da Fazenda Pública acerca da existência de doação praticada na partilha apresentada nos autos e, em caso positivo, o devido recolhimento do tributo – ITCD.

Acerca da matéria, confira-se a jurisprudência de Tribunal Pátrio:

> EMENTA - INVENTÁRIO - DISCORDÂNCIA QUANTO À AVALIAÇÃO - HERDEIROS INCAPAZES - AVALIAÇÃO JUDICIAL DOS BENS ARROLADOS - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.007 E 1.036, § 1º, DO CPC.
>
> Segundo disposto nos artigos 1.007 e 1.036, § 1º, do CPC, havendo discordância quanto à avaliação dos bens apresentada pelo inventariante, bem como a existência de herdeiros incapazes, é necessária a realização de avaliação judicial dos bens arrolados. (Ag n. 1.0024.01.088564-8/001, Rel. Des. Edílson Fernandes, publicado em 20.4.2006).
>
> AGRAVO REGIMENTAL. INVENTÁRIO. HERDEIROS INCAPAZES. AVALIAÇÃO DOS BENS. NECESSIDADE.
>
> Havendo herdeiros incapazes é necessária avaliação judicial dos bens do espólio, conforme disposto no artigo 1007 do Código de Processo Civil. (TJMG, AgRg n. 1.0024.08.218134-8/002 em Ag n. 1.0024.08.218134-8/001, Belo Horizonte, Rel. Des. Antonio Sérvulo, julgado em 15.6.2010).

Em face do exposto, conheço do recurso de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, dando-lhe provimento, a fim de tornar insubsistente a sentença *a quo*, determinando, em consequência, o normal prosseguimento do feito, com a avaliação judicial dos bens inventariados.

1 Art. 1007 do CPC dispõe: "Sendo capazes todas as partes, não se procederá à avaliação, se a Fazenda Pública, intimada na forma do art. 237, I, concordar expressamente com o valor atribuído, nas primeiras declarações, aos bens do espólio".

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 15 de fevereiro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.003273-3 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – DEMOLIÇÃO DE CASA DO CONTRATO DE COMODATO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o Município desrespeitou o aviso de desocupação que ele próprio emitiu, no qual concedia o prazo de 5 dias para o comodatário deixar o bem, demolindo a casa no dia seguinte da notificação, violou o principio da boa-fé e do *venire contra factum proprium*, sendo devida a indenização.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de março de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Campo Grande contra sentença proferida pelo douto Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que, nos autos da ação de reparação de danos proposta por Ramão Peralta e outro, julgou improcedentes os pedidos.

Alega que a decisão vergastada deve ser reformada pelos seguintes motivos, em síntese:

1. A reparação por danos materiais desconfigura a natureza jurídica do contrato de comodato para o de locação, ou qualquer outro de caráter oneroso, de acordo com o que estabelece a legislação civil em vigor à época dos fatos.

2. O contrato pactuado entre as partes, de comodato, determina que não há indenização das benfeitorias realizadas no imóvel, razão pela qual se demonstra equivocada a decisão *a quo* ao considerar a necessidade de notificação de extinção do contrato.

3. Em momento algum os apelados deduziram em juízo a pretensão de anular ou revisar as cláusulas de contrato ali previstas, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

4. Não é devida a indenização da benfeitoria construída pelos apelados, sujeito à descaracterização da natureza gratuita do contrato de comodato celebrado entre as partes.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso para, reformando a decisão vergastada, julgar improcedente o pedido constante na petição inicial com inversão do ônus de sucumbência.

Em contrarrazões, os apelados propugnam pela manutenção da decisão de primeiro grau.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Campo Grande contra sentença proferida pelo douto Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que, nos autos da ação de reparação de danos proposta por Ramão Peralta e outro, julgou improcedentes os pedidos.

Alega que a decisão vergastada deve ser reformada pelos seguintes motivos, em síntese:

1. A reparação por danos materiais desconfigura a natureza jurídica do contrato de comodato para o de locação, ou qualquer outro de caráter oneroso, de acordo com o que estabelece a legislação civil em vigor à época dos fatos.

2. O contrato pactuado entre as partes, de comodato, determina que não há indenização das benfeitorias realizadas no imóvel, razão pela qual se demonstra equivocada a decisão *a quo* ao considerar a necessidade de notificação de extinção do contrato.

3. Em momento algum os apelados deduziram em juízo a pretensão de anular ou revisar as cláusulas de contrato ali previstas, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

4. Não é devida a indenização da benfeitoria construída pelos apelados, sujeito à descaracterização da natureza gratuita do contrato de comodato celebrado entre as partes.

A decisão de primeiro grau restou proferida nos seguintes termos:

> [...] O pedido de indenização por danos materiais decorrentes da demolição da construção que os autores tinham na área do comodato já fora formulado nos autos da ação cadastrada sob o n. 001.03.036041-3.
>
> No entanto, como se vê da sentença lá proferida, a petição inicial foi julgada inepta, parcialmente.
>
> Não há, portanto, incidência da coisa julgada, ante a não apreciação do mérito naquela ação.
>
> O pedido é, também, juridicamente possível, pois versa sobre indenização por danos materiais decorrentes de ato comissivo da ré.
>
> [...]
>
> Naquela sentença, porém, consta não ter o Município impugnado o fato alegado pelos autores, de existência da construção. Apenas após a prolação daquela é que o réu, ao contestar a presente, sustenta não haver prova da existência da edificação.
>
> Sem aplicar a revelia, a anterior omissão do Município consiste em forte indício de que realmente havia uma construção na área, o que vem a ser confirmado com a 2ª fotografia, acostada às f. 25.

A confissão ficta do autor no primeiro processo, registrada na sentença lá proferida, somada à fotografia, constituem prova suficiente da existência da construção, dispensando a produção de prova testemunhal para este fim.

Igualmente a demolição não é fato negado pelo Município, que se limita a afirmar que dela não há prova, pois as fotografias não retratam escombros, mas desconsidera que foram tiradas quando os autores ainda ocupavam a área.

Veja-se, também, que o Município foi bastante incisivo sobre a necessidade de realização de acordo, sob pena da adoção de medidas coercitivas para a desocupação da área, conforme f. 83, do processo n. 001.03.036041-3:

Estivemos em sua casa para fazer-lhe uma proposta amigável, como não o encontramos, solicitamos o seu comparecimento a Empresa Municipal de Habitação – EMHA no prazo de 24 horas a contar desta data.

O seu não comparecimento pode gerar problemas em relação a sua moradia. (grifo nosso).

Inegável a intenção do réu em demolir o prédio dos autores e não ter ocorrido acordo que permitisse sua remoção.

É isento de dúvidas, pois, que havia uma construção de madeira no local e foi esta derrubada pelo réu, quando se reintegrou na posse da área, não dando tempo aos autores para sua desmontagem e remoção, como previsto no contrato.

Resta apenas constatar o valor da construção.

O prédio rústico foi derrubado há muitos anos. Não há mais vestígios que permitam a realização de perícia, a fim de apurar seu valor exato.

Por outro lado, os documentos acostados pelo autor constituem em orçamento do material necessário à edificação de outra construção, mas representam materiais novos e com valores de 2006 e não aqueles que estavam na construção, com a inevitável depreciação do tempo.

A declaração de f. 32 igualmente datada de 2006, muito depois da derrubada, implica em valor de mão-de-obra para uma construção de 72m².

No entanto, o contrato de comodato limitava a construção a 50m², de estrutura removível, para que pudesse ser retirada a seu término.

O comodante evidentemente não estava a autorizar a edificação de habitação residencial, pois a finalidade do comodato era exclusivamente a horticultura e não a moradia, mas sim a um galpão ou semelhante, para guarda de materiais e ferramentas.

Qualquer coisa que tenha porventura excedido os limites do contrato constitui ato ilícito, do qual não pode derivar direito à indenização.

Assim sendo, os autores tem direito a serem indenizados por uma construção rústica, em madeira, já com dez anos de existência, com 50m² e um único cômodo.

Tal indenização apenas é possível por arbitramento pois, como já mencionado, não há vestígios suficientes para uma avaliação exata e os documentos juntados não se prestam a definir sequer o valor que tenha sido gasto em realidade.

> Sendo o arbitramento fase de liquidação, também não tem sentido sua antecipação à fase de cognição, eis que depende de trânsito em julgado de sentença que o determine.
>
> Ante todo o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, para condenar o réu a pagar aos autores o valor a ser arbitrado para a construção demolida, em madeira, com 50m², de um único cômodo e com dez anos de uso. Condeno-o, ainda, a pagar honorários de advogado que arbitro em R$ 500,00, isentando-o das custas.

Para melhor análise das questões, faz-se necessário um breve elucidado.

O apelado celebrou contrato de comodato com a Secretaria de Habitação e Assuntos Fundiários em 3.8.199 (f. 17 *usque* 23), cujo objeto cedido era uma área denominada Área Verde 2, com 14066,64 m², no Bairro São Conrado, nesta Capital. Tal contrato tinha prazo determinado de 3 anos, e fora renovado por mais 3 anos em 28.8.1996 (f. 12).

Nesse terreno, o recorrido cultivava verduras e frutas destinadas à venda em feira livre e no próprio local, onde também edificou uma pequena casa para residência própria e de sua família.

Em 23.7.2002, recebeu uma Comunicação de Irregularidades (f. 24), em que ficou notificado a desocupar o imóvel em 5 dias. Contudo no dia seguinte, 24.7.2002, os prepostos do Município procederam à derrubada das cercas, postes e a demolição da casa, e, em razão disso, todo produto cultivado foi destruído por vândalos e animais.

Passo à análise das questões.

Embora norteado pelos princípios de direito administrativo, o caso versa sobre celebração de contrato de comodato de bem público celebrado entre ente público e particular, cujos efeitos são pertinentes aos estabelecidos no Código Civil/2002.

Restou incontroverso nos autos que o contrato de comodato firmado entre as partes em 3.8.199 (f. 17 *usque* 23) e renovado em 28.8.1996 (f. 12) encontrava-se em pleno vigor na data em que a casa foi demolida. Tendo em vista que o contrato de comodato em princípio tivesse seu prazo findado em 28.8.1999, prorrogou-se tacitamente, conforme o que dispõe o Código Civil, em seu artigo 581:

> Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

Ficou evidente, também, que o Município desrespeitou o aviso de desocupação que ele próprio emitiu (f. 24), no qual concedia o prazo desarrazoado de 5 dias para que o comodatário deixasse o bem, adentrando no dia seguinte após a notificação, o que impossibilitou, assim, que o particular retirasse seus pertences do local.

Essa atitude do Município violou a boa-fé e o princípio do *venire contra factum proprium*, quando criou expectativas irreais ao particular de que este teria o prazo de 5 dias para desocupação do bem.

A Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial n. 605.687 – AM, aclarou: *"Trata-se de aplicação do ensinamento consagrado entre os romanos, segundo o qual nemo potest venire contra factum proprium. Ora, nos termos de princípio invocável em nosso sistema jurídico, a ninguém é lícito venire contra factum proprium, isto é, exercer direito, pretensão ou ação, ou exceção, em contradição com o que foi a sua atitude anterior, interpretada objetivamente, de acordo com a lei (*cfr. Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, Campinas: Bookseller, 2000, p. 64*)."*

Em que pese o apelante, em um momento, pugnar pela aplicação das cláusulas contratuais do comodato e em outro pela extinção, tal contrato foi prorrogado tacitamente e as partes estão adstritas as suas cláusulas. Todavia as cláusulas contratuais jamais podem sobrepujar aos Princípios Gerais de Direito, mais especificamente o Princípio da Boa-Fé na realização dos contratos.

Sobre a boa-fé, dispõem os arts. 422 e 187 do Código Civil, *in verbis*:

> 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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Trata-se de responsabilidade civil do Município que, ao adentrar no lote, antes de expirar o prazo que ele mesmo concedeu, violou a boa-fé e a vedação do comportamento contraditório, o que resultou em dano ao particular.

Quanto à tese, do ora apelante, de que os atos de imitir-se na posse do bem e da demolição da casa supramencionada estavam abarcados pelo exercício regular de direito, tenho que também não merece guarida. Vejamos.

Salienta-se que referido instituto, excludente de ilicitude, não se configurou, pois o Município agiu de forma abusiva quando demoliu a casa do particular no dia seguinte à notificação, que concedia o prazo de 5 dias para a saída do apelado. Outrossim, o exercício regular de direito não pode servir de manto protetor a condutas ilícitas.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal consigna:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, os entes públicos têm o dever de indenizar os danos causados a terceiros pelos seus agentes, na condição de pessoa jurídica de direito público. A Lei n. 4.898/1965 também determina a responsabilidade civil, penal e administrativa, nos casos de ato lesivo ao patrimônio da pessoa natural, quando praticado com abuso de poder.

Neste sentido é o posicionamento desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – DESOCUPAÇÃO DE IMÓVEL DE DOMÍNIO PÚBLICO – EXCESSO DE PODER – DANOS AO PATRIMÔNIO PARTICULAR – DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Os atos públicos devem ser pautados nos princípios da legalidade, e proporcionalidade, dentre outros, sendo punível o excesso, mormente quando atinge bens de particulares, devendo o ente público responder objetivamente, consoante determina o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. (TJMS, AC n. 2009.033187-8, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 26.1.2010).

Reconhecida e comprovada a incontroversa quanto à existência de dano causado ao particular por parte do Município, demonstra-se correta a decisão de primeiro grau na procedência da ação, condenando o Município ao pagamento pela demolição da casa construída sobre o bem público.

Ex positis, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Município de Campo Grande.

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, 22 de março de 2011.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental em Pedido de Providência em Mandado de Segurança n. 2007.013001-2/0002-02 - Capital
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – EXECUÇÃO DE VENCIMENTOS E VANTAGENS ASSEGURADOS A SERVIDOR PÚBLICO CIVIL – PRETENSÃO DE EXPEDIÇÃO DE ORDEM À AUTORIDADE IMPETRADA PARA PAGAMENTO DE VALORES VENCIDOS DURANTE O TRÂMITE DO *MANDAMUS* – NÃO CABIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

Os vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados a servidor público civil, em sentença concessiva de segurança, vencidos e não pagos durante sua tramitação, devem ser objeto de prévia liquidação por cálculo, para posterior execução, nos próprios autos do *mandamus*, sendo descabida a expedição de ordem para compelir a autoridade impetrada a proceder à inclusão de verbas atrasadas diretamente em folha de pagamento de servidor (art. 1º, § 3º, da Lei Federal n. 5.021/66 c.c. art. 475-B do CPC).

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, 2 de março de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

João José Machado**,** devidamente qualificado, interpõe agravo regimental contra decisão (f. 53) prolatada pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça deste Estado que indeferiu o pedido para que fosse expedida ordem às autoridades coatoras, para compeli-las a implementar, em folha de pagamento dos impetrantes, verbas vencidas entre a data da impetração e a data do efetivo cumprimento do acórdão.

Alega o agravante estar a decisão combatida em desacordo com o entendimento segundo o qual a sentença de natureza mandamental deve ser cumprida imediatamente, sendo possível o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias vencidas desde a data inicial da impetração a servidor público civil independentemente de prévio processo de execução contra a Fazenda Pública ou de precatório.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça deste Estado que indeferiu pedido formulado pelo agravante para que fosse expedida ordem à autoridade coatora, no sentido de lhe assegurar o pagamento de valores atrasados, no interregno compreendido entre a data de impetração da segurança e a do cumprimento do v. acórdão.

A decisão agravada está vazada nos seguintes termos:

> Ainda o pedido de implantação da ordem em relação a data da impetração do mandado de segurança e a decisão que concede a ordem deve ser feita mediante execução contra a fazenda e não mediante pedido de providência, sendo assim, indefiro o último pedido da referida petição. (f. 53)

Como se vê, a decisão recorrida indeferiu, tão somente, a expedição de ordem à autoridade coatora para que ela efetuasse a inclusão de verbas atrasadas, em folha de pagamento dos impetrantes, porque tal expediente, além de não se encontrar previsto na Lei n. 5.021/66, importa em burla ao sistema de precatórios, inserto no art. 100 da Constituição Federal.

As verbas atrasadas são aquelas vencidas desde a impetração até o cumprimento da ordem, devendo elas ser calculadas pelos impetrantes para execução contra a Fazenda Pública, nos moldes dos artigos 730 e 731 do CPC, com ulterior extração de precatório e recebimento na forma prevista no artigo 100 da CF.

Nesse prisma, a execução de parcelas devidas entre a data de interposição do *writ* e o cumprimento da ordem em razão da concessão da segurança, deve ser feita pela modalidade prevista no artigo 1º, § 3º, da Lei n. 5.021/66 e artigo 100 da Constituição Federal, ou seja, apura-se o valor devido, mediante prévio procedimento de liquidação, executando-se, em seguida, na forma do artigo 730 do CPC, incluindo-se o valor final apurado em precatório para ser pago na sistemática do artigo 100 da CF, com caráter preferencial, posto ter a verba cunho alimentar.

Leia-se, a propósito, o inteiro teor do § 3º do artigo 1º da Lei Federal n. 5.021/66, *in verbis*:

> 3º. A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (arts. 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal.

Esclareça-se, por oportuno, que *"os atrasados, a que se refere o § 3º do art. 1º da Lei n. 5.021, sobre a liquidação, por cálculo, da sentença, não compreendem prestações vencidas anteriormente ao ajuizamento do pedido, senão, unicamente, as vencidas entre a impetração e a concessão do mandado de segurança"* (RTJ 75/163).

Observe-se, ainda, que as remissões feitas pelo art. 1º, § 3º, da Lei n. 5.021/66 ao Código de Processo Civil, correspondem, atualmente, a seus artigos 475-A a 475-H e ao artigo 100 da Constituição da República de 1988.

Daí conclui-se ser possível a execução imediata da ordem concessiva de segurança, no que tange ao pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias de servidores públicos, nos próprios autos do mandado de segurança[1].

De outro norte, em relação às parcelas vencidas entre a impetração e a concessão do *mandamus*, é necessária a prévia liquidação para posterior execução dos valores apurados, o que deverá ser feito de acordo com os artigos 475-B e 730/731 da Lei Processual Civil.

A propósito, Araken de Assis leciona que *"o provimento condenatório emitido contra a Fazenda Pública, à semelhança de quaisquer outros, subordina-se ao art. 475-B do Código de Processo Civil"*[2].

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 103.

2 ASSIS, Araken. **Cumprimento da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 116.

Em suma, prescinde-se de ação direta e autônoma a cobrança de vencimentos e vantagens que deixaram de ser pagos durante o trâmite do *mandamus*, vale dizer, entre o ajuizamento da inicial e o efetivo cumprimento da ordem, já que referidas parcelas seriam apenas reflexo do reconhecimento da ilegalidade do ato apontado como coator, tendo em conta que a obrigação de pagar os atrasados decorre, nesses casos em particular, de impositiva determinação legal.

Nesse sentido, é a orientação do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> RECLAMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUTOS DE RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS APÓS A IMPETRAÇÃO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO EM SEDE DE RECLAMAÇÃO. DESCABIMENTO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.
>
> 1. Consoante jurisprudência do STJ, o pagamento de verbas atrasadas em sede de mandado de segurança restringe-se às parcelas existentes entre a data da impetração e a concessão da ordem.
>
> 2. É vedada a condenação em verba de patrocínio na reclamação.
>
> Precedente.
>
> 3. Pedido que se julga procedente, para determinar o pagamento das verbas vencidas durante o período entre a data da impetração e a concessão da ordem, sob o regime de precatório. (STJ, RCl n. 2017/RS, Terceira Seção, Relª. Minª. Jane Silva (Des. convocada do TJMG), julgado em 8.10.2008, DJ de 15.10.2008).
>
> EMBARGOS À EXECUÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PARA OPOSIÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.180/2001. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. FAZENDA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. VENCIMENTOS E VANTAGENS ASSEGURADOS A SERVIDOR PÚBLICO. LEI N. 5.021/66.
>
> [...]
>
> 4. Por expressa previsão legal, prescinde-se de ação direta e autônoma para a cobrança de vencimentos e vantagens pecuniárias que deixaram de ser pagos a servidor público durante o trâmite do *mandamus*, cabendo desde logo a reparação pecuniária a ser apurada em simples liquidação por cálculos e executada nos próprios autos (art. 1º, *caput* e § 3º, da Lei n. 5.021/66 c/c 604 do CPC).
>
> 5. Nesses casos, a sentença concessiva de segurança deve ser considerada título executivo, apta a reparar os danos patrimoniais sofridos, mesmo que não contenha parte condenatória expressa nesse sentido (parágrafo 3º do artigo 1º da Lei n. 5.021/66).
>
> 6. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 783.286/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 10.4.2006).

Diante disso, cabe à parte impetrante, ora agravante, apresentar cálculo de liquidação dos valores a que têm direito, no período compreendido entre a data da impetração e a do efetivo cumprimento da ordem concessiva de segurança, para que se promova a execução do julgado, o que deverá ocorrer de acordo com os artigos 475-B e 730/731 da Lei Processual Civil independentemente da propositura de outra demanda.

Ante o exposto, 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. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 2 de março de 2011.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental em Precatório de Requisição de Pagamento n. 2008.037380-4/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO – DESCONTO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE VERBAS PAGAS ACUMULADAMENTE – OBRIGAÇÃO DE RETENÇÃO PELO ENTE DEVEDOR – POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

O Estado de Mato Grosso do Sul, quando for o órgão devedor, deverá promover as devidas retenções dos valores depositados, a teor do disposto no artigo 46 da Lei n. 8.541/92 c.c. os arts. 718 e 656 do Regulamento do Imposto de Renda.

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. Ausente, justificadamente, o 11º vogal.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Diniz Debessa Oviedo, não se conformando com a decisão (f. 62-4) que considerou como correta a retenção do imposto de renda efetuada pelo Estado de Mato Grosso do Sul sobre os valores pagos acumuladamente, interpõe agravo regimental, sustentando, em síntese, que o referido desconto deve-se dar mês a mês, observando a renda que deveria ter sido auferida e a incidência ou não do imposto.

Requer o provimento do recurso, para que seja declarada ilegal a retenção do imposto de renda sobre os valores pagos acumuladamente e, em consequência, a devolução dos valores retidos a mais.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Diniz Debessa Oviedo contra a decisão que considerou correta a retenção de imposto de renda sobre valores pagos acumuladamente.

A decisão objurgada está vazada nos seguintes termos:

> Pretende o requerente obter a devolução da importância que alega haver sido retida indevidamente, ao argumento de que, se houvesse sido pago à época devida, o desconto não ocorreria.
>
> Entrementes, compete ao Estado de Mato Grosso do Sul promover, quando for o órgão devedor, as retenções dos impostos porventura incidentes.
>
> O art. 46, da Lei Federal n. 8.541/92 dispõe que:
>
> O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.
>
> Assim, o Estado deverá efetuar a retenção e o requerente, no momento da elaboração de sua declaração de ajuste anual, deverá fazer os ajustes necessários.
>
> Outrossim, conforme apontado pelo Estado o art. 718, do Regulamento do Imposto de Renda, determina que:
>
> o imposto incidente sobre os rendimentos tributáveis pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte, quando for o caso, pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário (Lei n. 8.541, de 1992, art. 46)
>
> Da mesma forma, o art. 656, do referido regulamento, dispõe que:
>
> No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto na fonte incidirá sobre o total dos rendimentos pagos no mês, inclusive sua atualização monetária e juros (Leis n. 7.713/88, art. 12 e 8.134/90, art. 3º).
>
> Daí se segue que tendo o montante recebido sido acima do teto legal de isenção, a retenção é medida que se impõe.
>
> Ademais, além do precatório ser procedimento de natureza administrativa, o requerente não trouxe aos autos nenhuma prova de ser isento dos tributos reclamados, sendo que a questão poderá ser discutida no juízo de origem, onde a análise da questão poderá ser profundamente debatida.
>
> Em razão destas considerações, indefiro o pedido formulado por Diniz Debessa Oviedo. (f. 62-4)

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

Com efeito, limitou-se o recorrente a repetir os argumentos trazidos na insurgência recursal originária, não tendo apontado nenhum fundamento capaz de infirmar a decisão recorrida.

Ademais, nas razões de decidir, consignou-se que o agravante poderá valer-se das vias ordinárias para discutir a questão aqui debatida a qual demanda exame de documentos, não juntados, bem como verificação de eventuais decadência/prescrição, o que não é possível na via eleita.

Acrescente-se, ainda, que o agravante, ao fazer a declaração anual, poderá, demonstrando erro de cálculo, pedir a restituição do que foi pago a mais.

Ante o exposto, por não ter o recorrente apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração daquele *decisum,* nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 11º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Josué de Oliveira e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2011.

***

Órgão Especial
Mandado de Injunção n. 2009.029785-1 - Capital
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRELIMINAR ACOLHIDA APENAS EM RELAÇÃO À ASSEMBLEIA LEGISLATIVA ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – PRELIMINAR REJEITADA – MORA LEGISLATIVA – NORMA FEDERAL ANÁLOGA APTA A ASSEGURAR O DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL DA SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – INJUNÇÃO CONCEDIDA.

1. Incumbe ao Estado-membro editar, para seus servidores públicos, a lei complementar que deve reger a aposentadoria especial prevista no artigo 40, § 4º, incisos II e III, da Constituição Federal.

2. As leis que disponham sobre a aposentadoria dos servidores públicos civis estaduais são de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, de acordo com o artigo 67, § 1º, II, "b", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. A Assembleia Legislativa, por força da própria norma constitucional estadual, deve permanecer inerte até ser provocada pelo Chefe do Poder Executivo, razão pela qual não possui legitimidade passiva para responder ao mandado de injunção cujo objeto é a aposentadoria especial de servidor público estadual.

3. Afasta-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido se nenhum óbice existe a impedir que a impetrante requeira a injunção para ter reconhecido o alegado direito à aposentadoria especial, nem mesmo o juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar pleiteada.

4. Ante a prolongada mora legislativa, em editar lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, para normatizar a aposentadoria especial de servidor público estadual, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57, *caput* e § 1º, da Lei Federal n. 8.213, de 24.7.1991, a fim de assegurar à impetrante o direito de, preenchidos os requisitos, auferir o benefício da aposentadoria especial.

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, conceder a injunção, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Irenilde Barbosa de Souza, servidora estadual no cargo de Auxiliar de Serviços de Saúde, lotada na Secretaria de Estado de Saúde, com exercício no Presídio de Segurança Máxima Harry Amorim Costa, no Município de Dourados, impetra mandado de injunção em face da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul e do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, devido à ausência de regulamentação relativa à aposentadoria especial prevista no § 4º, incisos II e III, do artigo 40 da Constituição Federal.

Alega que é fundamental o direito à aposentadoria e que é necessário regulamentar os requisitos da aposentaria especial no âmbito estadual, em virtude de sua exposição aos agentes insalubres inerentes à atividade que desenvolve.

Requer seja-lhe assegurado o direito à aposentadoria especial, a ser exercido nos termos do artigo 57, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.213, de 24 de junho de 1991, ou em comando normativo ulterior que o venha substituir, até que seja editada regulamentação própria pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Instrui a petição inicial com os documentos de f. 24-141.

A Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul presta informações (f. 151-3), nas quais se limita a requerer sua exclusão do polo passivo, com base no argumento de que o projeto de lei relativo à aposentadoria especial de servidores é de iniciativa única e exclusiva do Governador do Estado.

O Estado de Mato Grosso do Sul junto com o Governador do Estado e, mais uma vez, a Assembleia Legislativa também prestam informações (f. 156-97), em que suscitam:

a) preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente da Assembleia Legislativa, porquanto a iniciativa do processo legislativo da aposentadoria de servidores públicos estaduais é do Chefe do Poder Executivo, conforme o artigo 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal e da simétrica norma da Constituição Estadual;

b) preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, tendo em conta que o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, *"estabelecer exceções ao disposto no inciso III, 'a' e 'c',* (*sic*) *ou seja, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas"* (f. 159), de sorte que, se o legislador não exerceu a faculdade que lhe foi conferida, não há direito constitucional criado nem possibilidade jurídica do pedido, em vista do disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal.

Aduzem que a pretensão esbarra no óbice anteposto pelo parágrafo único do artigo 5º da Lei n. 9.717/1998, que veda a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria.

Acentuam que a impetrante não pretende a integração da suposta ausência de lei complementar, mas o próprio deferimento de sua aposentadoria, e que o acolhimento do pedido invadiria a autonomia político-administrativa do artigo 25 da Constituição Federal.

No mérito, sustentam que o mandado de injunção deve ser denegado porque:

a) o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, assim como o § 3º do artigo 41 da Lei Estadual n. 2.207/2000, com redação dada pela Lei n. 3.150, de 22.12.2005, impõem que a aposentadoria especial seja criada por meio de lei complementar;

b) não está demonstrada, de plano, a efetiva exposição da impetrante às alegadas condições de insalubridade, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício;

c) lei que cria benefício previdenciário deve indicar a respectiva fonte de custeio, nos termos dos artigos 40, § 12; 169, § 1º, incisos I e II; e 195, § 5º, da Constituição Federal e do artigo 57, §§ 6º e 7º, da Lei n. 8.213/1991;

d) não é possível aplicar isoladamente o § 1º do artigo 57 da Lei n. 8.213/1991 ao caso, pois, no referido artigo:

d.1) o *caput* menciona os prazos de quinze, vinte ou vinte e cinco anos para auferir o benefício *"*conforme dispuser a lei*"* e na espécie não está definido o parâmetro temporal a ser seguido pelo Estado no caso dos Auxiliares de Serviço de Saúde;

d.2) o § 3º evidencia que aludido artigo não trata de atividades de risco, mas tão somente de trabalho submetido a condições que exponham o trabalhador a condições especiais e prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador;

d.3) os §§ 4º e 8º exigem a comprovação, além do tempo de trabalho, da exposição a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício;

d.4) o § 6º institui contrapartida contributiva pelo trabalhador submetido às condições descritas no § 4º e não houve tal contrapartida pela impetrante;

e) os artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991 devem ser interpretados e aplicados de forma combinada, pois é este último dispositivo que cuida da comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos;

f) o artigo 64 do Decreto n. 3.048/1999 também exige que seja comprovada a efetiva exposição aos agentes nocivos pelo período equivalente ao exigido para a concessão da aposentadoria especial.

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça suscita (f. 202-7) preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul sob o argumento de que a omissão legislativa não é estadual, mas federal, uma vez que o órgão competente para legislar a respeito da aposentadoria especial é o Congresso Nacional.

No tocante ao mérito, opina pela denegação do mandado de injunção.

VOTO (EM 24.11.2010)

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

1. Ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul

Inicialmente, autorizo o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul no feito, levando em conta que, em última análise, os efeitos almejados neste mandado repercutirão em seu direito subjetivo.

2. Questões preliminares

2.1 Ilegitimidade passiva

A Procuradoria-Geral de Justiça argui a ilegitimidade passiva dos impetrados no *mandamus*, com fundamento na tese de que o órgão competente para legislar a respeito da aposentadoria especial é do Congresso Nacional.

A respeito da forma de passagem do servidor público para a inatividade, o artigo 40 da Constituição Federal estabelece que, *in verbis*:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003).
>
> [...]
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
>
> I – portadores de deficiência;
>
> II – que exerçam atividades de risco;
>
> III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 5.7.2005). (Sublinhei.).

Ora, ao dispor que devem ser expressas em lei complementar as normas para a aposentadoria especial de servidores que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam concedidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, a norma constitucional de eficácia limitada apenas fixou o *quorum* qualificado para a aprovação da mencionada forma de jubilação.

A norma transcrita, porém, não cria restrições à iniciativa legislativa dos Estados.

A seu turno, o artigo 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal atribui ao Presidente da República a iniciativa privativa das leis que disponham sobre a aposentadoria apenas dos servidores públicos da União e dos Territórios, *in verbis*:

> Art. 61 [...]
>
> § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
>
> [...]
>
> II – disponham sobre:
>
> [...]
>
> c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Sublinhei.).

No texto do artigo 40, *caput* e § 4º, da Constituição Federal, não se vislumbra a intenção do constituinte reformador de estender ao Presidente da República a iniciativa privativa do projeto de lei complementar relativa à aposentadoria dos servidores públicos das outras entidades federativas, quais sejam, os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, cada ente federado detém a iniciativa para editar as normas referentes à aposentadoria dos seus servidores públicos.

Ademais, de acordo com o artigo 24, inciso XII e §§ 2º a 4º,[1] da Carta da República, é concorrente a competência da União e dos Estados para legislar sobre previdência social, ressaltando-se que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Além disso, enquanto a União não editar as normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, ficando suspensa a eficácia da lei estadual apenas no que for contrária à lei federal superveniente.

Logo, incumbe ao Estado-membro editar, para seus servidores públicos, a lei complementar que deve reger a aposentadoria especial prevista no artigo 40, § 4º, incisos II e III, da Constituição Federal.

Por isso, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul.

2.2 Ilegitimidade passiva da Assembleia Legislativa

De acordo com o artigo 67, § 1º, II, "b", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, as leis que disponham sobre a aposentadoria dos servidores públicos civis estaduais são de iniciativa do Governador do Estado, nos seguintes termos:

> 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:
>
> [...]
>
> II – disponham sobre:
>
> [...]
>
> 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;

Trata-se de iniciativa exclusiva do Governador do Estado,[2] por simetria com a iniciativa privativa atribuída analogamente ao Presidente da República pelo artigo 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal.

Em questão análoga, o Supremo Tribunal Federal acolheu o argumento de ilegitimidade passiva do Presidente do Senado Federal quando a iniciativa legislativa é privativa do Presidente da República, nos seguintes termos:

> Mandado de injunção. Ilegitimidade passiva do Presidente do Senado Federal se a iniciativa da lei é da alçada privativa do Presidente da República (CF, arts. 37, VIII; e 61, § 1º, II, c). (AgRg em MI 153, Rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 14.3.1990, DJ de 30.3.1990)[3].

Logo, se, no caso em apreço, existe omissão, é, sem dúvida, do Governador do Estado, a quem compete a iniciativa da lei e que não deu início ao respectivo projeto.

A Assembleia Legislativa, por força da própria norma constitucional estadual, deve permanecer inerte até ser provocada pelo Chefe do Poder Executivo.

---

1 Constituição Federal: "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII – previdência social, proteção e defesa da saúde; [...] § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

2 Constituição Estadual: "Art. 68. Não será admitido aumento de despesa prevista: I – nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvados os casos do art. 166, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal;"

3 **A Constituição e o Supremo: 20 anos de Constituição Federal**. Ed. Comemorativa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 212.

Destarte, a Assembleia Legislativa estadual carece de legitimidade passiva para responder à presente injunção, motivo por que acolho a preliminar em análise.

2.3 Impossibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido encontra-se, há muito, desprestigiada como condição de ação, com reflexo imediato no tocante à sua análise como preliminar.

Isso se dá porque, ainda segundo a lição de Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, "*a possibilidade fica satisfeita pela inexistência de norma expressa que proíba o exercício da ação. Portanto, a ausência de norma a regular a situação fática não enseja a impossibilidade jurídica*".[4]

No caso vertente, não há nenhum óbice para requerer a injunção a fim de ser reconhecido o alegado direito à aposentadoria especial. Nem mesmo o juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar pleiteada constitui impedimento o exercício da pretensão nesta via processual.

Quanto a ter ou não reconhecido tal direito, trata-se de matéria de mérito.

Portanto, rejeito também essa preliminar.

3. Mérito

No tocante ao mérito, este Egrégio Colegiado concedeu a ordem, por maioria, em diversos mandados de injunção que versavam sobre questão idêntica à presente.

No Mandado de Injunção n. 2009.020245-0, relatado pelo Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 18 de novembro de 2009, foi reconhecido que as sucessivas alterações do artigo 40 da Constituição Federal criaram o direito à aposentadoria especial do servidor público, e não mera faculdade ao legislador.

Depois desse julgamento, a injunção foi concedida seguidas vezes, como se pode verificar pelos Mandados de Injunção n. 2009.020251-5, relatado pelo Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 16 de dezembro de 2009; MI n. 2009.034254-1, relatado pelo Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 24 de março de 2010; MI n. 2009.034255-8, com o Des. Joenildo de Sousa Chaves como relator designado, julgado em 31 de março de 2010; MI n. 2009.034272-3, relatado pelo Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 31 de março de 2010; MI n. 2009.020228-5, relatado por mim, Des. Hildebrando Coelho Neto, julgado em 5 de maio de 2010; MI n. 2010.016468-0, relatado pelo Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 22 de setembro de 2010; MI n. 2010.010696-3, relatado pelo Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 6 de outubro de 2010.

Com efeito, a redação do mencionado dispositivo constitucional foi se modificando no sentido de criar um direito, e não mera faculdade para o legislador, como se pode inferir da redação que lhe foi conferida ao longo do tempo.

No texto original da Carta da República, havia uma faculdade atribuída ao legislador de estabelecer aposentadorias especiais, a saber:

> Art. 40. O servidor será aposentado:
>
> [...]
>
> § 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, 'a' e 'c', no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. (Sublinhei).

4 Op. cit., p. 122.

Com a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, a faculdade desapareceu, emergindo o direito à aposentadoria especial, a ser concedida segundo lei complementar, ao dispor que:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> [...]
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. (Sublinhei).

Atualmente, o *caput* do artigo 40 está com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003, e seu § 4º, com a redação fixada pela Emenda Constitucional n. 47, de 5.7.2005, mantendo o direito à aposentadoria especial mediante lei complementar, *in verbis*:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> [...]
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
>
> I – portadores de deficiência;
>
> II – que exerçam atividades de risco;
>
> III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Sublinhei).

Logo, a partir da EC n. 20/1998, a aposentadoria especial é direito constitucional efetivamente assegurado aos servidores que trabalham em situações especiais, razão por que o Estado de Mato Grosso do Sul, que detém a competência legislativa material concorrente para elaborar normas sobre o regime de previdência de seus servidores, tem o dever de assegurar o direito dessa forma de aposentação.

Com a edição da Lei n. 3.150, de 22.12.2005, que consolida e atualiza a Lei n. 2.207, de 28.12.2000, a qual, entre outras providências, institui o regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul, ficou estabelecido que, *in verbis*:

> Art. 41. [...]
>
> [...]
>
> § 3º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em lei complementar federal, os casos de segurados:
>
> I - portadores de deficiência;

> II - que exerçam atividades de risco;
>
> III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Sublinhei).

Dessa forma, em vez de normatizar a aposentadoria especial de seu servidor público, o Estado de Mato Grosso do Sul optou por omitir-se, transferindo para a União Federal a atribuição que é de sua competência.

Uma vez que não existe norma regulamentando a matéria, deve ser aplicada supletivamente aquela prevista para o regime geral de previdência social, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção n. 788, nos seguintes termos:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.
>
> 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei n. 8.213/91, em sede de processo administrativo.
>
> 2. Precedente: MI n. 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio.
>
> 3. Mandado de injunção deferido nesses termos. (MI n. 788, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 15.4.2009, DJ n. 84 de 8.5.2009, EMENT VOL-02359-01 PP-00013 RSJADV jul., 2009, p. 58-59 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 117-9).

O artigo 5º, parágrafo único, da Lei Federal n. 9.717, de 27.11.1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, alterada pela Medida Provisória n. 2.187-13, de 24.8.2001, condiciona a concessão de aposentadoria especial à edição de lei complementar federal que discipline a matéria.

Tal norma, contudo, não gera óbice para o conhecimento e julgamento do presente *mandamus*, pois existe no ordenamento jurídico vigente a Lei Federal n. 8.213, de 24.7.1991, que regula caso análogo e que pode ser aplicado supletivamente ao caso dos autos, mesmo porque a medida provisória está hierarquicamente abaixo da Constituição Federal e não lhe pode antepor obstáculo.

A referida Lei n. 8.213/1991 estabelece, *in verbis*:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995).
>
> § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995).

No caso em julgamento, o objeto do mandado de injunção consiste em assegurar à impetrante o direito à aposentadoria especial, constitucionalmente previsto, incumbindo à autoridade administrativa, competente para conceder aposentadoria a servidor público estadual, analisar se a servidora preenche todos os requisitos para se beneficiar da aposentadoria especial, previstos no artigo 57 da Lei n. 8.213/91, naquilo que couber.

Sergio Pinto Martins, na obra Direito da seguridade social, esclarece que a "*condição fundamental (para a concessão da aposentadoria especial) é o trabalho comprovado em atividade que coloque em risco a saúde e a integridade física do segurado*".[5]

Na espécie, fica reconhecido que o exercício da função de Auxiliar de Serviços de Saúde no Presídio Harry Amorim Costa, nos termos dos laudos técnicos periciais colacionados às f. 39-43, constitui atividade que coloca em risco a saúde e a integridade física da impetrante.

Além disso, os argumentos expostos na petição inicial permitem inferir que a servidora pretende se aposentar após 25 (vinte e cinco) anos de serviço no exercício da função.

Esse tempo deve corresponder a trabalho permanente e habitual, e não a trabalho ocasional ou intermitente, conforme acentua Sergio Pinto Martins, nos seguintes termos:

> O tempo de serviço para os efeitos da aposentadoria especial é considerado em relação aos períodos correspondentes a trabalho permanente e habitual prestado em atividades sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do segurado.
>
> Pelo que se observa da atual redação do § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213, não terá direito a aposentadoria especial o segurado que trabalhou ocasionalmente ou de maneira intermitente em condições prejudiciais à sua saúde. [...] A palavra 'permanente' pode ser interpretada no sentido de que o trabalho em condições nocivas à saúde deve ser diário ou durante toda a jornada de trabalho.
>
> O segurado deve ficar diariamente exposto a agentes nocivos, físicos, químicos e biológicos ou associação de agentes.[6]

Logo, incumbe à autoridade administrativa competente aferir se a impetrante completou 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço no efetivo exercício de sua função de Auxiliar de Serviços de Saúde, em condições de risco à sua saúde e à sua integridade física, conforme narrado na petição inicial.

Ao analisar questões idênticas anteriormente, o Egrégio Órgão Especial concedeu a injunção, nos seguintes termos:

> MANDADO DE INJUNÇÃO – DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL – SERVIDORES DA CARREIRA DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA – PRELIMINARES – LITISPENDÊNCIA – REJEITADA – NÃO HÁ IDENTIDADE DE PARTES – LITISCONSÓRCIO PASSIVO – INTEGRAÇÃO À LIDE DA AGEPREV – DESNECESSIDADE – INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO PARA INTEGRAR A NORMA REGULAMENTADORA – DEMAIS PRELIMINARES JULGADAS COM O MÉRITO – DIREITO À APOSENTAÇÃO – MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE – INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL – CARÁTER MANDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO – REGULAÇÃO PROVISÓRIA – EXISTÊNCIA DE ATIVIDADE DE RISCO – INJUNÇÃO CONCEDIDA.
>
> Para a ocorrência de litispendência, é necessária a conjugação de identidade de partes e causa de pedir, o que não é o caso dos autos.
>
> A AGEPREV não é autoridade competente para elaboração da norma regulamentadora do direito assegurado constitucionalmente.

5 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22. ed. São Paulo : Atlas, 2005. p. 381.

6 Op. cit., p. 383.

O direito à aposentadoria especial foi consagrado pela Constituição Federal como direito dos servidores que trabalham em condições insalubres e perigosas.

[...]

O impetrante tem legitimidade ativa para a causa, pois será beneficiado diretamente pelo resultado da lide.

Configurada a existência de direito constitucional assegurado e a ausência de norma regulamentadora, não há que se falar em inadequação da via eleita.

Segundo precedentes das Cortes Superiores, ante a inexistência de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial deve ser aplicada a regra aplicada ao regime geral de previdência social.

O caráter mandamental do mandado de injunção não cria lei *in abstrato*, mas sim viabiliza o direito provisoriamente. (TJMS, MI n. 2009.020245-0, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 18.11.2009. Por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção, nos termos do voto do relator. Sublinhei.).

MANDADO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL – ATIVIDADE CONSIDERADA INSALUBRE – ART. 40, §§1º E 4º, INCISOS II E III, DA CARTA POLÍTICA – AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – MORA LEGISLATIVA – APLICAÇÃO DE NORMA DO REGIME-GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – ORDEM CONCEDIDA.

Ante a prolongada mora legislativa, em editar lei complementar reclamada pela parte final do § 4º, do artigo 40, da Constituição Federal, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57, da Lei n. 8.213/91. (TJMS, MI n. 2009.020251-5, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 16.12.2009. Por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção, nos termos do voto do relator.).

MANDADO DE INJUNÇÃO – OFICIAL PENITENCIÁRIO – DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL – [...] – REJEIÇÃO DA PREFACIAL DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RAZÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO – ÊXITO DA IMPETRAÇÃO QUANTO AO MÉRITO – CONFIGURAÇÃO DA INAÇÃO ANTIJURÍDICA – LITISREGULAÇÃO PROVISÓRIA DA SITUAÇÃO FÁTICA CONFORME A ATUAL ORIENTAÇÃO DA CORTE SUPREMA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE.

[...]

Rejeita-se a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido, se o mesmo, analisado *in status assertionis*, admite pleno trânsito processual, inexistindo vedação abstrata para a utilização da via injuncional visando suprir omissões legislativas.

Conforme a jurisprudência da Corte Suprema, inerte o impetrado e contando o impetrante com mais de 25 anos de serviço em condição especial, é possível adotar-se provisoriamente, ante o fator tempo e à situação concreta do interessado, o sistema do regime geral da previdência social, previsto no art. 57 da Lei n. 8213/91. (TJMS, MI n. 2009.034254-1, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 24.3.2010. Por unanimidade, foi rejeita a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e, por maioria, a de ilegitimidade passiva. No mérito, por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção).

MANDADO DE INJUNÇÃO – DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL QUE PREVÊ O § 4º, INCISO II E III DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E, DIREITO ESTE, A SER EXERCIDO NOS TERMOS DO ART. 57 E SEU § 1º DA LEI N. 8.213/91 – ACOLHIDA – PROCEDENTE.

Ante a inexistência de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial deve ser aplicada a regra aplicada ao regime geral de previdência social. O caráter mandamental do mandado de injunção não cria lei *in abstrato*, mas sim viabiliza o direito provisoriamente. (TJMS, MI, n. 2009.034255-8, Capital, Órgão Especial, Rel. designado Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 31.3.2010. Por unanimidade, foram rejeitadas as preliminares. No mérito, por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção).

MANDADO DE INJUNÇÃO – DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL – TAQUÍGRAFO PARLAMENTAR – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – LEGITIMIDADE PASSIVA – PREVIDÊNCIA SOCIAL É DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO E O ESTADO – AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA NO ÂMBITO ESTADUAL – APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI N. 8.213/91 NO QUE COUBER – ANÁLISE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A APOSENTADORIA REALIZADA PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE – ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

A aposentadoria Especial não é matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional legislar, pois nos termos do art. 24, XII, da C.F., é de competência concorrente entre a União e os Estados legislar sobre previdência social, logo, o Estado de Mato Grosso do Sul é parte legitima para figurar no polo passivo do mandado de injunção.

Inexistência norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial, previsto no art. 40, § 4º, da CF, deve ser aplicada, no que couber, o art. 57, da Lei n. 8.213/91.

O objeto do mandado de injunção consiste na verificação da apontada omissão que estaria a inviabilizar o exercício de um direito constitucionalmente previsto, a análise do preenchimento dos requisitos pelo impetrante para a concessão da aposentadoria especial, cabe a autoridade administrativa competente. (TJMS, MI n. 2009.034272-3, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 31.3.2010. Por unanimidade, foram rejeitadas as preliminares. No mérito, por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção).

Ressalte-se que, ao conceder a injunção, o Poder Judiciário não estará criando lei *in abstrato*, mas apenas integrando a lacuna da lei, no caso concreto, para assegurar o exercício do direito constitucional.

Em virtude do caráter mandamental da injunção, a autoridade impetrada deve, no caso da concessão da ordem, dar-lhe cumprimento nos exatos termos da decisão proferida.

A contrapartida prevista no § 6º do artigo 57 da Lei n. 8.213/1991 não é do trabalhador servidor, como assevera o Estado de Mato Grosso do Sul, mas da empresa, de acordo com o artigo 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, mencionado no aludido parágrafo.

Por fim, no que tange à forma de custeio, incumbe ao Estado estabelecer as regras, nos termos do artigo 149, § 1º, da Constituição Federal.

4. Conclusão

Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da Assembleia Legislativa Estadual para excluí-la do polo passivo do *mandamus*.

Rejeito, contra o parecer, as preliminares de ilegitimidade passiva do Governador do Estado e de impossibilidade jurídica do pedido.

No tocante ao mérito, contra o parecer, concedo a injunção para assegurar à impetrante o direito à aposentadoria especial que é previsto pelo artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, nos termos do artigo 57, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.213, de 24.7.1991 – ou comando ulterior que o venha a substituir, até que sobrevenha regulamentação própria pelo Estado de Mato Grosso do Sul –, mediante a análise, pela autoridade administrativa competente para conceder aposentadoria a servidor público estadual, do preenchimento dos requisitos estabelecidos no mencionado dispositivo legal.

Sem custas.

Sem honorários advocatícios, por serem incabíveis na espécie, tendo em vista tratar-se de ação de natureza mandamental.

O Sr. Des. João Maria Lós (1º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (2ª Vogal)

Divirjo do relator, pois tenho que a ordem deve ser denegada.

O art. 5º, LXXI, da Constituição Federal dispõe:

> Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nas palavras de José da Silva Pacheco[7], *"O mandado de injunção tem como pressuposto a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais."*

De outro vértice, vê-se que a pretensão da impetrante reside na suposta omissão legislativa do Estado quanto à regulamentação de direito à aposentadoria especial prevista pelo art. 40, § 4º, II e III, da Constituição Federal, pretendendo a aplicação, por analogia, do art. 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91, legislação previdenciária do setor privado.

Vejamos o disposto no art. 40, § 4º, II e III, da CF:

> Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> [...]
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
>
> [...]
>
> II - que exerçam atividades de risco;
>
> III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

7 PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas**. 4. ed., São Paulo: RT, 2002. p. 379.

Consoante entendimento já exarado por este Órgão, denota-se que, *in casu*, inexiste omissão a ser suprida em sede de mandado de injunção, uma vez que a aposentadoria pleiteada pela impetrante está condicionada a edição de lei complementar federal, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.717/1998, que *"dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências", in verbis:*

> Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.
>
> Parágrafo único. **Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria.**

Nesse sentido foi o resultado do julgamento realizado em 2.9.2009, nos autos do Mandado de Injunção n. 2009.007747-9, de relatoria do próprio Des. Rubens Bergonzi Bossay:

> EMENTA – MANDANDO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL – ATIVIDADE CONSIDERADA INSALUBRE – ART. 40, §§ 1º E 4º, II E III DA CARTA POLÍTICA – DIREITO CONDICIONADO À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR – ORDEM DENEGADA.
>
> O § 1º do artigo 40 da Constituição Federal só faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", ou seja, instituir novas hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. Ausente a lei complementar federal que disponha sobre normas gerais referente à aposentadoria especial, falta aos postulantes da impetração interesse processual de agir.

O entendimento tem respaldo no Supremo Tribunal Federal:

> MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 40, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
>
> O § 1º do artigo 40 da Constituição Federal só faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", ou seja, instituir novas hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional cujo exercício dependa de norma regulamentadora. Precedente do S.T.F. Mandado de injunção não conhecido por impossibilidade jurídica do pedido. (STF, MI n. 462/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 6.9.1995).

Assim, enquanto não editada a lei complementar federal que regulamente o art. 40, § 4º, da CF/88, de eficácia contida, entendimento reafirmado pela Lei n. 9.717/98, não há falar em omissão legislativa, mesmo porque resta ausente a legitimação dos Estados para tanto.

Pelo exposto, com o parecer, denego a presente injunção.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (3º Vogal)

Denego a ordem.

Acompanhando a divergência.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (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. Atapoã da Costa Feliz (7º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

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.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (11º Vogal)

Voto com a divergência.

Denego a ordem.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DESEMBARGADOR ROMERO, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES LÓS, BRANDES, SANTINI, ATAPOÃ, DIVONCIR E PASCHOAL CONCEDEREM A INJUNÇÃO E OS DESEMBARGADORES TÂNIA, SÉRGIO E LUIZ TADEU DENEGAREM. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O DESEMBARGADOR RUBENS.

VOTO (EM 2.12.2010)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (9º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão e tenho por bem acompanhar o e. relator Des. Hildebrando Coelho Neto, concedendo a injunção.

O objeto da ação mandamental é a ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício do direito relativamente à aposentadoria especial descrita no art. 40, § 4º, da Constituição Federal.

Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, perfilho-me ao entendimento adotado pelo relator, conforme já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento do plenário no Mandado de Injunção n. 721, em que o relator Ministro Marco Aurélio assim ementou:

> MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA -

TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91. (DJ de 30.11.2007).

Dessa mesma forma, a Ministra Cármen Lúcia decidiu recentemente no Mandando de Injunção n. 1.286, conforme os excertos abaixo transcritos:

[...]

Como categoria de trabalhador, o servidor público tem direitos sociais fundamentais assegurados constitucionalmente, entre eles, o trabalho seguro, garantido pela Constituição da República em seus arts. 7º, inc. XXII e 39, § 3º, do que resulta que não pode ser óbice à não-concessão ou ao não-reconhecimento da aposentadoria especial a inexistência de lei complementar, após vinte anos de vigência da norma constitucional que a assegura, sem que tenha ainda sobrevindo aquela legislação a tornar viável o exercício de tal direito.

[...]

No julgamento do Mandado de Injunção n. 715, o Relator, Ministro Celso de Mello, ressaltou a necessidade de se superar a estagnação do legislador para não frustrar a "eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional (RTJ 131/963 - RTJ 186/20-21)". Enfatizou aquele nobre Ministro que as omissões legislativas "não podem ser toleradas, eis que o desprestígio da Constituição - resultante da inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos Poderes do Estado" (decisão monocrática, DJ de 4.3.2005, grifos no original).

[...]

Em 15.4.2009, no julgamento dos Mandados de Injunção ns. 795, 797, 809, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962 e 998, todos de minha relatoria, nos quais se discutia a ausência de norma regulamentadora do art. 40, § 4º, a tornar viável a aposentadoria especial do servidor público que tenha exercido atividade de risco ou sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física (art. 40, § 4º, da Constituição da República), o Plenário, à unanimidade, reconheceu a mora legislativa e determinou fosse aplicada a regra do art. 57 da Lei n. 8.213, de 24.7.1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995)

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995)

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995).

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995).

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Incluído pela Lei n. 9.032, de 1995).

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pela Lei n. 9.732, de 11.12.98).

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no *caput*. (Incluído pela Lei n. 9.732, de 11.12.1998).

§ 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 9.732, de 11.12.1998).

Naquela mesma sessão de julgamento e ainda sobre a ausência de lei complementar a disciplinar a mencionada aposentadoria especial do servidor público, foram julgados os Mandados de Injunção ns. 788, 796, 808 e 825, Relator o Ministro Carlos Britto.

Em questão de ordem, decidiu-se também que os Ministros deste Supremo Tribunal Federal poderiam decidir, monocrática e definitivamente, casos idênticos àqueles, determinando a aplicação da regra do art. 57 da Lei n. 8.213/1991 aos servidores públicos, no que coubesse.

Portanto, os limites da aplicação dessa regra, no caso concreto, deverão ser examinados pela autoridade administrativa competente, a qual incumbirá aferir o preenchimento de todos os requisitos para a aposentação previstos no ordenamento jurídico vigente.

É que, como salientado no exame da preliminar suscitada nesta ação, o objeto do presente mandado de injunção consiste na verificação da apontada omissão que estaria a inviabilizar o exercício de um direito constitucionalmente previsto, o que não se confunde com a análise dos requisitos exigidos para a aposentação especial, tampouco demanda a fixação, de forma exaustiva, dos critérios a serem observados pelas autoridades administrativas no exame dos pedidos de aposentadoria submetidos ao seu exame.

[...]

Dessa forma, **reconhecida a mora legislativa e a necessidade de se dar eficácia às normas constitucionais e efetividade ao alegado direito, concedo parcialmente a ordem pleiteada para, integrando-se a norma constitucional, e, garantindo-se a viabilidade do direito assegurado à Impetrante e efetividade do que disposto no art. 40, § 4º, da Constituição brasileira, assegurar-lhe a aplicação do art. 57 da Lei n. 8.213/1991, no que couber e a partir da comprovação dos dados da Impetrante perante a autoridade administrativa competente**.

Assim, tem-se que, independente da carência normativa federal ou estadual, a aposentadoria especial será assegurada com base no art. 57 da Lei n. 8.213/91 - que estatui o regime geral de previdência social -, analisadas as condições da impetrante pela autoridade administrativa competente.

Diante dessas considerações, acompanho o e. relator Des. Hildebrando Coelho Neto.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (11º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, CONCEDERAM A INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, CONTRA O PARECER.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, João Carlos Brandes Garcia, Luiz Carlos Santini, Atapoã da Costa Feliz, Divoncir Schreiner Maran, Paschoal Carmello Leandro, Romero Osme Dias Lopes, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.037248-6 - Dourados
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – MEAÇÃO SOBRE ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL DADO EM HIPOTECA PELO EX-CONVIVENTE DA AUTORA – HIPOTECA QUE ACOMPANHA O IMÓVEL DESDE A AQUISIÇÃO PELO EX-COMPANHEIRO – AUSÊNCIA DE REGISTRO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL QUANTO À EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE AUTORA E SEU EX-COMPANHEIRO – PROTEÇÃO A TERCEIROS DE BOA-FÉ – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – MULTA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de janeiro de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Leozina Rodrigues de Souza interpõe recurso de apelação em face da sentença que, nos autos da ação declaratória que promove em face de Beverly dos Santos Martinez, Cícero José da Silveira e Dorival Dierings, julgou improcedente os pedidos iniciais e condenou a parte autora por litigância de má-fé.

Sustenta que a sentença recorrida merece reforma quanto à parte em que a condenou à multa por litigância de má-fé, já que *"buscou a proteção dos seus direitos, na condição de ex-companheira do Apelado Orides Antônio Bianchini, amparada em sentença homologatória proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Dourados (MS)"* (f. 409).

Afirma que *"não procede a tese sustentada pelo Juízo Monocrático de que não havia publicidade da união estável existente entre a Apelante com o seu ex-companheiro, já que este fato sempre foi público e notório na região da Grande Dourados"* (f. 415), e que *"Por conta de suas atividades profissionais (comerciantes), a Apelante e o seu ex-companheiro eram pessoas amplamente conhecidas e notória era a união estável estabelecida entre os mesmos"* (f. 416).

Aduz que a parceria pecuária noticiada nos autos jamais existiu, pois, para que tivesse existência, deveria ter havido a efetiva entrega dos animais bovinos pelo apelado Beverly para o ex-companheiro da apelante, o que nunca ocorreu, entendendo que deve haver conversão do julgamento em diligência para que esse fato seja provado.

Assevera que é incontroverso que aos direitos patrimoniais decorrentes da aquisição de bens na constância de união estável se aplicam os mesmos procedimentos determinados para o casamento de regime parcial de bens.

Ressalta que a não anuência da apelante na outorga do gravame hipotecário também não tem o condão de privá-la do seu direito de meação em relação ao imóvel objeto da matrícula de n. 604, acrescentando que *"jamais teve conhecimento e mesmo participação, por mais pálida que seja, na condução das atividades empresariais do seu ex-companheiro, não obstante sempre tenha contribuído com o seu trabalho no âmbito da união estável estabelecida enter ambos"* (f. 423).

Prequestiona os artigos 130 e 334, III, ambos do Código de Processo Civil, assim como os artigos 1.647, 1.660 e 1.725 do Código Civil.

Em contrarrazões, o apelado Beverly dos Santos Martinez pugna pela manutenção da sentença recorrida.

Não houve contrarrazões pelo requerido Dorival Dierings (f. 452).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Leozina Rodrigues de Souza em face da sentença que, nos autos da ação declaratória que promove em face de Beverly dos Santos Martinez, Cícero José da Silveira e Dorival Dierings, julgou improcedente os pedidos iniciais e condenou a parte autora por litigância de má-fé.

Extrai-se dos autos que a autora ajuizou a presente ação alegando que em 1999 ajuizou ação de reconhecimento de sociedade de fato na 1ª Vara Cível da Comarca de Dourados contra Orides Luiz Bianchini, sendo que no mesmo ano a partilha foi homologada em processo que também tramitou na 1ª Vara Cível, sendo que dentre os bens partilhados tocou à autora 50% do imóvel denominado parte da Fazenda Arinhanha, cujos limites e confrontações estão descritos às f. 3 dos autos.

Afirmou a autora/apelante que a partilha foi homologada por sentença de 14.3.2000 e expedida a respectiva carta, passando a ter a posse e o domínio sobre a metade da referida fazenda, muito embora não tivesse sido providenciada a averbação à margem daquela matrícula.

Disse que, além da existência de dois processos cíveis, era pública e notória a sociedade de fato que existia entre ela e Orides Luiz Bianchini, e que, por força de serviços prestados, a autora e seu ex-companheiro assinaram em favor do advogado Cícero José da Silveira, em 10.10.1999, um contrato de prestação de serviços no qual apenas Orides Luiz Bianchini foi quem ficou com a obrigação de pagar os honorários do referido advogado. Porém, como não houve o pagamento da obrigação na execução movida pelo credor Cícero José da Silveira contra Orides Luiz Bianchini, a Fazenda Arinhanha, atualmente denominada Fazenda Santa Clara, com área de 300 ha, foi penhorada e posteriormente arrematada pelo valor de R$ 776.180,00 por Nilton Rocha Filho.

Ressaltou que apenas no início do mês de outubro de 2005 é que soube da referida arrematação realizada em 15.10.2004 e a carta de arrematação expedida em 3.11.2004, ficando impossibilitada de ajuizar embargos de terceiro no prazo legal.

Alegou que o requerido Beverly dos Santos Martinez, dizendo-se credor hipotecário, habilitou-se na execução, pedindo o direito de preferência sobre o montante da venda em hasta pública, da mesma forma ocorreu em relação ao credor hipotecário Dorival Dierings, que também se habilitou nos autos. Aduziu que o imóvel arrematado na execução foi adquirido por Orides Luiz Bianchini em 10.6.1994, ou seja, realizada em plena união estável e sociedade de fato entre a autora e o seu ex-companheiro, e que em 9.10.1997 esse imóvel foi dado em hipoteca para o requerido Beverly dos Santos Martinez, sem anuência da autora, sendo que em 29.1.1999 foi dado em hipoteca de 2º grau em favor do requerido Dorival Dierings, de modo que o imóvel foi hipotecado, penhorado e praceado sem que tivesse sido respeitado o direito de meação da autora.

Sustentou que, se o valor da arrematação foi de R$ 776.180,00, a meação da autora é de R$ 388.090,00, a ser corrigido a partir de 18.10.2004, cujo valor deverá ser revertido à autora em pagamento de sua meação, com absoluta preferência.

Requereu a concessão de tutela antecipatória para que se proceda ao bloqueio da metade do valor depositado em juízo nos Autos da Ação de Execução n. 002.01.012165-1, remetendo-se tal valor para uma conta especial nestes autos, até final julgamento de mérito.

Pois bem. Como é cediço, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar o primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença *"como suporte do acórdão que a confirme"*, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida nos recursos, há de ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevem-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> O processo comporta julgamento no estado em que se encontra, pois, apesar de se tratar de matéria de direito e de fato, não há necessidade de dilação probatória, por se considerar suficientes as provas existentes nos autos (art. 330, I, do CPC).
>
> Afasta-se a preliminar de mérito levantada pelo réu Beverly dos Santos Martinez, ao argumento de que se encontra prescrito o exercício do direito de ação da parte autora por força do art. 178, § 9º, do CC/1916 ante o decurso do prazo de quatro anos para reivindicar direito a meação em relação ao bem hipotecado, porquanto tal prazo somente começa a fluir a partir do momento em que houve conhecimento inequívoco desta da existência do gravame sobre o imóvel. Muito embora ela tenha ingressado com Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato em 13.9.1999 (f. 13) e posteriormente com Arrolamento de Partilha de Bens em 27.12.1999 (f. 25) e ingressado com esta Ação Declaratória em 17.10.2005 (f. 2), o fato é que não se pode presumir que ela tinha conhecimento da oneração, sob pena de se correr o risco de vulnerar seu potencial direito de propriedade, mesmo porque a partilha foi realizada em vários bens dificultando a identificação desse ônus. Assim, o prazo prescricional somente começou a fluir a partir do momento em que ela soube da expropriação do imóvel, que, à evidência, não alcançou o prazo prescricional previsto no dispositivo sobredito.
>
> No mérito, melhor sorte não pode esperar a autora.
>
> Analisando-se o histórico da Matrícula n. 604 do CRI de Nioaque-MS, do imóvel objeto de discussão deste processo, verifica-se que: (a) em 9.11.1992 foi registrada a primeira hipoteca (R.01/604) sobre o imóvel sobredito, ocasião em que eram proprietários Antonio Destefani e sua mulher Henriqueta Izabel Targes Destefani (f. 66); (b) em 10.6.1994 foi realizada a venda do imóvel ao réu Orides Luiz Bianchini ex companheiro da autora, com a anuência do réu Beverly dos Santos Martinez que foi registrada n. R. 03/604 em 1.7.1994; (c) Em 1.7.1994 averbou-se sob o n. 04/604 a manutenção do gravame hipotecário em favor

do réu Beverly dos Santos Martinez (f. 67); (d) em 2.8.1996 foi lavrada escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária na qual assina como devedora Biachini Comércio de Cerais Ltda, credora: Refinadora de óleos Brasil e como inteveniente garante: Orides Luiz Bianchini que se encontra registrado sob o n. 05/604 em 27.8.1996 (f. 67); (e) em 12.11.1997 foi averbado na Matrícula n. 604 sob o n. 07-604 o cancelamento da hipoteca e, na mesma data, foi realizado o registro n. 08-604 de contrato de parceria pecuária com garantia hipotecária que foi celebrado em 9.10.1997; (f) em 14.8.1998 foi realizada a averbação n. 9-604 do aditivo de re-ratificação celebrado em 15 junho e 10 de julho de 1998 alterando o valor da dívida para R$ 2.500.000,00 e prorrogado o prazo para vencimento para 30.6.1999; (g) em 26.2.1999 foi registrado sob o n. 10-604 o contrato de confissão de dívida com garantia hipotecária em 2º grau lavrado em 28.1.1999, tendo como devedora a empresa Bianchini Comércio de Cereais LTDA e como interveniente garante Orides Luiz Bianchini (f. 69).

Por outro lado, verifica-se que a Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato somente foi proposta pela autora em 13.9.1999 (f. 13), ou seja, mais de sete meses depois da lavratura do contrato de confissão de dívida com garantia hipotecária em 2º grau que foi registrada em 26.2.1.999 (f. 69).

Como se verifica acima, desde o ano de 1992 pesa sobre o imóvel objeto destes autos gravame hipotecário, época em que pertencia ao casal Antonio Destefani e sua mulher Henriqueta Izabel Targes Destefani, e, desde sua aquisição pelo réu Orides Luiz Bianchini em 10.3.1994 (f. 66), tal gravame continuou acompanhando o imóvel, inclusive beneficiando o próprio réu Orides como é o caso de contratos de parceria pecuária com confissão de dívida que ele contraiu em benefício seu e de sua família. Fica evidente, portanto, que a meação do imóvel que a autora pretende livrar em seu benefício, na realidade, pode lhe ter proporcionado outros bens que já foram objeto de partilha, pois, a contrair as dívidas garantidas por hipoteca, o réu Orides na verdade nada mais fazia, de forma oblíqua (o que é presumido), do que de uma certa fomentar seu extenso patrimônio.

Não procede a alegação da autora de vício na hipoteca prestada por seu ex companheiro sob o argumento de ausência de outorga uxória, porquanto desde a primeira hipoteca que onerava o imóvel (em 1.7.1994 - vide Averbação n. 4 de f. 67) até a última que foi gravada sobre o bem (em 26.2.1999 - vide Registro n.10 de f. 69) não havia nenhum registro judicial ou extrajudicial que pelo menos denotasse um indício de existência de união estável entre a autora e seu ex companheiro Orides Luiz Bianchini, mesmo porque a Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato somente foi ingressada pela autora em 13.9.1999 (f. 13), tendo sido homologada judicialmente em 9.11.1999 (f. 21), de modo que não se poderia exigir de terceiros credores de boa-fé uma diligência (outorga uxória) de alguém que nem por equiparação ao estado de casada existia no mundo jurídico (ante a inexistência de registros judicial ou extrajudicial da união estável). Logo, nenhum efeito poderá surtir.

Por outro lado, nenhum direito poderá surgir a autora por conta da partilha celebrada com seu ex-companheiro (vide f. 49-50), porquanto tal ato foi realizado em sede de jurisdição voluntária, na qual o Estado simplesmente homologa acordo entre as partes, porém deixando sempre ressalvado eventuais erros ou direitos de terceiros.

É o caso destes autos em que a partilha celebrada atinge direito previamente garantido de terceiros de boa-fé (credores hipotecários) cujas garantias foram gravadas sobre o imóvel em questão em época anterior a qualquer tipo de publicidade acerca da união estável existente entre a autora e seu ex companheiro, o réu Orides Luiz Bianchini.

Observa-se, ainda, dos documentos de f. 26-152 que na partilha amigável celebrada entre a autora e seu ex companheiro, não houve previsão na divisão das dívidas contraídas pelo casal que oneravam os imóveis. Logo, ela devia estar ciente que o imóvel que recebera em meação estava gravado com garantia real (hipoteca de 1º e 2º graus em favor de terceiros), fato esse que ela não pode alegar ignorância, pois encontrava-se devidamente registrado na Matrícula n. 604 do CRI de Nioaque-MS por ocasião da realização da partilha.

Ainda que tivesse havido previsão na partilha das dívidas do casal, mesmo assim não seria possível desembaraçar-se os gravames hipotecários que pesavam sobre os bens por se tratar de direito de terceiros sobre o qual a autora e seu ex companheiro não poderiam ignorar, sob pena de se admitir fraude contra credores por meio de conluio entre casais.

Demais disso, a partilha celebrada entre autora e o réu Orides Luiz Bianchini que foi homologada em 14.3.2000 (f. 54), cuja sentença transitou em julgado em 18.4.2000, não chegou sequer a ser registrada na matrícula n. 604, pelo menos até o dia 5.6.2003 data da última anotação constante do registro n. 12 (vide f. 69) constante dos autos. Assim, verifica-se que a autora e seu ex companheiro nunca se preocuparam em dar publicidade à sua separação e partilha de bens, o que também é de causar muita estranheza, pois da forma como foi realizada a partilha, não se dá para saber qual foi, na realidade, a verdadeira intenção deles, de sorte que terceiros de boa-fé (como é o caso dos credores hipotecários) não podem ser prejudicados pela displicência ou pela má-fé do casal de conviventes.

Em caso análogo, o STJ já decidiu:

PENHORA. BEM DADO EM HIPOTECA. DEVEDOR QUE VIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. DESCONHECIMENTO DO CREDOR. VALIDADE DA HIPOTECA. 1. Os efeitos patrimoniais da união estável são semelhantes aos do casamento em comunhão parcial de bens (art. 1.725 do novo Código Civil).

2. Não deve ser preservada a meação da companheira do devedor que agiu de má-fé, omitindo viver em união estável para oferecer bem do casal em hipoteca, sob pena de sacrifício da segurança jurídica e prejuízo do credor. (STJ, REsp n. 952.141, Proc n. 2006/0103778-0, RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 28.6.2007, DJU de 1.8.2007, p. 491) (Publicado no DVD Magister n. 17 - Repositório Autorizado do STJ n. 60/2006 e do TST n. 31/2007).

Com efeito, o problema não é só de segurança jurídica das relações negociais que ficaria abalada com o reconhecimento da preservação da meação da companheira em situações dessa natureza, mas também, de desrespeito ao ato jurídico perfeito e acabado (em vulneração ao artigo 5º, XXXVI, da CF/88) e a estimulação de pactos escusos com propósito de burlar credores, beneficiando a própria torpeza dos conviventes em manifesto prejuízo a terceiros de boa-fé, como é o caso dos credores hipotecários que, ao tempo, da lavratura dos contratos com garantia hipotecária desconheciam a existência de sociedade de fato ou de união estável.

Mas não é só. Ou seja: além da inexistência de comprovação de conhecimento dos credores da existência de união estável, a meação da convivente somente poderia ser preservada na hipótese de comprovação de que a dívida reverteu apenas em proveito daquele que a contraiu sozinho.Nesse sentir, confira-se o precedente jurisprudencial abaixo:

EMBARGOS DE TERCEIRO. RESERVA DA MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA POR UM DOS CONVIVENTES. PROVA DE EXISTÊNCIA DE BENEFÍCIO PARA A SOCIEDADE CONJUGAL. PENHORA. INVIABILIDADE DE PRETENDER, POR ESTA VIA, QUESTIONAR MATÉRIA RELATIVA AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. A defesa da meação na execução de dívida contraída apenas por um dos conviventes, na constância da união estável, somente se sustenta se restar comprovado que reverteu em proveito apenas àquele que se comprometeu. É ônus da embargante comprovar que não aproveitou os benefícios trazidos com o financiamento feito por seu companheiro.

No caso dos autos, restou demonstrado que o contrato de mútuo com obrigações e hipoteca firmado pelo companheiro da embargante reverteu em proveito de ambos os conviventes, pois o financiamento se deu para a construção do imóvel que serve de moradia para o casal. O fato do executado deixar fluir o prazo sem embargar a execução, não autoriza

que sua companheira utilize-se, agora, dos embargos de terceiro para discutir matéria que não lhe é própria, uma vez que estes só podem ser usados nos limites e situações definidos nos arts. 1.046 e 1.047 do CPC. (TRF Quarta Região, AC n. 482584, Proc n. 200071050044374, RS, Quarta Turma, Rel. Juiz Eduardo Tonetto Picarelli, julgado em 18.12.2002, DJU de 29.1.2003) (Publicado no DVD Magister n. 17 - Repositório Autorizado do STJ n. 60/2006 e do TST n. 31/2007).

No caso destes autos, restou comprovado justamente o contrário, ou seja, que as dívidas contraídas pelo ex-companheiro da autora beneficiaram o patrimônio da família, e que os credores hipotecários não tinham como saber da existência da união estável por ausência de declaração judicial e também por conta da omissão do réu Orides (ex-companheiro da autora) que se qualificava como divorciado (vide f. 66), de modo que não se pode exigir dos credores à época, a previsibilidade subjetiva da situação (vale dizer: aquela percepção que estaria muito além das regras ordinárias de experiência e do senso comum).

O artigo 1.419 do Código Civil dispõe que: Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real ao cumprimento da obrigação. Logo, não há como se desvinculá-lo do total do imóvel, de sorte que a meação da autora também fica abrangida pela garantia real da hipoteca contraída pelo seu ex-companheiro.

Por outro lado não se encontram presentes nenhuma das hipóteses de extinção da hipoteca previstas no artigo 1.499 e 1.500, do Código Civil.

Aduza-se, ainda, que não há dúvida que o artigo 1.725 do novo Código Civil estabelece que "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens." Todavia, como se viu acima, não é o caso de se aplicar as regras da comunhão parcial de bens ao caso em apreço, porquanto, os credores desconheciam a existência dessa união que não havia sido declarada judicialmente e também pelo fato de omissão intencional do ex-companheiro da autora dessa sua condição, vez que se declarava como divorciado, conforme se verifica na f. 66.

Demais disso, não se podia, na época, exigir dos credores o conhecimento da existência da união estável do devedor com a autora, muito menos, que exigissem de Orides Luiz Bianchini a outorga uxória de sua convivente, sob pena de dar guarida à má-fé do devedor e a inércia da sua convivente em detrimento de direitos de terceiros de boa-fé, como é o caso dos credores hipotecários, de modo que, no sopeso entre os direitos dos credores e dos pretensos direitos da autora, devem prevalecer os daqueles, em nome não só da segurança jurídica das relações negociais, como também, em prestígio da ética e da boa-fé que devem reger as regras em sociedade.

De outro vértice, verifica-se que as dívidas contraídas pelo ex- companheiro da autora não foram partilhadas, de modo que seria injusto, imoral que ela se beneficiasse de um ato jurídico que a beneficiou.

Concluindo: se o ex-companheiro da autora omitiu a existência da união estável aos credores hipotecários no momento da oneração do imóvel em comento como garantia da dívida contraída; se o imóvel em apreço sempre esteve onerado por hipoteca numa verdadeira cadeia de assunção de dívidas desde sua aquisição; se algumas dessas dívidas garantidas por hipoteca beneficiaram de forma direta ou indireta a família e o patrimônio da autora e de seu ex-companheiro, como foi o caso daquela contraída pela empresa Bianchini Ccomércio de Cereais LTDA, da qual Orides é ou era proprietário(f. 67); se a união estável deve ser declarada judicialmente para que possa ser oponível *erga omnes*; se não era possível aos credores hipotecários saber da existência da união estável entre a autora e o réu Orides Luiz Bianchini à época das contratações; se o réu Orides (ex-companheiro da autora) assumiu sozinho as dívidas que geraram as hipotecas sobre o imóvel em apreço; se na partilha realizada não houve

previsão das dívidas dos conviventes, mas tão-somente dos bens; se o gravame da hipoteca trata-se de um direito real de garantia que vincula o bem em sua integralidade, permitindo ao credor hipotecário persegui-lo com quem quer que ele esteja, ante o seu direito de seqüela; se não houve extinção dessas hipotecas que oneraram o imóvel e que a autora pretende preservar de sua meação; se a autora foi aquinhoada na partilha com um patrimônio considerável; se entre o direito dos credores hipotecários e o do pretenso direito da autora (convivente que não comprovou nos autos que a dívida contraída pelo seu ex-convivente não se reverteu em benefício da família) o exegeta deve optar no caso concreto por aquele mais benéfico e menos ofensivo aos interesses das relações negociais e aos da sociedade, sob pena de gerar uma insustentável insegurança jurídica; se pode ter havido simulação da autora com seu ex-companheiro na realização da separação e partilha de bens com o escopo de prejudicar credores com a partilha realizada (o que não é de se duvidar já que o reconhecimento da sociedade de fato e a partilha foram amigáveis e com muita rapidez); se não se encontram presentes nenhuma das hipóteses de extinção legal das hipotecas contraídas; se seria injusto, imoral e ilógico que a autora se beneficiasse duplamente com o mesmo imóvel, ou seja, com os empréstimos realizados por conta dessas garantias e depois ainda com a preservação de sua meação; se não houve partilha em relação as dívidas do casal, de modo que seria imoral e ilógico que a autora ficasse apenas com os bônus dessa separação em detrimento dos credores (terceiros de boa-fé) e do próprio ex-companheiro, a improcedência do pedido inaugural se impõe.

Ressalte-se, por derradeiro, que apesar da autora apresentar em sua fundamentação jurídica (causa de pedir próxima) alegação de que a dívida da execução movida pelo réu Cícero José da Silveira referia-se a um contrato de prestação de serviços de honorários no qual somente seu ex-companheiro teria assinado, o fato é que não realizou nenhum pedido de nulidade da penhora por esse motivo, ficando limitada somente a pleitear o reconhecimento sobre o valor da meação da arrematação havida na execução com privilégio sobre os demais credores, de modo que a alegação sobredita não pode interferir no pedido mediato dessa pretensão.

Ante o exposto, julga-se improcedente a pretensão inaugural da parte autora que fica condenada ao pagamento das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios que ficam arbitrados em 10% sobre o valor da causa, corrigido desde a propositura da ação.

A parte autora fica, ainda, condenada em litigância de má-fé a pagar uma indenização a parte autora no percentual de 10% sobre o valor da causa corrigido, com fundamento nos artigos 14 e 17, do CPC, já que: (a) formulou pretensão ciente de que é destituída de fundamento (pois à época dos registros das hipotecas não havia nenhuma declaração judicial reconhecendo a união estável dela com seu ex- companheiro, impossibilitando o conhecimento dos credores hipotecários); (b) usou do processo para conseguir objetivo ilegal, qual seja, locupletar-se ilicitamente, com a reserva de uma meação que se encontra onerada por hipoteca, da qual foi beneficiada de forma direta ou indireta com os empréstimos contraídos pelo seu ex-companheiro sobre os quais não se preocupou em provar que eles não tivessem sido revertidos em benefício de sua família.

Traslade-se cópia desta decisão para os Autos da Execução n. 002.01.012165-1, em apenso, que deverão ser desapensados destes.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a modificação da conclusão do juízo *a quo*, que bem demonstrou o delineamento do conjunto probatório produzido nos autos e, em feliz síntese, concluiu que "se o ex-companheiro da autora omitiu a existência da união estável aos credores hipotecários no momento da oneração do imóvel em comento como garantia da dívida contraída; se o imóvel em apreço sempre esteve onerado por hipoteca numa verdadeira cadeia de assunção de dívidas desde sua aquisição; se algumas dessas dívidas garantidas por hipoteca beneficiaram de forma direta ou indireta a família e o patrimônio da autora e de seu ex-companheiro, como foi o caso daquela contraída pela empresa Bianchini Comércio de Cereais LTDA, da qual Orides é ou era proprietário (f. 67); se a união estável

deve ser declarada judicialmente para que possa ser oponível *erga omnes*; se não era possível aos credores hipotecários saber da existência da união estável entre a autora e o réu Orides Luiz Bianchini à época das contratações; se o réu Orides (ex-companheiro da autora) assumiu sozinho as dívidas que geraram as hipotecas sobre o imóvel em apreço; se na partilha realizada não houve previsão das dívidas dos conviventes, mas tão-somente dos bens; se o gravame da hipoteca trata-se de um direito real de garantia que vincula o bem em sua integralidade, permitindo ao credor hipotecário persegui-lo com quem quer que ele esteja, ante o seu direito de seqüela; se não houve extinção dessas hipotecas que oneraram o imóvel e que a autora pretende preservar de sua meação; se a autora foi aquinhoada na partilha com um patrimônio considerável; se entre o direito dos credores hipotecários e o do pretenso direito da autora (convivente que não comprovou nos autos que a dívida contraída pelo seu ex-convivente não se reverteu em benefício da família) o exegeta deve optar no caso concreto por aquele mais benéfico e menos ofensivo aos interesses das relações negociais e aos da sociedade, sob pena de gerar uma insustentável insegurança jurídica; se pode ter havido simulação da autora com seu ex-companheiro na realização da separação e partilha de bens com o escopo de prejudicar credores com a partilha realizada (o que não é de se duvidar já que o reconhecimento da sociedade de fato e a partilha foram amigáveis e com muita rapidez); se não se encontram presentes nenhuma das hipóteses de extinção legal das hipotecas contraídas; se seria injusto, imoral e ilógico que a autora se beneficiasse duplamente com o mesmo imóvel, ou seja, com os empréstimos realizados por conta dessas garantias e depois ainda com a preservação de sua meação; se não houve partilha em relação as dívidas do casal, de modo que seria imoral e ilógico que a autora ficasse apenas com os bônus dessa separação em detrimento dos credores (terceiros de boa-fé) e do próprio ex-companheiro, a improcedência do pedido inaugural se impõe." (f. 383-4).

Por tais razões, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

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

Campo Grande, 18 de janeiro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.024167-2 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE LIMINAR – CONVÊNIO PARA PRESTAÇÃO MÉDICO-HOSPITALAR – UNIMED – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE REDUÇÃO DE ESTÔMAGO POR VÍDEO – AUTOR PORTADOR DE OBESIDADE MÓRBIDA DE GRAU III – AUTORIZAÇÃO SOMENTE PELO MÉTODO CONVENCIONAL – NEGATIVA DA CIRURGIA – CONDUTA ABUSIVA – IMINENTE RISCO À SAÚDE – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO – SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Cumpre à Unimed arcar com o pagamento dos custos necessários para a realização de cirurgia indicada para a correção de obesidade mórbida.

A solicitação não se caracteriza em nenhum privilégio e se constitui a sua negativa em conduta abusiva por parte da apelante.

A pretendida exclusão, por parte da Unimed, do procedimento cirúrgico por vídeo ferirá a finalidade básica do contrato, que no caso concreto é essencial para garantir a saúde e a vida do segurado apelado, não lhe podendo impor outro procedimento cirúrgico apenas para lhe atender o seu juízo de conveniência.

Não é possível impedir a utilização da técnica não vedada expressamente.

Tendo sido todas as questões levantadas devido e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.

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, 8 de fevereiro de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Unimed - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Campo Grande - interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 265-8 que, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de liminar que lhe é promovida por Agnelo Machado Júnior, julgou procedente o pedido inicial, confirmando a tutela concedida

às f. 103-5 que determinou que a ré autorize o procedimento operatório de redução de estômago pelo sistema vídeo. Condenou a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios estes arbitrados, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, em R$ 1.000,00 (mil reais).

Em suas razões de apelação (f. 273-86) alega, em síntese, que agiu acertadamente a Auditoria Médica que autorizou a cirurgia bariátrica pelo método convencional e que a responsabilidade do que excede a cobertura contratual é exclusiva do autor, competindo a este arcar com a diferença pecuniária existente entre o método cirúrgico autorizado e o realizado por força da determinação judicial.

Aduz que inexiste obrigatoriedade de cobertura para cirurgia de obesidade mórbida por vídeo, de modo que a ação deve ser julgada improcedente, visto que o procedimento autorizado pela apelante, ou seja, a gastroplastia pelo método convencional é efetivamente considerada o padrão para as cirurgias bariátricas.

Requer o provimento do recurso para retificar a decisão objurgada, julgando totalmente improcedente o pleito inicial. Alternativamente, requer seja a sentença reformada apara obrigar o autor a arcar com a diferença pecuniária entre o método cirúrgico autorizado (convencional) e o escolhido (vídeo).

Por fim, prequestiona diversos dispositivos legais, requerendo ainda a inversão dos ônus sucumbenciais.

Em contrarrazões, o apelado pugna pela manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos (f. 301-4).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Unimed - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda - Campo Grande - interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 265-8 que, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de liminar que lhe é promovida por Agnelo Machado Júnior, julgou procedente o pedido inicial, confirmando a tutela concedida às f. 103-5 que determinou que a ré autorize o procedimento operatório de redução de estômago pelo sistema vídeo. Condenou a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios estes arbitrados, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, em R$ 1.000,00 (mil reais).

Em suas razões de apelação (f. 273-86) alega, em síntese, que agiu acertadamente a Auditoria Médica que autorizou a cirurgia bariátrica pelo método convencional e que a responsabilidade do que excede a cobertura contratual é exclusiva do autor, competindo a este arcar com a diferença pecuniária existente entre o método cirúrgico autorizado e o realizado por força da determinação judicial.

Aduz que inexiste obrigatoriedade de cobertura para cirurgia de obesidade mórbida por vídeo, de modo que a ação deve ser julgada improcedente, visto que o procedimento autorizado pela apelante, ou seja, a gastroplastia pelo método convencional é efetivamente considerada o padrão para as cirurgias bariátricas.

Requer o provimento do recurso para retificar a decisão objurgada, julgando totalmente improcedente o pleito inicial. Alternativamente, requer seja a sentença reformada apara obrigar o autor a arcar com a diferença pecuniária entre o método cirúrgico autorizado (convencional) e o escolhido (vídeo).

Por fim, prequestiona diversos dispositivos legais, requerendo ainda a inversão dos ônus sucumbenciais.

Passo à análise do recurso.

Pleiteia o apelado que a apelante cubra o procedimento cirúrgico de redução de estômago por vídeo, visto que é portador de obesidade mórbida de grau III. A apelada, por sua vez somente autorizou o procedimento somente pelo método convencional. A controvérsia reside, portanto, no método cirúrgico a ser adotado.

Pois bem. Como é cediço, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença *"como suporte do acórdão que a confirme"*, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida no recurso, há ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevem-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> [...] O tratamento cirúrgico para obesidade mórbida tem cobertura, desde que efetuado por laparotomia, procedimento convencional. A escolha de técnica diversa, não se constitui em inclusão de benefício novo, apenas adequação de método ao que se compreende, segundo recomendação médica expressa, como de menor risco à saúde da paciente.
>
> A requerida UNIMED, não está negando a cobertura cirúrgica. No entanto, autorizou o procedimento pelo método mais agressivo e barato, qual seja, o convencional.
>
> Todavia, verifica-se que o procedimento pleiteado pelo autor é o mais benéfico procedimento cirúrgico realizado pelas mini-incisões (0,5 e 1cm), utilizando-se material cirúrgico especial e um sistema de vídeo. A cirurgia dura cerca de duas horas e a vantagem é a diminuição de complicações (principalmente na parede abdominal), menos dor, vantagem estética, recuperação mais rápida, com retorno às atividades normais entre 1 e 2 semanas [...] (f. 267).

Em caso análogo, mas precisamente no julgamento do Agravo de n. 2007.029732-9/0000-00, já tive a oportunidade de defender que *"a obesidade mórbida é um dos maiores problemas de saúde pública atualmente, que atinge cerca de um terço da população e com aumento progressivo de incidência sendo por isso chamada de epidemia do terceiro milênio. No Brasil, cerca de 15% dos adultos são obesos. A obesidade não é um problema moral ou de falta de vontade, mas sim um sério problema médico, geralmente mal tratado e com muitas causas, envolvendo componentes genéticos, metabólicos, hormonais, comportamentais, culturais, psicológicos e sociais"*.

Portanto, não há amparo legal à negativa da ré, até porque se tem como mais vantajosa a escolha em relação aos custos. Se a técnica é menos invasiva, haverá menor tempo de hospitalização, com menores possibilidades de complicações, resultando em menores custos. De toda forma, não é possível impedir a utilização da técnica não vedada expressamente.

Dessa forma, entendo que a solicitação não se caracteriza em nenhum privilégio e se constitui a sua negativa em conduta abusiva por parte da apelante. Assim sendo, a pretendida exclusão, por parte da Unimed, do procedimento cirúrgico referido ferirá a finalidade básica do contrato, que no caso concreto é essencial para garantir a saúde e a vida do segurado apelado, não lhe podendo impor outro procedimento cirúrgico apenas para lhe atender o seu juízo de conveniência.

Como ensinou o eminente Prof. Galeno Lacerda:

> O contrato de seguro saúde cria um direito absoluto. Estamos em presença, assim, de uma categoria nova de direitos sobre direitos. Nessa espécie prevalece a natureza mais importante. Ou como esclarece Ferrara, *il diritto dominato* assume *lá natura Del diritto dominante* (ob. cit. p. 414). Por isso, se, no caso concreto, a seguradora, sem razão, negar cobertura à segurada, estará atentando contra direitos absolutos à saúde e à vida do paciente. (Cf. Seguro de Saúde *in* **RT** 717/117).

Sobre o mesmo tema, este Tribunal já se pronunciou:

> EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONVÊNIO PARA PRESTAÇÃO MÉDICO-HOSPITALAR – UNIMED – MOLÉSTIA OBESIDADE MÓRBIDA – NEGATIVA DA CIRURGIA VIDEOLAPAROSCOPIA – ALEGAÇÃO DE NÃO-COBERTURA PELO À PLANO – IMINENTE RISCO À SAÚDE – TUTELA ANTECIPADA MANTIDA PARA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO (ART. 273 DO CPC) – PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO – DESNECESSIDADE – MERA FACULDADE CONCEDIDA AO JUIZ (ARTS. 273, § 3º E 804 DO CPC) – AGRAVO IMPROVIDO.
>
> Cumpre à Unimed arcar com o pagamento dos custos referentes ao material necessário para a realização de cirurgia indicada para a correção de obesidade mórbida.
>
> Demonstrada a verossimilhança do direito invocado e a possibilidade de risco à saúde do agravado, é de ser mantida a tutela antecipada concedida, uma vez que o contrato firmado não exclui expressamente. (TJMS, Ag n. 2003.007595-0, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 22.11.2004).

Considerando que o objetivo do tratamento cirúrgico é não só eliminar ou minimizar as doenças associadas à obesidade, como também resolver os problemas psicológicos e sociais por ela causados, melhorando a qualidade e o tempo de vida do obeso, resolvendo os problemas de ordem física e psicossocial que o excesso de peso acarreta, o improvimento do presente recurso de apelação é medida que se impõe.

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" (EDcl no MS n. 22067/DF).

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a modificação da conclusão do juízo *a quo*.

Por tais razões, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 8 de fevereiro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.012164-2 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – AFASTADA – ÍNDICE DE CORREÇÃO – O INCC DEVE SER APLICADO ATÉ A ENTREGA DO IMÓVEL E, APÓS, DEVE SER SUBSTITUÍDO PELO IGPM – HABITE-SE – MULTA DIÁRIA – MEIO INDIRETO DE COAÇÃO COM CARÁTER INIBITÓRIO – MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A entrega do imóvel ao comprador deve ser precedida de vistoria da obra pelo órgão competente do município, com a consequente expedição da certidão do habite-se. O contrato não prevê o contrário. A alegação da requerida quanto à inadimplência da autora em relação aos tributos, impedindo a concessão do habite-se não afasta a sua responsabilidade, que vem antes, ou seja, ao entregar o imóvel todos os tributos deveriam estar adimplidos e a vistoria já realizada.

O INCC deve ser aplicado até a entrega do imóvel e, após, deve ser substituído pelo IGPM.

O que fundamenta a imposição de multa diária em uma obrigação de fazer é, exatamente, a natureza infungível da obrigação imposta, de modo que a multa serve como meio indireto de coação sobre o devedor, a infundir psicologicamente influência sobre a sua vontade, no sentido de convencê-lo a prestar aquilo que lhe é exigido.

O valor fixado a título de multa diária se mostra razoável e proporcional, devendo ser mantida a sentença também neste tópico.

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, 15 de fevereiro de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Trata-se de recurso de apelação interposto por Construtora Degrau Ltda. em face da sentença de f. 1.304 que, nos autos da ação de revisão de cláusulas contratuais c/c obrigação de fazer que lhe move Laura Aparecida do Amaral, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para: 1) substituir, a partir da entrega do imóvel, o índice de correção do INCC pelo IGPM; 2) determinar que a requerida providencie a certidão de habite-se, no prazo de 30 dias, a contar de notificação extrajudicial, a ser feito pela autora. Consignando que a notificação deve ser acompanhada de comprovação de pagamento dos tributos do imóvel, desde a entrega.

Para o caso de descumprimento da obrigação da requerida, fixou multa diária no valor de R$ 500,00, limitada ao máximo de R$ 15.000,00.

Condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios estes fixados em 20% do valor da ação.

O apelante, em suas razões (f. 142-52), alega, preliminarmente a prescrição do direito da recorrida. No mérito, aduz que o fornecimento do habite-se não depende da apelante, depende do órgão municipal competente, após diversas averiguações e pagamentos, não podendo ser a apelante responsabilizada por sua emissão, acrescentando ainda que não houve a quitação do contrato objeto desta ação.

Alega que o IGPM não reflete a real inflação, requerendo a aplicação do INCC.

Por fim, defende a exclusão da multa aplicada em caso de descumprimento da obrigação, alegando ser o valor excessivo.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Construtora Degrau Ltda. em face da sentença de f. 130-4 que, nos autos da ação de revisão de cláusulas contratuais c/c obrigação de fazer que lhe move Laura Aparecida do Amaral, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para: 1) substituir, a partir da entrega do imóvel, o índice de correção do INCC pelo IGPM; 2) determinar que a requerida providencie a certidão de habite-se, no prazo de 30 dias, a contar de notificação extrajudicial, a ser feita pela autora. Consignando que a notificação deve ser acompanhada de comprovação de pagamento dos tributos do imóvel, desde a entrega. Para o caso de descumprimento da obrigação da requerida, fixou multa diária no valor de R$ 500,00, limitada ao máximo de R$ 15.000,00.

Condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios estes fixados em 20% do valor da ação.

O apelante, em suas razões (f. 142-52), alega, preliminarmente a prescrição do direito da recorrida. No mérito, aduz que o fornecimento do habite-se não depende da apelante, depende do órgão municipal competente, após diversas averiguações e pagamentos, não podendo ser a apelante responsabilizada por sua emissão, acrescentando ainda que não houve a quitação do contrato objeto desta ação.

Alega que o IGPM não reflete a real inflação, requerendo a aplicação do INCC.

Por fim, defende a exclusão da multa aplicada em caso de descumprimento da obrigação, alegando ser o valor excessivo.

Passo à análise do recurso.

Da preliminar de prescrição

A recorrente pretende o reconhecimento da preliminar de prescrição, aduzindo-a nos termos do disposto no art. 206 do Código Civil, que fixa o prazo de três anos para o ajuizamento de ação que envolva pedido de ressarcimento de enriquecimento sem causa, ressaltando que o fato que originou a presente demanda deu-se em 25.5.1995, assinatura do contrato para a aquisição da unidade imobiliária no Residencial Porto Esperança.

A preliminar não merece acolhimento, pois, quando do ajuizamento da ação, o contrato ainda estava em vigência, considerando a data de sua assinatura e o prazo estipulado para pagamento de 180 (cento e oitenta) meses.

De acordo com o Código Civil, art. 199, II:

> Art. 199. Não ocorre igualmente a prescrição:
>
> II – não estando vencido o prazo.

Com efeito, no contrato assinado entre as partes, fixou-se prazo para pagamento em 180 (cento e oitenta) meses, portanto sua validade acompanha sua duração, não havendo falar em prescrição, uma vez que sua validade iria até o ano de 2010, contando-se, a partir de então, o prazo prescricional.

Neste sentido, destaca-se decisão recente deste Tribunal de Justiça/MS:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PAGAS - PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO - AFASTADA - MÉRITO - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DA CONSTRUTORA VERIFICADO - MULTA CONTRATUAL DEVIDA - DANO MORAL DEVIDO PELA FRUSTRAÇÃO INTENSA SOFRIDA PELO CONSUMIDOR - CORREÇÃO MONETÁRIA PELOS ÍNDICES INCC - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Não há falar em ocorrência de prescrição se até a data do ajuizamento da demanda o contrato ainda estava em vigor.
>
> Não tendo a promitente-vendedora cumprido com a obrigação assumida de entregar os blocos de apartamento no prazo contratual, tem-se que a multa prevista no contrato é devida.
>
> O dano moral há de ser deferido, uma vez que não se está na presença de mero inadimplemento contratual, mas da frustração intensa, que extrapola o limite da normalidade.
>
> O INCC (Índice de Custo da Construção Civil) acompanha as variações do custo da matéria-prima e a sua utilização é permitida desde que no período antecedente à entrega do imóvel. (TJMS, AC n. 2009.016000-4, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 24.8.2009).

Desta forma, afasto a preliminar de prescrição.

Pois bem, quanto ao mérito, consigno que, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar o primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença *"como suporte do acórdão que a confirme"*, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida nos recursos, há ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevem-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> Do índice de correção das parcelas:
>
> O contrato que se quer revisar, previu na Cláusula 3ª, a forma de correção pelo INCC (Indice Nacional da Construção Civil) que reflete as variações nos preços da matéria prima usada nas obras. Durante o período em que os materiais de construção são adquiridos e empregados na obra é razoável a aplicação deste índice. Porém, concluído o empreendimento e entregue as chaves ao adquirente, este não pode ficar sujeito às variações de custo dos materiais de construção, devendo ser aplicado o índice da desvalorização da moeda. O IGPM, neste caso, é o mais adequado. Neste sentido, veja-se o seguinte aresto:
>
> A atualização das parcelas com base no índice INCC, durante a construção do empreendimento, e no IGPM/FGV, após a entrega da obra, não é ilegal. Aliás, vale destacar que o INCC (Índice de Custo da Construção Civil) acompanha as variações do custo da matéria-prima e a sua utilização é permitida desde que no período que antecede a entrega do imóvel. Por outro vértice, o IGPM (Índice Geral de Preços de Mercado) foi projetado para atender as expectativas do mercado financeiro e é o índice que melhor reflete a desvalorização da moeda. Assim, não há falar em ilegalidade na adoção de ambos os índices, já que a aplicação está em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Aliás, como a construtora financia a aquisição do imóvel, nada mais justo que se recomponha o débito por índice que reflita a variação de preços do país. (TJMS, AC n. 2007.015426-3, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 27.8.2007).
>
> Assim, o INCC deve ser aplicado até a entrega do imóvel e, após, deve ser substituído pelo IGP-M.
>
> [...]
>
> Da concessão do habite-se:
>
> Através de compromisso de compra e venda, a requerida se comprometeu a entregar uma unidade habitacional em condomínio, a ser construído. O apartamento deveria ser entregue livre de quaisquer ônus. A cláusula 2ª do contrato é clara neste sentido:
>
> 2ª. Pelo presente instrumento na melhor forma de direito, a VENDEDORA tem ajustado vender conforme promete ao(s) COMPRADOR(es), e estes a comprar-lhes o imóvel descrito e caracterizado na cláusula anterior, que possui de forma livre e desembaraçada de quaisquer ônus real, fiscal ou extra judicial, dívidas, arrestos, ou ainda de restrições de qualquer natureza, pelo preço e de conformidade com as cláusulas adiante estabelecidas.
>
> A entrega do imóvel ao comprador deve ser precedida de vistoria da obra pelo órgão competente do município, com a conseqüente expedição da certidão do habite-se. O contrato não prevê o contrário.
>
> A alegação da requerida quanto à inadimplência da autora em relação aos tributos, impedindo a concessão do habite-se não afasta a sua responsabilidade, que vem antes, ou seja, ao entregar o imóvel todos os tributos deveriam estar adimplidos e a vistoria já realizada. É bom esclarecer quer a vistoria tem por finalidade também a verificação quanto à regularidade e segurança do empreendimento construído. Neste caso, ao entregar o imóvel à autora sem o respectiva fiscalização da autoridade municipal, a requerida descumpriu com o contrato. Neste sentido, decidiu o STJ:

> EMENTA. Direito Civil. Incorporação imobiliária. Responsabilidade solidária do construtor prevista no § 1º do art. 44 da Lei n. 4.591/64. Obtenção do habite-se. Obrigação do incorporador. - Em princípio, é do incorporador a obrigação de obtenção do habite-se junto à autoridade competente. - A responsabilidade solidária do construtor, prevista no § 1º do art. 44 da Lei n. 4.591/64, ocorre apenas se o mesmo não requerer a averbação das edificações no Registro de Imóveis, após a obtenção do habite-se pelo incorporador e a omissão deste em requerer a mencionada averbação. Incorporação Imobiliária. Terminada a obra, é dever do incorporador providenciar o certificado de habite-se e a averbação da construção no cartório de imóveis, sob pena de perdas e danos, cuja existência, no entanto, deve ser comprovada. A omissão torna o construtor devedor solidário. Art. 44 e § único da Lei n. 4.591/64. O atraso no cumprimento da obrigação não caracteriza dano moral. A alegação de realização de obras irregulares, que teriam sido efetuadas pelo comprador, retardando o deferimento do ato administrativo, deve ser demonstrada. Provas oral, documental e pericial conclusivas, no sentido de que o imóvel foi adquirido pronto. (STJ, REsp n. 441.236/RJ (2002/0071297-9), Relª. Minª. Nancy Andrighi).
>
> Vale lembrar que mesmo sem o cumprimento da obrigação da requerida, a autora é responsável pelos tributos advindos após o recebimento do apartamento. Como o apartamento foi recebido sem o habite-se, a autora deverá regularizar o pagamento dos tributos e, depois, exigir as providências da requerida, mediante notificação com prazo de 30 dias.
>
> A obrigação da construtora quanto à concessão do habite-se ficará condicionada ao pagamento dos tributos pela autora e, de notificação válida, podendo, a requerida, incorrer em multa diária se não cumprir a sua parte. (f. 132-134).

Quanto à fixação da multa diária aplicada, é sabido que o que fundamenta tal medida é, exatamente, a natureza infungível da obrigação imposta, de modo que a multa serve como meio indireto de coação sobre o devedor, a infundir psicologicamente influência sobre a sua vontade, no sentido de convencê-lo a prestar aquilo que lhe é exigido.

Não poderia mesmo, em tempos em que se valorizam os ideais de efetividade e instrumentalidade do processo, a determinação judicial fixadora de obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa e ter a sua eficácia condicionada à vontade, pura e simples, do devedor, de cumprir o obrigado. Até porque este, no mais das vezes, naturalmente, não tem nenhum interesse em cumprir espontaneamente a sua obrigação, muito pelo contrário, já que teve esta oportunidade, e não o fez.

Portanto, a fixação de multa com caráter inibitório é medida atualmente consagrada pelo direito processual positivo e, ademais, decorrência lógica e original da natureza instrumental do processo civil moderno.

O festejado Nelson Nery Júnior lembra, nessa quadra, "que o valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz" (**Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: RT, 2003. p. 782-3).

Assim, no que se refere à alegada desnecessidade da multa diária fixada, sem razão a ré-apelante.

Em primeiro lugar porque, para que não incida na obrigação de pagar a multa fixada, basta cumprir a determinação judicial fixada nestes autos. Em segundo lugar, porque o valor fixado a título de multa diária, qual seja, R$ 500,00, limitado a trinta dias, mostra-se razoável e proporcional, devendo ser mantida a sentença também neste tópico.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a modificação da conclusão do juízo *a quo*, que bem demonstrou o delineamento do conjunto probatório dos autos.

Por tais razões, conheço do recurso, porém 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. 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, 15 de fevereiro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.015570-1 - Itaporã
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ESPÓLIO – MEAÇÃO – DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO INVENTARIANTE – ÔNUS DA PROVA – PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FOI CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA – RECURSO PROVIDO.

Em caso de dívida contraída pelo representante do espólio na compra de produtos fertilizantes usadas para auxiliar nas lavouras pertencentes à família, que, supostamente, gera lucros para toda família, cabe ao embargante o ônus da prova de que o empréstimo contraído não se reverteu em proveito do patrimônio da família.

Ante a ausência de partilha, neste caso específico, o espólio deve responder pelas dívidas assumidas.

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 de Bunge Fertilizantes S/A e julgar prejudicado o apelo de Espólio de Elza Justi Ramos repres. pelo inventariante, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Bunge Fertilizantes S.A., inconformada com a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Itaporã que acolheu os embargos opostos pelo espólio de Elza Justi Ramos, por entender que não responde por dívida assumida pelo inventariante, interpõe recurso de apelação com o escopo de ver reformada a decisão.

Afirma que não há provas de que os insumos vendidos ao inventariante não foram utilizados nas fazendas que estão sob inventário trazendo, assim, benefícios ao espólio. Diante disso, deve o espólio responder solidariamente pela obrigação assumida.

Pede a aplicação da teoria da aparência, porque realizava negócios com o inventariante desde o ano de 1993 e desconhecia a abertura de sucessão, somente tomando conhecimento por conta dos embargos à execução e de terceiro ajuizados.

Nesse contexto pede a reforma da sentença e o julgamento improcedente dos embargos ou que os imóveis sejam levados à praça, ressalvando-se o valor correspondente à meação do espólio.

O espólio de Elza Justi Ramos também recorre adesivamente (f.164-8) e alega que o magistrado fixou honorários em 10% sobre o valor de R$ 165.000,00 por entender que este valor correspondia à meação dos bens penhorados, objeto da presente ação de embargos de terceiro, porém os bens foram avaliados em R$ 660.000,00. Assim, o valor dos honorários deve ter como critério o valor de R$ 330.000,00.

Contrarrazões às f. 157 e 175.

VOTO (EM 7.12.2010)

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Bunge Fertilizantes S.A. contra a sentença que acolheu os embargos de terceiro e declarou que, pela dívida assumida pelo inventariante, o espólio não pode assumir.

O Espólio de Elza Justi também recorre adesivamente por conta do valor que foi utilizado como parâmetro para a fixação de honorários. Afirma que houve um equívoco e que em vez de R$ 165.000,00, o valor dos honorários deve ter como base o valor de R$ 330.000,00.

Pois bem. Há duas apelações cíveis interpostas por Bunge Fertilizantes S.A. e pelo Espólio de Elza Justi, tendo em vista a sentença proferida nos autos de embargos de terceiro.

A apelante Bunge Ferlizantes ajuizou ação de execução contra Cláudio Vieira Ramos. Expediu-se carta precatória para a Comarca de Itaporã, tendo o executado sido citado e nomeado bens à penhora. A indicação de bens foi considerada ineficaz, o que levou a indicação – pela apelante – de dois imóveis para penhora (Matrícula n. 0330 e n. 01.779), que foram avaliados em R$ 330.000,00 cada área.

Ante as constrições judiciais, a inventariante do espólio de Elza Justi Ramos opôs os presentes embargos de terceiro, alegando que os imóveis constritos foram adquiridos na constância do casamento do executado com a falecida Elza e que só poderiam ser objeto de penhora o quinhão de 50% de cada gleba, e informou que a dívida foi contraída no ano de 2004, ou seja, após o falecimento de Elza, ocorrido em 2000.

A sentença singular acolheu os embargos sob o argumento de que, com o falecimento de Elza, havia duas personalidades, contudo a dívida foi contraída apenas pelo executado Cláudio Vieira Ramos.

No entanto, verifico que o espólio apenas disse não ser justa a constrição da meação, contudo não trouxe aos autos nenhuma prova de suas alegações.

Observo que, no caso dos autos, trata-se de execução sofrida pelo então inventariante do Espólio de Elza Justi Ramos por dívida contraída por compra de fertilizantes, não tendo o embargante comprovado que tais produtos não tenham sido utilizados em proveito das propriedades da família, inclusive na administração dos bens do espólio.

Conforme informação da inicial de execução (f. 290), as duplicatas não pagas venceram em 2005, época em que o executado era o inventariante do espólio de Elza Ramos, já que os demais herdeiros eram menores de idade. Portanto, administrava livremente os bens.

Assim, deve prevalecer, *in casu*, a presunção de que houve benefício para a família, considerando-se que, em tais circunstâncias, caberia ao embargante o ônus de provar que a dívida contraída não se reverteu em proveito do espólio e de toda a família.

Nesse contexto:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ESPÓLIO MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO INVENTARIANTE. ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FOI CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. RECURSO IMPROVIDO. Em caso de dívida contraída pelo representante do espólio na compra de produtos fertilizantes usadas para auxiliar nas lavouras pertencentes à família, que, supostamente, gera lucros para toda família, cabe ao embargante o ônus da prova de que o empréstimo contraído não se reverteu em proveito da família. APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 20 DO CPC, ATENDIDOS OS REQUISITOS PREVISTOS NAS ALÍNEAS "A", "B" E "C" DO § 3º - VALOR FIXO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Se a causa não demonstrou ser de grande complexidade e o tempo exigido para o serviço não se mostrou excessivo os honorários devem ser fixado em observância ao § 4º do art. 20 do CPC, atendidos os requisitos previstos no § 3º. (TJMS, AC n. 2009.009057-0, Itaporã, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ de 31.7.2009, p. 32).

Pelo exposto, visto que não há nos autos prova de que os bens adquiridos pelo executado – inventariante à época da aquisição dos produtos – não beneficiou os bens inventariados, dou provimento ao recurso de apelação interposto por Bunge Fertilizantes S.A. e, em consequência, julga-se improcedente os presentes embargos de terceiro.

Invertido o ônus da sucumbência, fixo honorários advocatícios em R$ 5.000,00, o que faço com base no art. 20, § 4º, do CPC, haja vista a singeleza da causa e o trabalho desenvolvido pelo causídico.

Assim, fica prejudicado o recurso adesivo interposto pelo espólio de Elza Justi Ramos.

O Sr. Des. João Maria Lós (Revisor)

Dou provimento ao recurso.

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO VOGAL, DES. SÉRGIO FERNANDES MARTINS, APÓS O RELATOR E O REVISOR DAREM PROVIMENTO AO RECURSO DE BUNGE FERTILIZANTES S.A. E JULGAREM PREJUDICADO O APELO DE ESPÓLIO DE ELZA J. RAMOS REPRESENTADA POR INVENTARIANTE.

VOTO (EM 14.12.2010)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Vogal)

Bunge Fertilizantes S.A., inconformada com a sentença que acolheu os embargos de terceiro opostos pelo Espólio de Elza Justi Ramos, por entender que não responde por dívida assumida pelo inventariante, interpõe recurso de apelação.

A empresa-apelante alega, em síntese, que (i) não há provas de que os insumos vendidos ao inventariante não foram utilizados nas fazendas que estão sob inventário, trazendo, assim, benefícios ao espólio; e (ii) deve ser aplicada a teoria da aparência, pois realizava negócios com o inventariante desde o ano de 1993 e desconhecia a abertura de sucessão, somente tomando conhecimento por conta dos embargos à execução e de terceiro ajuizados.

Ao final, requer a reforma da sentença e o julgamento improcedente dos embargos ou que os imóveis sejam levados à praça ressalvando-se o valor correspondente à meação do filho.

O Espólio de Elza Justi Ramos representado por seu inventariante também recorre adesivamente, sob o argumento de que o juízo de origem fixou honorários em 10% sobre o valor de R$ 165.000,00, por entender que este valor corresponde à meação dos bens de penhora, objeto da ação de embargos de terceiro, no entanto os bens foram avaliados em R$ 660.000,00. Portanto, o valor dos honorários deve ter como critério R$ 330.000,00.

O relator do presente recurso, Des. Joenildo Sousa Chaves, e o revisor, Des. João Maria Lós, deram provimento ao recurso de apelação cível interposto pela Bunge Fertilizantes S.A. e julgaram prejudicado o apelo do Espólio de Elza Justi Ramos, representado por seu inventariante.

Pedi vista dos autos para melhor apreciação da questão posta em julgamento.

No caso, consoante afirmou o i. relator "*trata-se de execução sofrida pelo então inventariante do Espólio de Elza Justi Ramos, por dívida contraída por compra de fertilizantes, não tendo o embargante comprovado que tais produtos não tenham sido utilizados em proveito das propriedades da família, inclusive na administração do espólio*".

De fato, as duplicatas não pagas venceram em 2005, época em que o executado era o inventariante do Espólio de Elza Justi Ramos, pois os demais herdeiros eram menores de idade. Portanto, administrava livremente os bens.

Desse modo, realmente deve prevalecer a presunção de que houve benefício para a família, considerando-se que, em tais circunstâncias, caberia ao embargante o ônus de provar que a dívida contraída pelos executados não se reverteu em seu proveito e de toda a família, o que, no caso, não ocorreu.

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

> EMBARGOS DE TERCEIRO - MULHER CASADA - MEAÇÃO - AVAL PRESTADO PELO MARIDO QUE TAMBÉM É SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA - ÔNUS DA PROVA - PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FOI CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA.
>
> Assiste à mulher casada, em princípio, o direito de defender a posse dos bens constitutivos de sua meação através da via processual dos embargos de terceiro, nos casos de dívida contraída pelo marido sem a sua anuência, presumindo-se, como regra, que o débito tenha sido revertido em benefício da família.
>
> No caso específico de prestação de aval, se prestado por sócio da empresa devedora principal, não prevalece a presunção de que não houve benefício para a família do garantidor, uma vez que, nessa hipótese, a garantia fora prestada para sociedade que gera lucros para o avalista, na qualidade de sócio, à vista do que se considera que, nessas circunstâncias, cabe à esposa o ônus de provar que o empréstimo contraído não reverteu em seu proveito[1]. (destaquei)

Nesse mesmo diapasão, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SÓCIO. MEAÇÃO DA ESPOSA. PEDIDO DE EXTENSÃO DA PENHORA INDEFERIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DESCABIMENTO. CPC, ART. 333, I E II.
>
> Assentado pela jurisprudência do STJ que cabe à esposa meeira, em embargos, o ônus da prova de que não se beneficiou do empréstimo obtido pela empresa da qual seu cônjuge é sócio e avalista do título, contraria o art. 333, I e II, da lei adjetiva civil, a decisão do Tribunal

1 TAMG, AC n. 0310309-7/2000, Terceira Câmara Cível, Belo Horizonte, Relª. Juíza Jurema Brasil Marins, julgado em 14.6.2000, unânime.

> estadual que, invertendo tal encargo, indefere, de logo, o pedido do credor de extensão da constrição à totalidade do imóvel. Recurso especial conhecido e provido, facultado à cônjuge virago, após, a defesa do seu direito em embargos de terceiro[2].(destaquei)
>
> EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. MEAÇÃO. MULHER DO AVALISTA, SÓCIO DA EMPRESA AVALIZADA. PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FOI CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA CONTRÁRIA. PRECEDENTES. Agravo regimental voltado contra jurisprudência consolidada na Segunda Seção do STJ, que nas circunstâncias como a dos autos, onde o marido da agravante prestou aval a empresa da qual era sócio, reconhece a presunção de que a dívida foi contraída em benefício da família, cabendo o ônus de provar o contrário à mulher do avalista. Subsistentes os fundamentos do decisório agravado, nega-se provimento ao agravo [3].
>
> COMERCIAL. AVAL PRESTADO PELO SÓCIO. Se o aval foi prestado pelo marido em garantia de dívida da sociedade de que faz parte, cabe à mulher que opõe embargos de terceiro o ônus da prova de que disso não resultou benefício para a família. Recurso especial conhecido e provido[4].

Dessa forma, considerando que o espólio-embargante não demonstrou nos autos que a dívida contraída por Cláudio Vieira Ramos não beneficiou sua esposa, bem como a entidade familiar, deve ser reformada a sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro ajuizados em face da Bunge Fertilizantes S.A.

Ante o exposto, acompanho os ilustres pares para dar provimento ao recurso de apelação cível interposto por Bunge Fertilizantes S.A. e, por consequência, julgar prejudicado o recurso de apelação cível interposto pelo Espólio de Elza Justi Ramos representado por seu inventariante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE BUNGE FERTILIZANTES S.A. E JULGARAM PREJUDICADO O APELO DE ESPÓLIO DE ELZA JUSTI RAMOS REPRES. PELO INVENTARIANTE, 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, 14 de dezembro de 2010.

***

2 REsp n. 333074/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 11.6.2002, DJ de 19.8.2002, p. 175, LEXJTACSP, p. 707, v. 198).

3 AgRg no REsp n. 299514/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 21.8.2001, DJ de 22.10.2001, p. 328.

4 REsp n. 148719/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 27.3.2001, DJ de 30.4.2001, p. 130, LEXSTJ, p. 11, v. 14.

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.029060-6 - Campo Grande
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO – LOCAÇÃO – RESCISÃO DE CONTRATO SEM PAGAMENTO DE MULTA – POSSIBILIDADE – FURTO NA RESIDÊNCIA LOCADA EM MENOS DE UM MÊS DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – CLÁUSULA CONTRATUAL – INTERPRETAÇÃO – RAZOABILIDADE E BOA-FÉ – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO IMPROVIDO.

O furto na residência locada pela autora-apelada justifica a rescisão do contrato sem ônus, conforme previsão da cláusula 15ª do contrato de locação, que deve ser interpretada à luz dos princípios da razoabilidade e boa-fé.

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, 25 de janeiro de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Iara Maria Hass, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Capital, que julgou procedente o pedido formulado na presente ação de rescisão de contrato que lhe move Patrícia dos Santos Silva, interpõe recurso de apelação.

Defende a apelante a reforma da sentença e o julgamento improcedente do pedido inicial, uma vez que, não obstante o sério motivo pelo qual a apelada está desocupando o imóvel, não há isentá-la do pagamento da multa decorrente da rescisão contratual.

Pugna pelo recebimento, conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 98-104.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Iara Maria Hass, inconformada com a sentença que julgou procedente o pedido formulado na presente ação de rescisão de contrato que lhe move Patrícia dos Santos Silva.

Para a melhor compreensão do caso posto a julgamento, transcrevo um trecho do relatório da r. sentença recorrida:

> Patrícia dos Santos Silva, qualificada na inicial, propôs a presente ação de rescisão de contrato de locação c/c antecipação de tutela em face de Iara Maria Hass e Cynthia Renata Souto Vilela, também qualificadas, alegando que no dia 4 de setembro de 2008 as partes celebraram contrato de locação do imóvel residencial descrito na inicial, com valor mensal do aluguel em R$ 1.100,00 (um mil e cem reais) e prazo de 12 (doze) meses.
>
> Afirma que o imóvel locado estava em ótimas condições de moradia, mas em virtude de um assalto que sofreu no dia 23 de setembro de 2008, logo após sua mudança, não teve mais interesse em permanecer no imóvel. Alega que seu temor adveio do fato de que após o assalto, a porta do imóvel estava aberta, sem sinais de arrombamento, demonstrando a inexistência de segurança no local.
>
> Todavia, ao solicitar a rescisão do contrato, a parte requerida condicionou o término do negócio ao pagamento de 3 (três) aluguéis, com base na cláusula décima sexta. Entretanto, defende a requerente que ao caso a multa não deve ser aplicada, pois não houve infração contratual.
>
> Dessa forma, pretende a rescisão do contrato de locação celebrado entre as partes, afastando-se a cobrança da multa. Além disso, solicita autorização para o depósito judicial do valor proporcional aos dias que esteve na posse do imóvel, no importe de R$ 586,66 (quinhentos e oitenta e seis reais e sessenta e seis centavos).
>
> Através da decisão de f. 40-41, foi excluída da lide a requerida Cynthia Renata Souto Vilela. Na mesma oportunidade foi autorizado o depósito dos valores correspondentes aos aluguéis proporcionais.
>
> A requerida apresentou contestação (f. 55-60), alegando que ainda que seja sério o motivo pelo qual o locatário desocupe o imóvel antes do prazo contratado, tal circunstância não se mostra apta a ensejar eventual afastamento da cláusula que prevê a incidência da multa contratual, nos termos do artigo 4º da Lei n. 8.245/91. Dessa forma, sustenta que se a locatária tem interesse na rescisão do contrato, cabe à mesma o pagamento da multa contratual.
>
> A requerente impugnou a contestação (f. 63-66), rebatendo as teses defensivas e reiterando os argumentos expostos na inicial.

Pois bem, ao que se infere dos autos, as partes celebraram contrato de locação de imóvel residencial em 4.9.2008, constando a apelante Iara como locadora e a apelada Patrícia como locatária.

Antes do término do primeiro mês de locação, a residência objeto do contrato de aluguel foi assaltada durante a noite, o que gerou insegurança na apelada e sua família, razão por que, não tendo mais interesse em permanecer no imóvel, propôs a rescisão do contrato sem pagamento de multa, pois não infringiu qualquer cláusula contratual, não sendo cabível referida cobrança.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido *"para o fim de declarar a rescisão do contrato de locação celebrado entre as partes, independentemente do pagamento de qualquer multa ou indenização por parte da locatária ou da locadora"*. (f. 83)

> A meu juízo a pretensão recursal é improcedente.
>
> Assevera a apelante que:
>
> Ainda que seja sério o motivo pelo qual o locatário desocupe o imóvel antes do prazo contratado – o que não se vê no caso presente – tal circunstância não se mostra apta a ensejar eventual afastamento da cláusula que prevê a incidência da multa contratual.

In casu, realmente a multa deve ser declarada inexigível e não apenas pelo grave motivo a justificar a situação de angústia experimentada pela apelada e sua família, mas também pela própria previsão contratual constante à cláusula 15ª (f.18), *in verbis*:

> CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: Em virtude de incêndio, desabamento, desapropriação, ou qualquer ocorrência que impeça o uso normal do imóvel, o presente contrato será rescindido, independentemente de qualquer indenização por parte da LOCADORA.

Portanto, como bem destacou o magistrado sentenciante, a situação descrita na inicial se subsume ao exato alcance do que disposto na cláusula 15ª acima transcrita, uma vez que o furto do qual foi vítima a apelada em menos de um mês após a locação do imóvel sem dúvida impediu o seu uso normal.

Desta feita, a expressão *"qualquer ocorrência que impeça o uso normal do imóvel"*, adotada pelo contrato entabulado entre as partes deve ser examinada à luz do princípio da razoabilidade e da boa-fé objetiva, uma vez ser evidente a ampla margem de interpretação que pode ser dada àquela cláusula.

Além disso, as regras gerais da hermenêutica determinam que as cláusulas contratuais de teor duvidoso devem ser interpretadas contra quem as redigiu, uma vez que este tinha o dever de formalizar as condições do negócio jurídico de forma clara.

Por fim, deve ser considerado, como registrado na sentença, que, nos termos do art. 408 do Código Civil, é necessário que a parte deixe de cumprir a obrigação culposamente, o que não foi o caso, já que apelada abandonou o imóvel por motivo alheio a sua vontade, devendo ocorrer a rescisão do contrato sem pagamento da multa.

Ademais, dispõe o art. 422 do Código Civil que *"Os contratantes são obrigados a guardar, assim não conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"*.

Parece-me justo e razoável, tendo como fundamento a cláusula 15ª do contrato e os arts. 408 e 422 do CC, que a apelada possa rescindir o contrato de aluguel, sem pagamento de multa, tendo em vista a angustiante situação que passou juntamente com sua família em menos de um mês residindo no imóvel da apelante.

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. Joenildo de Sousa Chaves.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Campo Grande, 25 de janeiro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.016541-7 - Amambai
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – INVASÃO DE DADOS VIA *INTERNET* – RETIRADAS INDEVIDAS EM CONTA-CORRENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DO SERVIÇO BANCÁRIO – RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELOS DANOS ADVINDOS DA FRAUDE – DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL, NÃO DEVENDO SER MAJORADO NEM REDUZIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Cabe à Instituição Financeira a prova de que não houve falha no seu sistema de segurança eletrônico.

Se o banco fornecedor do serviço adota meios eletrônicos de acesso à conta-corrente de seus correntistas deficientes, a ponto de permitir que terceiros a eles tenham acesso e façam operações de crédito, saque e transferências, assume a obrigação de reparar os danos que possam decorrer da falha de segurança na prestação do serviço.

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.

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, 3 de março de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Banco Bradesco S.A., inconformado com a decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que lhe move Claudenir Costa de Oliveira, apela a este Tribunal.

Afirma que todas as transações discordadas pelo apelado foram efetuadas via *internet*, o que afasta a possibilidade de clonagem do cartão ou defeito na prestação do serviço oferecido.

Alega ter restado claramente demonstrada a culpa exclusiva do apelado pelo ocorrido, uma vez que, em um dos acessos à *internet*, cedeu todas as combinações de seu Cartão Chave de Segurança, afastando, assim, a responsabilidade do apelante nos termos do que dispõe o artigo 14, § 3º, II, do CDC. E ainda, não lhe pode ser imputada culpa alguma, pois agiu em estrita legalidade e em conformidade com as normas aplicáveis ao caso em comento, inexistindo nexo causal entre o suposto dano e a sua conduta.

Entende não haver falar em reparação por danos materiais, pois é de responsabilidade do apelado a guarda dos cartões magnético e de senha, podendo, ainda, ter sido ele mesmo quem realizou as transações.

Aduz que não restou demonstrada a existência dos danos morais experimentados nem mesmo a extensão destes, tratando-se de meros aborrecimentos, o que afasta o dever de indenizar.

Por fim, entendendo pela existência dos danos morais, há de se considerar os parâmetros para sua fixação, visto que o valor arbitrado se mostra desproporcional e injusto, devendo ser reduzido.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

O apelado apresentou contrarrazões, onde pugna pelo não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pugna pelo improvimento do recurso e mantença da sentença.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Banco Bradesco S.A. contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que lhe move Claudenir Costa de Oliveira.

Consta nos autos que o apelado é titular de uma conta-corrente com o apelante, sendo que, ao tentar fazer uma compra com seu cartão de débito, foi informado que não poderia realizar tal transação, pois não dispunha de saldo.

Ao tirar um saldo detalhado de sua conta, o apelado percebeu que havia sido descontado o valor de R$ 7.814,89, para pagamentos diversos na data de 10.12.2008, os quais afirmou não terem sido realizados por ele.

O apelado registrou um boletim de ocorrência, e procurou o gerente de sua conta, tendo sido informado que não poderia ter o valor estornado sem um processo administrativo. O apelante não respondeu aos requerimentos de informações sobre os fatos, solicitados pelo apelado, o qual teve, inclusive, que realizar empréstimo para cobrir um cheque devolvido por ausência de fundos.

O Juízo singular julgou parcialmente procedente o pedido da ação proposta, para condenar o requerido a pagar a importância de R$ 7.814,89 a título de danos materiais e R$ 10.000,00 a título de danos morais, acrescidos de juros de mora e correção monetária, além de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Da ofensa ao princípio da dialeticidade, aventada pelo apelado em contrarrazões.

Verifica-se que o recurso de apelação, apesar de muito se assemelhar com a contestação, contém os fundamentos de fato e de direito que embasaram o inconformismo do recorrente, demarcando a extensão do contraditório perante este órgão recursal, apontando as razões pelas quais pretende a reforma da sentença, não se pode falar, neste mister, em ofensa ao princípio da dialeticidade.

Rejeito a preliminar.

Passo ao mérito do recurso.

Pois bem. A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, haja vista que o apelante realiza serviço de natureza creditícia, portanto a responsabilidade civil é objetiva, à luz do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Corroborando este entendimento, a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça orienta: *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."*

Analisando a conduta do apelante, não há não reconhecer a ocorrência de culpa na má prestação do serviço prestado.

Como cediço, os bancos podem optar por disponibilizar aos seus clientes a movimentação de conta bancária por meios eletrônicos, inclusive, pela *internet*.

Assim, se o fornecedor oferece atrativos e comodidades para atrair consumidores, tais como caixas rápidos e *internet banking,* está ciente dos riscos que decorrem de sua atividade. Dentre eles, a real possibilidade de que pessoas inescrupulosas apliquem golpes em seus clientes, deve, por isso, arcar com eventuais falhas de seu sistema operacional, principalmente no que diz respeito à segurança de movimentações bancárias.

No caso, apesar de o apelante alegar culpa exclusiva do apelado, não há nos autos nenhuma prova no sentido de que as transações tenham se originado de ato realizado pelo próprio titular da conta; e ainda, ao contrário do que afirmou o banco, o apelado declarou (f. 48) ter utilizado mais de uma vez a combinação do Cartão Chave de Segurança em um único acesso, e não que tenha fornecido todas as combinações do referido cartão. Nesse sentido, caberia ao apelante comprovar que não houve qualquer tipo de falha no serviço oferecido, o que não ocorreu.

Restou, portanto, comprovada a falha no sistema de segurança via *internet*, devendo o apelante responder pelos danos causados ao apelado.

Nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DÉBITOS EFETUADOS EM CONTA CORRENTE DO AUTOR, MOVIMENTAÇÃO MEDIANTE SERVIÇO DISPONIBILIZADO PELO BANCO VIA INTERNET. FRAUDE. DEVER DO BANCO INDENIZAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no Ag n. 940.608/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4.3.2010).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE LUCROS CESSANTES, DANOS MATERIAIS E MORAIS – MOVIMENTAÇÃO EMPREENDIDA EM CONTA-CORRENTE PELA VIA ELETRÔNICA (INTERNET) – ATOS ALHEIOS À CORRENTISTA – FALHA DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO – DANO MORAL PURO, QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> Incumbe ao banco dotar seus sistemas eletrônicos de segurança e eficiência, de molde a impedir que seja o consumidor lesado, pelo simples fato de utilizar os meios que lhe são postos à disposição. Se o sistema eletrônico, em razão de alguma falha, permite que um terceiro tenha acesso à conta do cliente, causando-lhe prejuízo, resta ao banco a responsabilidade objetiva de reparar os danos daí decorrentes.

> [...]. (TJMS, AC n. 2008.001226-7, Des. Rel. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 28.4.2009).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA POR TERCEIROS VIA INTERNET. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELOS DANOS ADVINDOS DA FRAUDE. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.
>
> 1 - Se o banco fornecedor do serviço adota meios eletrônicos de acesso à conta corrente e de poupança de seus correntistas deficientes, a ponto de permitir que terceiros a elas tenham acesso e façam operações de crédito, saque e transferências, assume a obrigação de reparar os danos que possam decorrer da falha de segurança na prestação do serviço.
>
> 2 - As conseqüências que podem emanar da manipulação da conta corrente do cliente bancário por terceiros desautorizados configura dano moral, passível de reparação.
>
> 3 - Na hipótese de ressarcimento por danos morais, a correção monetária e os juros de mora devem incidir a partir do momento em que foi fixada a correspondente indenização, já que anteriormente à liquidação do *quantum debeatur,* não havia quantificação do valor a ser pago, razão pela qual não era ainda exigível o crédito do devedor. (TJMG, AC n. 1.0313.06.201783-2/001, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Wagner Wilson, julgado em 21.2.2008).

Outrossim, não se pode considerar como razoavelmente esperado que o apelante, renomada e segura instituição bancária, incorra em tal espécie de falha na prestação de seu serviço, o que sem dúvida acarreta transtornos aos seus clientes, gerando-lhes angústia, aflição, impotência, raiva, aborrecimento, dissabor, desconforto e frustração ante a surpresa de ver debitada em sua conta-corrente quantia indevida.

Dessa forma, dúvida não há quanto ao dever de indenizar o apelado pelo dano moral decorrente das movimentações financeiras fraudulentas, já que se viu privado de utilizar a quantia retirada de forma indevida.

Em relação à determinação da quantia arbitrada a título de danos morais, sabe-se que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser fixado a título de indenização por dano moral, esta é uma questão subjetiva, que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

A determinação da quantia devida, a título de danos morais, fica ao arbítrio do juiz e deve atender a todos os prejuízos morais sofridos pela vítima, obedecendo aos pressupostos essenciais para a sua fixação.

Portanto, na quantificação do dano moral, deve-se valer de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Posto isto, apesar de o apelante ser conhecido nacionalmente e possuir um expressivo patrimônio, entendo que o *quantum* indenizatório fora fixado razoavelmente, não tão baixo, a ponto de não servir como uma punição ao réu/apelante, nem excessivamente elevado, o que ocasionaria o enriquecimento ilícito do autor, ora apelado.

Assim, o valor arbitrado pelo magistrado *a quo*, em R$ 10.000,00, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pelo apelante, compensa, condignamente, os tormentos sofridos pelo apelado em razão dos dissabores causados pelo evento ocorrido.

Por fim, quanto aos danos materiais, estes exigem prova inequívoca de sua ocorrência, não deixando margem à dúvida quanto à sua repercussão no patrimônio da vítima. Assim, como bem consignou o magistrado singular, *"é inconteste o dever de indenizar o Autor pelos danos materiais sofridos, porém apenas no valor R$ 7.814,89, valor este comprovado nos autos (f. 18)."* (f. 84)

Por tais razões, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Campo Grande, 3 de março de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.012716-3 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – INTERDIÇÃO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO AFASTADA – GENITORA INTERDITADA JUDICIALMENTE A PEDIDO DA FILHA, QUE RESIDE EM OUTRO ESTADO HÁ MUITOS ANOS – RELATÓRIO SOCIAL – NOMEAÇÃO DO DESCENDENTE MAIS APTO COMO CURADOR – ART. 1.775 E §§ CC – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I – A declinação, nas razões recursais, de fatos complementares ou acessórios à essência da pretensão contida na inicial, os quais também foram aduzidos na réplica, não constituem óbice ao conhecimento do recurso, já que não implicam modificação do pedido ou da causa de pedir.

II – De acordo com o art. 1.775 e parágrafos do Código Civil, na ausência do cônjuge ou companheiro e dos pais, a nomeação de curador ao interditado deve recair, de preferência, no descendente mais apto, ou seja, naquele que demonstre reunir os melhores requisitos para assumir o encargo, dentre eles os vínculos de afeto e as condições de prestar conforto moral e material ao enfermo.

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. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Suely Rombalde de Toledo, devidamente qualificada na ação de interdição[1] que move em face de Júlia Rombalde de Toledo, por meio de sua advogada, apela da sentença de acolhimento do pedido que fez de interdição da sua genitora, na parte em que deixou de nomeá-la como curadora.

Alega, em síntese, que sentença deve ser reformada, porque está fundamentada de forma incoerente e em desacordo com os autos, com a lei e com o direito, pois deixou de considerar fatos e provas relevantes.

Recorda os eventos explanados na inicial e na réplica, salientando que o filho da interditada Antonio Carlos de Oliveira é suspeito para exercer o cargo de curador, uma vez que sua tese de defesa não condiz com verdade dos fatos e traduz o seu interesse na causa.

1 Proc. n. 001.08.375699-0, distribuído em 27.11.2008, à 3ª vara de família da Comarca de Campo Grande-MS.

Assevera que a interditada não possui discernimento para tomar decisões, é facilmente influenciada e manipulada e que o Sr. Antonio Carlos de Oliveira só passou a cuidar da paciente depois da propositura da presente ação.

Aduz que a mãe prefere ser atendida pela filha mulher por questões de afinidades e intimidades, o mesmo não acontecendo com o filho homem que dependerá de uma empregada para cuidar da genitora.

Pede o integral provimento do recurso, a fim de que a sentença seja reformada, para que o Sr. Antonio Carlos de Oliveira seja substituído pela recorrente no cargo de curador.

A recorrida apresentou contrarrazões, nas quais pede a manutenção da sentença, destacando que houve inovação quanto aos fatos descritos na inicial.

A Procuradoria-Geral da Justiça apresentou parecer, pugnando pelo não conhecimento parcial do recurso, nos termos do art. 517 do CPC, pois teria havido inovação da matéria fática. Quanto ao mérito, sustenta que a sentença deve ser mantida.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de recurso interposto pela requerente, que não se conforma com a sentença de interdição de sua genitora, na parte que deixou de nomeá-la como curadora da interditada.

PRELIMINAR

A preliminar de não conhecimento parcial do recurso deve ser afastada. Com efeito, a autora, ao ajuizar a ação, relatou na peça preambular o que era essencial para o acolhimento do pedido, não se podendo dizer que houve mudança da causa de pedir ou do pedido pelo fato de apresentar argumentos complementares ou acessórios nas razões recursais.

Ressalte-se que os argumentos utilizados nas razões recursais também foram respigados pela autora na réplica, às f. 53-9, de modo que sua repetição nas razões recursais não atentou contra o princípio da estabilidade da lide.

Posto isso, rejeito a preliminar de não conhecimento.

MÉRITO

Consta dos autos que a Srª Júlia Rombalde de Toledo, também identificada como Júlia Rambado Toledo, foi interditada judicialmente, aos 77 anos, a requerimento de sua filha Suely Rombalde de Toledo, ora apelante, em virtude de ter sido diagnosticada pela perícia médica como portadora de doença mental (Alzheimer) que a incapacita completamente para gerir os atos da vida civil.

Ao proferir a sentença, o magistrado deixou de nomear a requerente como curadora da enferma, entregando a curadoria da interditada para o filho desta, Sr. Antonio Carlos de Oliveira, com quem reside a enferma e com o qual mantém laços de afeição.

Transcrevo a sentença, nas partes que interessam à solução da controvérsia:

> As provas produzidas nos autos demonstram que a parte requerida é portadora da moléstia referida pela inicial, o que foi confirmado pela perícia médica realizada. Presente, pois, a incapacidade para gerir os atos da vida civil.

> Tal incapacidade estende-se a todos os atos a vida civil.
>
> FACE AO EXPOSTO, com fundamento no art. 269, I, do CPC, e conforme o parecer ministerial, julgo procedentes os pedidos formulados na inicial e decreto a interdição de Júlia Rambado Toledo, parte qualificada, declarando-a absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, face aos termos do art. 3º, II, do Código Civil.
>
> Em decorrência, nomeio Antonio Carlos de Oliveira para exercer a função de CURADOR, mediante compromisso, e determino a inscrição da interdição no Registro Civil e a publicação na forma do artigo 1.184, do CPC.
>
> A nomeação de Antonio Carlos se justifica pelo fato de residir com a interditada, sendo certo que esta demonstrou maior afeição e apego pelo mesmo.
>
> Tendo em vista a existência de bens em nome da parte requerida, e considerando o valor dos mesmos, necessária a prestação de caução pela parte requerente, face aos termos dos artigos 1.745, parágrafo único, e 1.774. Para tal fim fixo o prazo de 15 (quinze) dias.
>
> Advirta-se acerca das obrigações constantes dos arts. 1.740 a 1.754 do Código Civil, e também para, na forma dos arts. 1.756 e 1.757, ao final de cada ano de administração, apresentar o balanço do movimento e, a cada dois anos, prestar nos autos as respectivas contas. (F. 184-185).

Após minuciosa análise destes autos, não me convenci da necessidade de modificar a sentença proferida pelo juiz *a quo*.

De acordo com o art. 1.775 e parágrafos do Código Civil, o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é de direito, curador do outro, quando interdito. Na falta do cônjuge ou companheiro, a lei determina que a curatela seja entregue ao pai ou à mãe e, na falta destes, ao descendente que se demonstrar mais apto.

Na hipótese, a interditada é viúva de idade avançada e muito provavelmente seus pais já faleceram. Dentre os únicos descendentes que se interessaram pela curatela da mãe (no caso, a autora e o Sr. Antonio Carlos), a prova dos autos indica que o último é o que reúne as melhores condições de cuidar da interditada.

O Relatório Social de f. 169-70 demonstra que a autora mora no vizinho Estado de Mato Grosso e está afastada do convívio direto de sua genitora há cerca de 20 (vinte) anos, não tendo com ela laços mais profundos de afetividade, ao contrário do filho da enferma, Sr. Antonio Carlos de Oliveira, que passou a cuidar dela após a morte do Sr. Domingos de Oliveira, o qual convivia com a interditada e também era pai do Sr. Antonio Carlos. Aliás, a própria enferma, a despeito de sua condição clínica, declarou perante o Juízo e a Assistente Social que prefere ser cuidada pelo filho.

Segundo o mencionado Relatório, o Sr. Antonio Carlos presta à mãe todos os cuidados indispensáveis ao seu bem-estar, estando *"bem assistida em seus direitos fundamentais"* (f. 170). E complementa: a interditada *"vive em ambiente organizado, higienizado e confortável; possui uma cuidadora que a atende diariamente e na ausência do filho"* (f. 170).

Apesar do estado de saúde mental da requerida, não se pode ignorar, de forma absoluta, sua vontade de permanecer com o filho, uma vez que o mal de Alzheimer é uma doença progressiva que se manifesta de forma diferente em cada pessoa dependendo da fase, razão pela qual devem ser avaliadas todas as reações e sentimentos do paciente.

Destaco, ainda, que a requerida foi ouvida pessoalmente pelo magistrado, o qual pôde colher as impressões de caráter subjetivo que envolvem a pessoa da interditada e de seus familiares, de forma que a

prudência recomenda que a curatela permaneça com o Sr. Antonio Carlos, enquanto isso for conveniente para a interditada.

Ademais, ao se pronunciar sobre o relatório social, a autora não o impugnou de fato, limitando-se a dizer que a requerida é *"totalmente manipulada por Antonio Carlos"* (f. 179), afirmação que, dentre outras, também não restou comprovada, permanecendo no campo da mera especulação.

Ante todo o exposto, conheço integralmente do recurso, mas voto no sentido de negar-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. DECISÃO EM PARTE COM O PARECER.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Paschoal Carmello Leandro e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.038317-0 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – TRIBUTÁRIO – ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL – MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – NÃO INCIDÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ARBITRAMENTO EXCESSIVO – CORREÇÃO MONETÁRIA (LEI FEDERAL N. 11.960/2009) – INDEXADOR OFICIAL (INPC-IBGE) – ISENÇÃO DAS CUSTAS QUANTO À FAZENDA PÚBLICA – PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS.

I – As empresas de construção civil, em regra contribuintes do ISS, ao adquirirem materiais em outros Estados, a serem empregados como insumos nas próprias obras que executam, não estão sujeitas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário.

II – Nas ações de embargos do devedor movidas contra a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz. Tendo o arbitramento da verba honorária desbordado dos parâmetros legais, acolhe-se o recurso interposto para adequá-lo a um critério mais justo.

III – A correção monetária sobre o débito, imposta à Fazenda Pública, deve ser calculada de acordo com a Lei federal n. 11.960, de 29 de junho de 2009, que alterou o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, introduzido pelo art. 4º da MP n. 2.180-35/2001, isto é, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica (INPC-IBGE). No caso, o termo inicial dar-se-á com a publicação do acórdão, uma vez que a condenação deixou de incidir sobre o valor da causa.

IV – Nos termos do art. 24, I, da Lei estadual n. 3.779/2009, o Estado de Mato Grosso do Sul é isento do pagamento das custas processuais.

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 aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Estado de Mato Grosso do Sul, devidamente qualificado nos Embargos à Execução Fiscal[1] movidos por CGR Engenharia Ltda, apela da sentença que julgou procedente o pedido, para declarar a nulidade da execução e extinguir o crédito tributário, sob o fundamento de *"ilegalidade da cobrança de diferencial relativo a ICMS"* (f. 935), incidente sobre materiais adquiridos pela recorrida em outras unidades da Federação, para serem utilizados na prestação de serviços de construção civil.

Recorre, também, da verba de sucumbência, fixada, com fulcro no art. 20, § 3º, alíneas "a" a "c", c.c. § 4º, do CPC, em 10% sobre o valor atribuído à causa (R$ 2.942.666,37 – dois milhões, novecentos e quarenta e dois mil, seiscentos e sessenta e seis reais e trinta e sete centavos), corrigido monetariamente a partir da data do ajuizamento da ação, pela variação nominal do IGPM-FGV.

A sentença condenou o Estado ao pagamento das custas judiciais.

Quanto à cobrança do diferencial do ICMS, sustenta, em resumo, que a sentença deve ser reformada, porque: a) não basta a simples afirmação da executada de que é empresa exploradora do ramo da construção civil, para ver afastada a atividade fiscal cobradora do ICMS sobre material de construção adquirido em outro Estado, uma vez que é preciso que a executada comprove a existência de construção ou execução de obra, ou que tem, para o futuro, contrato de tal espécie a cumprir, e que as mercadorias adquiridas em outro Estado serão ou foram empregadas em obras contratadas neste Estado; b) o ônus dessa prova é da executada e não do credor, a teor do art. 333, I, do CPC; c) a dívida foi regularmente inscrita, a qual goza de presunção de certeza e liquidez, nos moldes do art. 3º da Lei n. 6.830/90, e tem o efeito de prova pré-constituída, segundo a norma contida no art. 204 do CTN – Código Tributário Nacional –, competindo ao interessado ou terceiro a quem aproveite desconstituir o título, o que não foi feito; d) os documentos de f. 101-50, 151-226 e 227-58, apontados pela devedora, não servem de prova, uma vez que consistem apenas em uma lista genérica de mercadorias adquiridas pela recorrida, sem a prova cabal de que foram utilizadas na consecução das obras pela empresa; e) insiste que tais mercadorias dependeriam da realização uma prova pericial específica, a fim de precisar se elas foram efetivamente aplicadas nas obras; f) basta a ocorrência da circulação da mercadoria entre dois Estados da Federação para que incida a alíquota interestadual, pois a Constituição Federal é omissa em diferenciar a que título tem de se dar esta circulação para legitimar a tributação do ICMS; g) não há partição do fato gerador nem das alíquotas, pois aquele é único e ocorre um diferimento da receita que se completa no Estado de destino da mercadoria, bastando a ocorrência da situação definida em lei para a constituição da obrigação tributária, nos termos do art. 114 do CTN; h) não obstante a eventual condição da recorrida de contribuinte do ISS, em virtude da prestação de serviço de construção civil, em nada altera a sua condição de contribuinte do ICMS, visto que a ocorrência do fato gerador de cada um dos tributos é independente e possivelmente coexistente.

No que toca aos honorários advocatícios, assevera que o arbitramento foi excessivo, razão pela qual devem ser minorados, e que a sentença carece de fundamentação, nesse aspecto, pois não foram expostos os motivos pelos quais foi adotado o percentual de 10% sobe o valor atribuído à causa.

Ressalta que o critério de condenação é desproporcional e completamente diverso daquele adotado nos Embargos à Execução Fiscal n. 001.08.103090-9 e na Ação Anulatória n. 001.06.123222-0, em cujos processos a magistrada condenou a recorrida, tendo em vista o reconhecimento, respectivamente, da carência da ação e da litispendência, em relação à presente demanda, ao pagamento da módica quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada processo.

Reportando-se a diversos repositórios doutrinário-jurisprudenciais, pede o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença e invertidos os ônus de sucumbência, bem assim requer o pronunciamento expresso sobre a matéria ventilada, a título de prequestionamento, com vistas a assegurar a eventual interposição de recurso às instâncias superiores.

1 Proc. 001.08.103046-1, distribuído em 11.2.2008, por dep. à Ex. Fiscal 001.06.042080-5, à V. Ex. Fiscal Faz. Púb. Est. Com.C.Gde-MS. Apenso à Anulatória de Débito Fiscal n. 001.06.123222-0, extinto por litispendência, em grau de recurso (AC n. 2010.038802-2).

O apelado ofertou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença.

Nos termos do art. 475, I, do CPC, a juíza *a quo* submeteu a decisão ao reexame deste Egrégio Tribunal.

VOTO (EM 8.2.2011)

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de recurso obrigatório, submetido pelo Juízo *a quo* a esta Corte, e de recurso voluntário (apelação cível), este interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença que julgou procedente pedido formulado em embargos à execução que lhe moveu CGR – Engenharia Ltda. –, condenando a Fazenda Pública ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, estes atualizados monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir do ajuizamento da ação.

Em face do entrelaçamento das matérias, examino os recursos em conjunto.

De acordo com os autos em apenso, a ação de execução fiscal, que foi instruída com as Certidões de Dívida Ativa n. 1.158/2006, 1.159/2006 e 1.161/2006, decorrentes dos Autos de Infração n. 4.707-E, 7.340-E e 4.709-E, objetivava a cobrança da diferença de alíquota do ICMS incidente sobre os materiais adquiridos pela executada em outros Estados.

As controvérsias consistem em saber se é legal ou não a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS incidente sobre materiais adquiridos para uso próprio em outras unidades da Federação pela recorrida (empresa do ramo da construção civil, com prevalência em obras de pavimentação); em caso positivo, de quem é o ônus da prova a respeito da utilização ou não dos materiais na construção; e, finalmente, se os honorários advocatícios de sucumbência, fixados em 10% sobre o valor da causa, foram justos.

Quanto à primeira questão, já está pacificado na jurisprudência deste Egrégio Tribunal,[2] do Superior Tribunal de Justiça[3] e do Supremo Tribunal Federal[4] que as empresas de construção civil que adquirirem material, a ser empregado na própria obra, em Estado que pratique alíquota mais favorável, não estão obrigadas a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do Estado destinatário.

No que toca à prova do emprego dos materiais adquiridos na construção, no caso destes autos, realmente tal ônus incumbia, a princípio, à recorrida, quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, CPC).

A apelada sustentou, nos embargos, que utilizou os materiais em suas obras (f. 5) e juntou perícia extrajudicial, acompanhada de vasta documentação (cerca de 850 peças, que formam 4 volumes), dentre elas cópias do contrato social da empresa, cópias de contratos de prestação de serviços, cópias de notas fiscais por amostragem dentro de um universo de mais de duas mil notas emitidas, que informam todos os produtos adquiridos no período concernente aos autos de infração, cópias dos Livros de Apuração de ICMS, cópias de balanços, declarações de imposto de renda e cópias do livro razão, documentos esses que, a seu ver, demonstram a utilização dos materiais adquiridos na prestação de serviços de construção civil.

Em resposta ao quesito n. 11 da aludida perícia, o Contador Nelson Antonio Nantes Prestes, CRC/MS 8091/O-4, respondeu, taxativamente, que não há registros fiscais, tanto na escrituração como nas guias de informações, de operações de revenda de materiais.

2 AC n. 2008.019056-1, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 20.7.2010, v.u., DJ n. 2.248, p. 21-22, em 2.8.2010.

3 REsp n. 1.135.489/AL, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.12.2009, DJ de 1º.2.2010 (rito da Lei n. 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos).

4 Ag n. 505.364/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 22.4.2005, p. 22.

Ao impugnar os embargos, o Estado deu a entender que os materiais constantes na documentação apresentada pela embargante não foram empregados nas obras de construção civil, argumentando que *"não é o simples fato de determinada empresa atuar no ramo de construção civil que a isenta da condição de contribuinte de ICMs e, consequentemente, a dispensa do pagamento do diferencial de alíquota correspondente. Para tanto, é necessária a demonstração de que os materiais de construção adquiridos em outro Estado Federativo, e que ensejaram a cobrança do diferencial de alíquota, sejam especificamente empregados em determinadas obras de construção civil"* (f. 885).

Ora, se o embargado alega a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pela embargante, consistente na não utilização do material constante na documentação apresentada, chamou para si o ônus da prova, nos moldes do preconizado no art. 333, II, do CPC.

Entretanto, ao ser instado pela magistrada para indicar as provas de seu interesse, o Estado declinou de seu direito, limitando-se a dizer que era desnecessária a produção de prova pericial, *"já que todas as provas necessárias e essenciais ao julgamento da lide estão nos autos, mais especificamente nas cópias dos processos administrativos, em que se constatou a aquisição de mercadorias em outro Estado da Federação por empresa contribuinte do ICMS, com a devida inscrição estadual"* (f. 927-928).

Sendo assim, não se podia esperar que fosse outra a decisão da magistrada, que, ao proferir a sentença recorrida, assentou:

> Dessa maneira, contribuinte do ICMs é aquele que realiza operação relativa à circulação de mercadorias, não estando obrigado a recolher tal espécie tributária contribuinte que realiza atividade diversa da mercantil, como o faz a embargante, empresa do ramo da construção civil, sujeita, por realizar outro fato gerador, qual seja, a prestação de serviços, ao pagamento de ISS.
>
> [...]
>
> Além disso, no caso em exame, os documentos acostados aos autos, especificamente as cópias dos processos administrativos n. 11/018210/2006 (f. 101-150), n. 400/11731/04 (f. 151-226) e n. 28.276.711-8 (f. 227-258), fazem um inventário preciso dos insumos adquiridos pela embargante para utilização em sua atividade-fim, qual seja, a execução de obras no ramo da construção civil, consoante se observa do item "b", cláusula 1ª, do instrumento de Alteração Contratual e Consolidação de Contrato Social (f. 58-64, ao tratar do objeto social da empresa embargante).
>
> O próprio fisco estadual, ao especificar as infrações cometidas pela empresa embargada, prescreve que o auto de infração foi lavrado em virtude da não apuração e recolhimento de ICMs devido a título de diferença de alíquota nas aquisições em operações interestaduais de material destinado ao consumo ou integralização do ativo fixo, no período do ano de 2001 a 2005.
>
> [...] No caso dos autos, o Fisco, devidamente intimado para especificação de provas a serem produzidas (despacho de f. 913), obteve vista dos autos (f. 920), e nenhuma manifestação apresentou, conforme se vê da certidão de f. 922 dos autos. Verifica-se, deste modo, que o embargado não se desincumbiu do ônus de comprovar ter a empresa construtora, ora embargante, adquirido mercadorias e as destinado a fins diversos ao do seu contrato social, o que torna ilegal a cobrança do tributo.
>
> Desta feita, pelas razões acima declinadas, acolho as argumentações da parte embargante, no sentido de que é ilegal a cobrança de ICMs formalizada nos autos do processo executivo em apenso, pois não está obrigada ao pagamento das diferenças de alíquotas de ICMs, relativas às mercadorias que adquiriu em outros Estados da Federação, para utilização em suas obras, já que sujeita-se, exclusivamente, ao pagamento do ISS, por ser empresa do ramo da construção civil, prestadora de serviços.

> [...] Posto isso, pelos fundamentos supra expostos, julgo procedente o pedido dos presentes embargos opostos por CGR Engenharia Ltda, para o fim de extinguir o crédito tributário que vem sendo executado nos autos do processo de execução n. 001.06.042080-5 em apenso, em virtude da ilegalidade da cobrança de diferencial relativo a ICMs, ante sua inexigibilidade, decretando, em conseqüência a nulidade do processo de execução em referência, *ex vi* do artigo 618, inciso I, do Código de Processo Civil. (f. 931-935).

Sem embargo da documentação juntada, é fato notório que a recorrida atua no ramo da construção civil e não se tem notícia de que comercializa materiais de construção, mas sim que realiza obras de construção, de forma que a sua atividade é mesmo a de prestação de serviços.

Sendo assim, restam prejudicados e inconsistentes os demais argumentos levantados pelo Estado, inexistindo violação dos dispositivos legais prequestionados, com destaque para o art. 333, I, do CPC, art. 3º da Lei n. 6.830/90 e arts. 114 e 204, ambos do CTN.

No atinente à questão da sucumbência, porém, tenho que a fixação da verba honorária em 10% sobre o valor da causa, que beira os R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), é exacerbada.

Inicialmente, abstrai-se a comparação, feita pelo recorrente, entre o valor das verbas de sucumbência deste feito com o dos processos de Execução Fiscal e de Ação Anulatória, uma vez que estes são processos independentes e que foram extintos sem julgamento do mérito, sem qualquer insurgência do Estado, cujos honorários foram arbitrados por critérios semelhantes, mas com base em circunstâncias diferentes.

Reza o art. 20, § 4º, do CPC, que, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior.

Na espécie, os embargos foram ajuizados no mês de fevereiro de 2008, com base em matéria já pacificada neste e nos tribunais superiores. O Estado, ao impugnar, não ofereceu muita resistência, tanto que pediu o julgamento antecipado da lide, o que foi acolhido pela juíza, a qual proferiu a sentença no mês de abril de 2010, cerca de dois anos depois do aforamento da causa.

Não bastasse isso, o processo correu na Comarca desta Capital, sede da banca dos patronos da embargante, circunstância em que não há tanto gasto de tempo e maiores despesas com deslocamentos.

Sopesados tais motivos, além do grau de zelo dos profissionais, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelos patronos, tenho que o valor dos honorários advocatícios devem ser realmente minorados.

Ante o exposto, conheço dos recursos (obrigatório e voluntário) e dou-lhes parcial provimento para reduzir os honorários advocatícios dos patronos da embargante para R$ 100.000,00 (cem mil reais), devendo a atualização monetária se dar a partir da publicação do acórdão, uma vez que a fixação daqueles deixou de incidir sobre o valor da causa e está sendo levada em conta a expressão atual do valor da moeda ora arbitrado: *"A correção monetária incide a partir da data em que foi proferido o acórdão que fixou o valor líquido e certo a ser pago ao credor de honorários advocatícios"*.[5]

Por se tratar de condenação imposta à Fazenda Pública, a correção monetária sobre o débito deverá ser calculada de acordo com a Lei federal n. 11.960, de 29 de junho de 2009, que alterou o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, introduzido pelo art. 4º da MP n. 2.180-35/2001, isto é, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica (INPC-IBGE).

5 AC n. 2007.018054-3, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, v.u., julgado em 18.3.2008.

A sentença também deve ser reformada quanto à condenação do Estado ao pagamento das custas processuais, uma vez que este é isento delas, nos termos do art. 24, I, da Lei estadual n. 3.779, de 11 de novembro de 2009.

Quanto ao mais, fica mantida a sentença.

JULGAMENTO ADIADO PARA A PRÓXIMA SESSÃO A PEDIDO DO RELATOR. DECISÃO DO 8.2.2011: CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. PASCHOAL CARMELLO LEANDRO), APÓS O RELATOR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 22.2.2011)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Revisor)

Inicialmente, anoto que, em virtude de o excelentíssimo relator ter dado parcial provimento aos recursos voluntário e necessário, formulei pedido de vista para apreciar melhor a matéria.

Cinge-se a controvérsia, em resumo, acerca dos seguintes temas: 1) se as empresas que atuam na área da construção civil, ao adquirirem, em outros Estados da Federação, mercadorias para serem utilizados em suas obras, podem ser obrigadas pelo Estado destinatário a recolherem o diferencial de alíquota de ICMS incidente sobre tais bens; 2) a quem cabe o ônus de demonstrar se os materiais de construção foram devidamente empregados em obras executadas pela empresa apelada; 3) se os honorários advocatícios foram arbitrados em excesso.

No tocante à matéria descrita no item 1, impende frisar que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS ao adquirirem mercadorias em operações interestaduais para empregar nas obras que executam, por um motivo muito simples, qual seja, as atividades por ela desempenhadas não configuram a situação necessária à ocorrência do fato gerador do aludido tributo, pois tais mercadorias não são destinadas à revenda, ao comércio, mas, sim, a sua atividade-fim.

Aliás, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1135489/AL, escolhido como paradigma para analisar a aludida matéria, *ex vi* do art. 543-C do Código de Processo Civil, o qual trata dos Recursos Especiais repetitivos, pacificou tal entendimento no aresto assim ementado:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA.
>
> 1. As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: Ag n. 242.276 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 16.10.1999, DJ de 17.3.2000; Ag n. 456.722 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 30.11.2004, DJ 17.12.2004; Ag n. 505.364 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 5.4.2005, DJ de 22.4.2005; REsp n. 527.820 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 1.4.2008, DJ-078 DIVULG 30.4.2008 PUBLIC 2.5.2008; REsp n. 572.811 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26.5.2009, DJ-113 DIVULG 18.6.2009 PUBLIC 19.6.2009; e REsp n. 579.084 AgR, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, julgado em 26.5.2009, DJ-118 DIVULG 25.6.2009 PUBLIC 26.6.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> REsp n. 149.946/MS, Primeira Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/Acórdão Min. José Delgado, julgado em 6.12.1999, DJ de 20.3.2000; AgRg no Ag n. 687.218/MA, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 4.5.2006, DJ de 18.5.2006; REsp n. 909.343/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3.5.2007, DJ de 17.5.2007; REsp n. 919.769/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 11.9.2007, DJ de 25.9.2007; AgRg no Ag n. 889.766/RR, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, julgado em 25.9.2007, DJ de 8.11.2007; AgRg no Ag n. 1070809/RR, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 3.3.2009, Dj de 2.4.2009; AgRg no REsp n. 977.245/RR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28.4.2009, DJ de 15.5.2009; e REsp n. 620.112/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 7.5.2009, DJ de 21.8.2009).
>
> 2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Conseqüentemente, 'há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual' (José Eduardo Soares de Melo, *in* **Construção Civil - ISS ou ICMS?,** *in* RDT 69, pg. 253, Malheiros).' (REsp n. 149.946/MS).
>
> 3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 08/2008.

De outro vértice, no que diz respeito a quem cabe o ônus de provar se as mercadorias adquiridas pela empresa recorrida foram devidamente empregadas em sua atividade-fim, da análise detida da impugnação aos presentes embargos à execução fiscal, observa-se que a apelante alegou um fato impeditivo do direito da autora ao afirmar que a existência pura e simples de aquisição de materiais de construção civil, por si só, não seria suficiente para afastar a incidência do diferencial de alíquota do ICMS sobre tais bens, aduzindo, ainda, que seria necessário comprovar que os referidos materiais teriam sido realmente destinados em obras de construção civil.

Entretanto, não obstante a recorrente ter apresentado um fato que obstaria a procedência da pretensão posta nesta demanda, vale frisar que em nenhum momento ela o comprovou, razão pela qual deve suportar a regra do ônus da prova, estampada no art. 333, inciso II, do Estatuto Processual Civil.

Por derradeiro, no que tange aos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, que é de aproximadamente R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), tenho que são exagerados e proporcionarão um enriquecimento ilícito caso sejam mantidos, uma vez que a sentença não tem natureza condenatória, logo, não pode a quantia dada à demanda servir de parâmetro para fixação da verba honorária.

Assim, levando em conta que se cuida de ação com nível mediano de complexidade, o tempo exigido pelos causídicos da empresa apelada para a prestação de seus serviços e o fato de eles defendê-la na mesma comarca em que residem, tenho que a verba honorária deve ser reduzida para o montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais), valor este que está dentro dos padrões normais compatíveis com a dignidade da função do advogado, pois o termo "equidade", consignado no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, aplicável à espécie, já que se trata de causa em que a Fazenda Pública restou vencida, não significa "exagero".

Tecidas essas observações, acompanho o nobre relator, a fim de dar provimento parcial ao recurso voluntário e ao necessário, reduzindo os honorários advocatícios para a importância de R$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como afastando a condenação da apelante ao pagamento das despesas processuais, por força do art. 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779/2009.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Paschoal Carmello Leandro e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.038838-3 - Dourados
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA PARA RESSARCIMENTO DE DIFERENÇAS DE DESPESAS HOSPITALARES – SEGURO DE SAÚDE – UNIMED – PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA – CLÁUSULAS RESTRITIVAS E LIMITATIVAS DE DIFÍCIL COMPREENSÃO OU MAL EXPLICADAS – INTERPRETAÇÃO EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR – RECURSO NÃO PROVIDO.

I – Tendo o recorrente demonstrado, razoavelmente, as razões pelas quais a decisão contra a qual se insurge é ilegal, injusta ou acertada, afasta-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

II – Cláusulas que impliquem limitação de direito do consumidor devem ser não apenas redigidas em destaque, mas também devem ser apresentadas sem ambiguidades ou contradições, de forma clara o suficiente para permitir sua imediata e fácil compreensão, independentemente de lucubrações mentais complexas em torno da interpretação do pacto firmado. Contendo a apólice de seguro cláusulas dessa natureza, que apresentam tais defeitos, a interpretação de seus termos deve ser feita sempre em benefício do consumidor.

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, 10 de fevereiro de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Unimed Seguros Saúde S/A, devidamente qualificada na ação de cobrança[1] que lhe move Torrefação e Moagem de Café Brasil Ltda. e Nilton Martins Penzo, apela da sentença que acolheu, em parte, o pedido do segundo apelado, consistente no ressarcimento da diferença de despesas médico-hospitalares e de transporte, desembolsadas para tratamento de saúde segurado pela recorrente.

Alega, em síntese, que a sentença deve ser reformada porque a requerida não tem a obrigação de reembolsar integralmente o apelado nas despesas por ele suportadas, uma vez que a modalidade do pacto firmado especifica os riscos cobertos e impõe limites e restrições nos desembolsos, que não são vedados pelo Código de Defesa do Consumidor, sob pena de comprometer o equilíbrio financeiro e a própria execução dos contratos de seguro, os quais são pré-regulamentados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP –, entidade constantemente monitorada pelo Poder Público.

1 Proc. n. 0101973-70.2009.8.12.0002 (002.09.101973-9), distribuído em 3.7.2009 à 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS.

Acrescenta que as cláusulas contratuais são perfeitamente válidas, de clara e fácil compreensão e redigidas em destaque, nos termos do art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Ressalva que não seria possível prever em contrato todas as hipóteses de procedimentos e tratamentos médicos, razão pela qual se utiliza da Tabela de Seguros Unimed, juntada aos autos, de onde se extraem os coeficientes utilizados para reembolso, tabela essa que seria parte integrante do contrato.

Assevera que não procede o pedido de reembolso das despesas com transportes terrestres no valor de R$ 998,64, porque elas se aplicam apenas aos casos de remoção em regime de internação, limitadas a 500km, a qual não se estende à acompanhante, Srª Cristiane Marina Torraca Penzo, até porque ocorreu sem comprovação, de forma alheia ao previsto no contrato, por iniciativa e risco do segurado.

Menciona, em abono de suas teses, várias jurisprudências.

Pede o integral provimento do recurso, a fim de que sejam julgados inteiramente improcedentes os pedidos formulados na ação.

Os requeridos apresentaram contrarrazões, requerendo, em preliminar, o não conhecimento do recurso em vista da suposta violação do princípio da dialeticidade e, quanto ao mérito, pugnam pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de recurso interposto pela requerida, que não se conforma com o acolhimento, em parte, do pedido do segundo apelado, consistente no ressarcimento da diferença de despesas médico-hospitalares e de transporte, desembolsadas para tratamento de saúde segurado pela recorrente.

Preliminar de não conhecimento.

A preliminar de não conhecimento do recurso, por violação ao princípio da dialeticidade, não prospera.

Como se viu do relatório, a apelante explicou, detalhadamente, as razões do seu inconformismo, tanto que abriu um capítulo específico (n. II), ao qual denominou "Dos motivos de reforma da sentença", onde alinhavou, item por item, cada um dos argumentos pelos quais discordava da decisão proferida.

Assim, rejeito a preliminar de não conhecimento.

Mérito.

Consta dos autos que o autor, que é sócio-proprietário da empresa Torrefação e Moagem de Café Brasil Ltda. (estipulante), celebrou contrato de Seguro de Saúde coletivo com a Unimed denominado Saúde *Plus* Executivo.

No mês de novembro de 2008, o segurado iniciou um tratamento de próstata no Hospital Sírio Libanês, em São Paulo, submetendo-se a internação para tratamento nos dias 11 a 14 de dezembro do mesmo ano. Conforme documentos de f. 46 a 63, foram gastos com os procedimentos médicos R$ 45.316,98 (quarenta e cinco mil, trezentos e dezesseis reais e noventa e oito centavos), mas a Seguradora indenizou apenas o valor de R$ 42.281,22 (quarenta e dois mil, duzentos e oitenta e um reais e vinte e dois centavos).

Diante disso, após esgotar as tentativas amigáveis de recebimento da diferença, o segurado ajuizou ação de cobrança para receber o complemento, no valor de R$ 3.035,76 e mais R$ 1.969,85, referentes a despesas de locomoção (viagens terrestres, entre Dourados e São Paulo, suas e da acompanhante), num total de R$ 5.005,61 (cinco mil, cinco reais e sessenta e um centavos).

A Seguradora sustentou em sua defesa que não está obrigada a reembolsar integralmente ao segurado as despesas, uma vez que o contrato firmado prevê limites e restrições nos desembolsos.

O magistrado *a quo* julgou procedente, em parte, os requerimentos, a saber: acolheu integralmente o pedido de pagamento da diferença para tratamento de saúde, no valor de R$ 3.035,36 e acolheu parcialmente o pedido de ressarcimento das despesas de locomoção, na hipótese, aquelas feitas via terrestre (ônibus leito) do segurado e acompanhante, no valor de R$ 998,64, uma vez que as despesas com viagens aéreas não estavam previstas em contrato, totalizando R$ 4.006,57 (quatro mil, seis reais e cinquenta e sete centavos).

Dessa decisão recorre a Segurada sob os argumentos externados no relatório.

Transcrevo a bem fundamentada sentença, nas partes que interessam à solução das controvérsias:

> A relação jurídica de direito material entre as partes é de consumo, e desse modo, aplicáveis à espécie as normas do Código de Defesa do Consumidor.
>
> Consta na cláusula 1.1. das condições gerais da apólice (f. 13), que:
>
> 1.1. O objeto deste seguro é garantir, dentro dos limites e condições do plano adquirido, para cada evento, o pagamento ou reembolso de despesas médicas e/ou hospitalares, efetuadas pelos Segurados principais ou seus dependentes, incluídos expressamente no seguro, em conseqüência de eventos cobertos.
>
> A ré, na peça de defesa, não negou estar o evento (tratamento a que se submeteu o segurado) coberto pelo seguro, aliás, tanto está segurado que reembolsou parcialmente as despesas.
>
> Assim, incontroverso que o evento está coberto pelo seguro.
>
> Estabelece o art. 757, *caput*, do Código Civil, que:
>
> Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.
>
> Essa disposição legal, portanto, garante a inserção em contrato de seguro que, em regra, é por adesão, de cláusulas limitativas, o que ocorreu no contrato celebrado pelas partes, conforme se vê na cláusula 1.1 das condições gerais antes transcritas.
>
> Contudo, apesar de a lei garantir à seguradora a inserção dessas cláusulas, estabelece também que devem ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (CDC, art. 54, § 4º).
>
> Quanto às despesas médicas, a ré sustentou, em defesa, ter reembolsado nos limites do contrato e que as condições gerais deste prevêem na cláusula 4.1 que:
>
> 4.1. As coberturas previstas nestas Condições Gerais estão sujeitas aos limites de coberturas a seguir indicados, sendo que os múltiplos fixados incidem sobre os valores das tabelas adotadas pela Seguradora, conforme abaixo.

As subcláusulas 4.1.1. (Serviços ambulatoriais), 4.1.2. (Internações), 4.1.4. (Diárias hospitalares) e 4.1.5. (Consultas médicas), que fixam os limites de reembolso, ferem o disposto no § 4º do art. 54 do CDC, porquanto, **ainda que possa estar em destaque, não permite, a toda evidência, sua imediata e fácil compreensão, como exige a norma legal. Aliás, depende de cálculos, muitas vezes incompreensíveis, além de remeter a tabelas adotadas pela seguradora que fica, obviamente, ao arbítrio desta.**

É de se ver, aliás, que a extensa tabela trazida pela ré (f.103-245), **além de sequer constar data de vigência, foi elaborada unilateralmente pela seguradora, não podendo ser considerada parte integrante do contrato.**

Assim, se a cláusula limitativa de direito é de difícil compreensão, como na espécie, é de se determinar o pagamento integral das despesas efetuadas pelo segurado, até porque, estabelece o art. 47, do Código de Defesa do Consumidor, que:

As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

A respeito, decidiu o STJ, conforme ementa a seguir transcrita, que:

Seguro saúde. Cláusula limitativa. Art. 54, §§ 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

1. Nos contratos de adesão as 'clausulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão'. Se assim não está redigida a cláusula limitativa, não tem força para alcançar o consumidor, presente flagrante violação, que merece ser reconhecida.

2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 25064/SP, REsp n. 2000/0036413-4, Teceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 5.4.2001, DJ de 4.6.2001, p. 172 - JBCC vol. 193, p. 222). Apud Internet.

Portanto, é de se determinar à ré que pague ao autor, os valores totais que este desembolsou para tratamento de saúde de que trata estes autos.

Quanto às despesas com locomoção

Como visto, a lei (CC, art. 757), permite, de forma expressa, a inserção de cláusulas limitando os riscos cobertos pelo seguro.

No tocante à cobertura do seguro em face de despesas com remoção, consta da cláusula 3 das condições especiais:

3 - LIMITE DE REMOÇÃO TERRESTRE

Taxas: R$ 500,00

Quilometragem: R$ 2,60/Km

Percurso total: 500 Km.

E nas condições gerais, constam nas cláusulas 5 e 5.2, letra "z", que:

5 - DESPESAS NÃO COBERTAS

5.1 [...]

5.2. Salvo disposição em contrário, expressa nas Condições Especiais da Apólice, estão também excluídas da cobertura do seguro, tenha ou não havido internação hospitalar, as despesas decorrentes de:

[...]

z. remoção aérea;

É de se ver, portanto, que nas condições especiais, a cláusula que tratou do pagamento de despesas com remoção, diz respeito apenas à remoção terrestre e não a aérea.

Essas cláusulas, além de em destaque, permitem, evidentemente, imediata e fácil compreensão, não ferindo, portanto, a norma do § 4º do art. 54 do CDC.

Desse modo, para o caso de ser necessária a remoção do segurado, as despesas a serem reembolsadas pela ré devem ser apenas aquelas pagas para a remoção terrestre.

Além da diferença de despesas com tratamento médico-hospitalares, no valor de R$ 3.035,36 (três mil, trinta e cinco reais e trinta e seis centavos), pretende o autor receber, também, as despesas de locomoção sua e de acompanhante, no valor de R$ 1.969,85 (mil, novecentos e sessenta e nove reais e oitenta e cinco centavos), juntando para comprovar tais despesas os documentos de f. 41-42 (terrestre) e 43 e 44 (aérea). As despesas terrestres, conforme bilhetes de passagem de f. 41-42, perfazem R$ 998,64 (novecentos e noventa e oito reais e sessenta e quatro centavos). As despesas aéreas, conforme bilhetes de passagem de fls. 43 e 44, atingem o montante de R$ 971,21 (novecentos e setenta e um reais e vinte e um centavos), importando, tudo, o valor pleiteado de R$ 1.969,85 (mil, novecentos e sessenta e nove reais e oitenta e cinco centavos).

Como dito alhures, não são devidas, por não terem sido contratadas, as despesas com locomoção aérea.

Além da cláusula 3, das condições especiais, que trata do limite em relação à remoção terrestre, consta nas condições gerais da apólice, (cláusulas 3, 3.1 e 3.1.1. "h"), que:

3 - DESPESAS COBERTAS

3.1. Internações hospitalares para tratamento clínico e cirúrgico.

3.1.1 Despesas hospitalares:[...] h. no regime de internação também estarão cobertas as despesas com remoção do Seguro, em ambulância, quando comprovadamente necessária ao atendimento do evento coberto, observado o percurso máximo de 500 (quinhentos) quilômetros, em território nacional, excetuados os honorários do médico acompanhante.

No caso em análise, pelo que se vê, a locomoção do autor não foi em ambulância, e nem estava o mesmo internado, portanto, inaplicável o pedido de reembolso com fulcro na cláusula acima.

Contudo, nas condições gerais da apólice, além da garantia acima, ou seja, de reembolso de despesas com remoção em ambulância, no regime de internação, limitado o percurso em 500 Km, ficou garantido, conforme cláusula 2.2. Letra "c", que:

2.2. Garantias Acessórias - as garantias principais serão complementadas com as seguintes:

[...]

c. remoção terrestre.

É de se ver, por outro lado, que **essa cláusula não limita percurso e nem valor, assim como não exclui as despesas com locomoção de acompanhante.**

A ré, em defesa, pondera que para o caso de serem consideradas devidas as despesas a título de remoção, assim seria somente em relação àquelas comprovadas, sendo que o bilhete n. 949615 não apresenta data de embarque, ficando, em razão disso, impugnado.

Aludido bilhete está juntado à f. 42 e, ao contrário do alegado pela ré, no mesmo consta expressamente a data de embarque como sendo 12.11.2008, compatível, assim, com os demais documentos acostados à inicial, notadamente os de f. 46-47 e 50-55. Nota-se, em relação a esse bilhete que a data de embarque não está dentro do campo próprio, assim como diversos outros dados também não estão, isso, no entanto, pouco importa, porquanto observa-se claramente a data de embarque como sendo 12.11.2008, 20h30min, de São Paulo/SP para Dourados/MS, a data de emissão como sendo 12.11.2008, às 19h46min, em ônibus leito, poltrona 27, e valor pago R$ 240,69 (duzentos e quarenta reais e sessenta e nove centavos), tendo por passageiro o autor.

Desse modo, é de se ter que está comprovada a despesa com locomoção do autor de São Paulo/SP para esta cidade, no dia 12.11.2008, por meio do bilhete n. 949615, data, como visto, compatível com o evento (tratamento médico-hospitalar), devendo, por isso, ser reembolsada pela ré.

Assim, é de se ter que a ré deve, em razão do contrato de seguro firmado com o autor, reembolsar a este, na totalidade, as despesas que efetuou com transporte terrestre, comprovadas nos autos, desta cidade para São Paulo/SP e de São Paulo/SP para esta cidade, em razão do tratamento a que se submeteu naquela capital, e que importa em R$ 998,64 (novecentos e noventa e oito reais e sessenta e quatro centavos).

[...]

POSTO ISSO, nesta ação de cobrança que Torrefação e Moagem de Café Brasil Ltda. e Nilton Martins Penzo movem contra Unimed Seguros Saúde S/A:

[...]

ii- julgo parcialmente procedente o pedido contido na petição inicial de f. 2-4 para: (a) condenar a ré a reembolsar o autor Nilton Martins Penzo a diferença das despesas médicos hospitalares, no valor de R$ 3.035,36 (três mil, trinta e cinco reais e trinta e seis centavos), corrigido monetariamente pelo INPC/IBGE, a partir de 10.3.2009, e as despesas havidas com passagens terrestres, no valor no valor de R$ 971,21 (novecentos e setenta e um reais e vinte e um centavos), com correção monetária, a partir de cada desembolso, conforme documentos de f. 41-42, e tudo acrescido de juros da mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação (13.8.2009); (b) rejeitar o pedido em relação ao reembolso das passagens aéreas, no valor de R$ 971,21 (novecentos e setenta e um reais e vinte e um centavos). (F. 268-276). [Destaques meus].

Após minuciosa análise destes autos, não me convenci da necessidade de modificar a sentença proferida pelo *juiz a quo*.

As provas dos autos demonstram que desde o mês de janeiro do ano de 1996, o autor, que é sócio-proprietário da empresa Torrefação e Moagem de Café Brasil Ltda. (estipulante), mantém contrato de Seguro de Saúde com a UNIMED (Apólice n. 87.0001-9), denominado "Saúde *Plus* Executivo", tendo como cobertura básica internações (despesas médicas e hospitalares), cobertura adicional de consultas e exames complementares de diagnose, terapia e coberturas suplementares (PEA – Plano de Extensão Assistencial); Unimed S.O.S. Viagem; e seguro de acidentes pessoais.

Posteriormente, o contrato sofreu várias alterações, denominadas de aditivo n. 1, aditivo n. 2 e aditivo n. 3, firmados nos anos de 2005 e 2006, tendo a Apólice mudado de número, que passou a ser 87.316-2.

Em 7.11.2006, a Seguradora informou o segurado de que havia reajustado os valores segurados, em 31.12.2006, com a finalidade de *"manter atualizados os valores segurados e o equilíbrio econômico do contrato, os limites de cobertura e respectivos prêmios deste seguro"* (f. 28).

Na inicial, o segurado requereu que a Seguradora apresentasse os originais do contrato. Ao apresentar a contestação, esta requereu o prazo de dez dias para juntada do original do contrato (f. 99). No prazo regulamentar, em vez de juntar os documentos prometidos, a Seguradora justificou por meio de petição avulsa:

> Apesar da Ré ter pugnado, em sua defesa, pela juntada da via original do contrato, no prazo de 10 (dez) dias, conforme pleiteado pelo Autor, a Ré não vislumbra a necessidade de tal documento, tendo em vista que as cópias juntadas pelo Autor são idênticas às originais, além do Autor não ter impugnado o conteúdo de tal documento.
>
> No entanto, caso Vossa Excelência entenda que tal documento deva ser juntado aos autos, requer a Ré lhe seja concedido prazo de 30 (trinta) dias, tendo em vista que a sede da Ré fica na Capital do Estado de São Paulo e os Correios estão em greve, o que impossibilita o envio do documento. (F. 248-249).

Essa petição não foi despachada e a Seguradora, além de não juntar o original do contrato, também não se preocupou em provocar o magistrado a respeito dessa pendência, que seria importante para a aferição correta dos valores devidos ao consumidor.

Em vista da deficiência documental, cuja falha deve ser debitada à Seguradora, não se sabe se a Apólice foi simplesmente renovada, se houve solução de continuidade entre uma e outra, ou se foi firmada nova apólice, ou ainda se houve ou não nova mudança quanto aos critérios de ressarcimento de valores.

Como bem acentuou o juiz *a quo* na sentença recorrida, de fato, a tabela de procedimentos de f. 103-245, com quase 150 (cento e cinquenta) folhas, além de não apresentar a data de vigência, foi elaborada unilateralmente pela seguradora, não podendo ser considerada parte integrante do contrato.

Além disso, as cláusulas limitativas de direito não permitem ao consumidor uma visão clara e imediata de como chegar aos cálculos das despesas a serem indenizadas. Note-se que na própria defesa, à f. 90 e seguintes, a Seguradora não chegou a apresentar uma explicação completa, transparente e detalhada dos cálculos de reembolso, de forma a demonstrar como chegou aos cálculos no valor total da cobertura indenizada, na importância de R$ 42.281,22.

Aliás, os números e valores dos recibos e notas fiscais mencionados pela Seguradora na resposta de f. 91-2 não conferem, integralmente, com aqueles registrados nos documentos comprobatórios das despesas de f. 46 e seguintes, apresentados com a inicial. Veja-se, ainda, que a cópia do documento de f. 13-v (condições gerais da apólice), e a cópia do documento de f. 30 (Apólice), reproduzidos na defesa, apresentam disparidades entre a data do início da vigência (1º.1.1996) e a data da emissão do documento (25.9.2006).

Todos esses detalhes, que podem ser normais para quem é do ramo de Seguros e conhece a rotina e métodos de trabalho da empresa, soam incompreensíveis para o segurado, parte mais vulnerável na relação de consumo, e não raro até mesmo para o julgador, que gasta parcela preciosa de seu tempo para apreender os fatos e tirar ilações a partir da documentação apresentada nem sempre de forma cronológica, organizada, explicativa e completa.

Esclareço, por derradeiro, que na parte dispositiva da sentença houve um equívoco que passou despercebido pelas partes, pois, ao condenar a requerida ao pagamento das passagens terrestres, que orçou em R$ 998,64, o Juízo utilizou o valor das passagens aéreas, que importaram em R$ 971,21, pedido esse que não foi acolhido pela sentença, resultando numa diferença de pequena monta em desfavor do segurado, no valor de R$ 27,43, que, por se tratar de erro material, pode ser corrigido a qualquer momento.

Ante todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

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. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Paschoal Carmello Leandro e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.035886-1 - Três Lagoas
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – FRAUDE NO MEDIDOR – IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO CONSUMIDOR SEM COMPROVAÇÃO – APURAÇÃO DO MONTANTE DEVIDO – NECESSIDADE DE RESPEITO ÀS REGRAS PERTINENTES À REALIZAÇÃO DO REFERIDO CÁLCULO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSÁRIO – 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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Maria Aparecida Pires, representada por seu curador, ajuizou ação de cobrança cumulada com reparação de danos morais contra Elektro – Eletricidade e Serviços S.A. Superados os trâmites processuais, adveio sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Inconformada, Elektro – Eletricidade e Serviços S.A. – interpôs apelação dizendo que a sentença haveria de ser reformada visto a presunção de legalidade do Termo de Ocorrência de Irregularidade lavrado, espécie de ato administrativo, o qual teria demonstrado o consumo de energia elétrica sem o respectivo pagamento.

Argumentou que a manutenção do julgamento prejudicaria toda a população, visto que restariam menores recursos para investimento no setor eletricitário.

Asseverou a observância do contraditório e da ampla defesa no âmbito administrativo, a legalidade do procedimento de constatação de irregularidades e que seria de responsabilidade do consumidor a manutenção do medidor de energia.

Destacou a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia em caso de inadimplemento decorrente de irregularidades, sem que isso viesse a ferir a continuidade dos serviços públicos.

Ao final, aventou julgamento recente pertinente aos seus interesses e requereu o prequestionamento de uma série de dispositivos, requerendo o total provimento do recurso.

Não foram apresentadas as contrarrazões.

O parecer do Ministério Público foi pelo conhecimento e improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Elektro – Eletricidade e Serviços S.A. – nos autos da ação de cobrança cumulada com reparação de danos morais ajuizada por Maria Aparecida Pires.

Tenho que o recurso deve ser improvido.

Isso porque, a despeito das afirmações atinentes à legalidade do Termo de Ocorrência de Irregularidade lavrado, fato é que o valor imputado – correspondente ao consumo de 4.784 Kwh – foge dos parâmetros estipulados pela própria apelante.

Com efeito, afirma a recorrente (f. 58, verso) que apurou o montante devido com base no maior consumo havido nos últimos 12 meses anteriores à constatação da ocorrência de irregularidade, a qual se deu em 7 de outubro de 2009 (f. 22), de modo que o parâmetro para a fixação do consumo estimado seria a maior demanda existente entre outubro de 2008 e setembro de 2009.

Ocorre que, conforme documentos de f. 23-31, o maior consumo nesse período deu-se em fevereiro de 2009 (179 Kwh), de modo que o montante a ser exigido deveria ser, em tese, correspondente a 2148 Kwh e não 4784 Kwh, como acabou ocorrendo.

Assim, tem-se que a presunção de legalidade do termo cai por terra, mesmo porque é meramente relativa, visto que pode o Judiciário rever os atos praticados pela Administração ou por quem lhe faça as vezes quando em desconformidade com a lei, o que é o caso.

E nessa ordem de ideias, cumpre invocar o posicionamento do Ministério Público trazido no parecer ofertado nos autos, onde se colocou que não restou comprovado que a avaria percebida no medidor de luz teria sido feita pelo consumidor, fato esse que seria indispensável para a atribuição de responsabilidade, de modo que também por mais esse argumento o recurso não merece sucesso.

Como se não bastasse, não procede o argumento de que a manutenção do julgamento prejudicaria toda a população, visto que restariam menores recursos para investimento no setor eletricitário, pois não podem as responsáveis pelo setor condicionar a realização de investimentos no recebimento de valores que não lhes são devidos.

Em sequência, destaco que a observância do contraditório e da ampla defesa no âmbito administrativo não modifica o posicionamento ora exposto, visto o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, constitucionalmente previsto.

No que tange à possibilidade de suspensão do fornecimento de energia em caso de inadimplemento decorrente de irregularidades, sem que isso venha a ferir a continuidade dos serviços públicos, reputo-a inaplicável ao caso, pois o consumo referente ao valor exigido não se verificou, como falado linhas atrás, de modo que o fornecimento deve ser e continuar ininterrupto.

Quanto ao requerimento de prequestionamento, tendo as questões devolvidas pelo recurso sido suficientemente discutidas e decididas, faz-se desnecessário o enfrentamento de dispositivos mencionados pelo apelante, razão pela qual afasto mais essa pretensão recursal.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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, 20 de janeiro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.004987-9 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – DUPLICATA – CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL – *FACTORING* – CESSÃO CIVIL DE CRÉDITO – NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR OBRIGATÓRIA – ARTIGO 209 DO CC/2002 – REALIZAÇÃO – PORTADOR TERCEIRO DE BOA-FÉ – TÍTULO LITERAL E AUTÔNOMO – INOPONIBILIDADE DE QUALQUER EXCEÇÃO PESSOAL QUE POSSUA CONTRA O ANTIGO CREDOR – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de março de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Agro Amazônia Produtos Agropecuários Ltda. interpôs recurso de apelação contra decisão proferida pela Juíza da 10ª Vara Cível desta capital que, nos autos da ação monitória, julgou parcialmente procedente o pleito formulado na inicial, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para o fim de constituir de pleno direito o título executivo judicial embasado na duplicata que instrui a inicial, no valor de R$ 37.700,00 (trinta e sete mil e setecentos reais), na forma do art. 1.102-c, do Código de Processo Civil, aplicando-se correção monetária pelo IGPM/FGV, a partir da data em que deveria ter sido paga (15.11.2006), e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Alega a apelante que a Duplicata n. 1460-B, emitida em 14.8.2006, com vencimento previsto para o dia 15.11.2006, restou descontada em *factoring* desta capital, contudo seu valor deixou de ser devido em razão de a mercadoria não ter sido entregue na sua totalidade, sendo que a vendedora (empresa Sementes Nacional Ltda.) comprometeu-se a resgatá-la.

Afirma que a duplicata foi antecedida da respectiva compra e venda de mercadoria que não foi entregue à compradora, o que retira a liquidez, certeza e exigibilidade do título.

Aduz que a duplicata não atende às formalidades previstas no artigo 2º da Lei n. 5474/68.

Prequestionou toda a matéria abordada no recurso.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões apresentadas às f. 137-43.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Agro Amazônia Produtos Agropecuários Ltda. contra decisão proferida pela Juíza da 10ª Vara Cível desta capital que, nos autos da ação monitória, julgou parcialmente procedente o pleito formulado na inicial, com o objetivo de constituir de pleno direito o título executivo judicial baseado na Duplicata de n. 001460-B, no valor de R$ 37.700,00 (trinta e sete mil reais).

O recurso não comporta provimento.

Tratam-se os autos de ação monitória ajuizada pela autora-apelada para cobrança da Duplicata de n. 001460-B, emitida em 14.8.2006, com vencimento em 15.11.2006, a qual foi objeto de contrato de *factoring* com a empresa Sementes Nacional Ltda., possuindo como sacada a apelante.

Para amparar seu direito, visto que, ao receber referida duplicata por meio do Contrato de Fomento Mercantil - *Factoring* (f. 16), adquiriu os direitos oriundos das cártulas mediante cessão civil de crédito, a recorrida colacionou aos autos notificação de compra e venda de créditos – confirmação de compra realizada e entrega de mercadorias – f. 14-5, com o objetivo de atender o disposto no artigo 290 do Estatuto Civil de 2002, que assim preceitua:

> Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

Referida notificação, que vale destacar, possuía todos os requisitos de validade, visto que indicava o número do título, o sacador (emitente), o seu valor e a data de seu vencimento, além da finalidade do documento, foi encaminhada e recebida pela apelante, consoante se denota pela assinatura posta às f. 14-15 dos autos.

Agora, almeja a apelante se escusar de honrar com tal obrigação, sob o argumento de que o montante contido na Duplicata de n. 1460-B deixou de ser devido em razão de a mercadoria não ter sido entregue pela empresa Sementes Nacional Ltda. na sua totalidade, não está, portanto, revestida de liquidez, certeza e exigibilidade.

Ora, é certo que em se tratando de duplicata que, como é sabido, é título de crédito abstrato ("não causal"), uma vez circulado ou entregue a terceiro de boa-fé, evidencia-se como título de crédito literal e autônomo.

Desta forma, tem-se que, verificada a independência da duplicata, o fato de a recorrente sustentar a ausência de entrega de mercadorias (alegação esta, vale destacar, que não foi corroborada nos autos), não obsta o direito de recebimento da credora-apelada do crédito especificado no título, uma vez que esta, de boa-fé, o recebeu pela cessão de crédito.

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, *mutatis mutandi,* se adequa ao caso em questão:

> O cheque é título literal e abstrato. Exceções pessoais, ligadas ao negócio subjacente, somente podem ser opostas a quem tenha participado do negócio. Endossado o cheque a

> terceiro de boa fé, questões ligada a causa *debendi* originária não podem ser manifestadas contra o terceiro legítimo portador do título. Lei n. 7357/85, arts. 13 e 25. Recurso Especial conhecido e provido para o restabelecimento da sentença de improcedência dos embargos. (STJ, REsp n. 2814/MT, (1990/0003607-0), Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 6.8.1990).

Desta forma, visto que a obrigação assumida entre a apelante e a empresa Sementes Nacional Ltda. é independente desta, objeto da presente lide, que se realizou em sua plenitude e autonomia, não pode a devedora se escusar do cumprimento da obrigação antes assumida, visto que inoponível qualquer exceção pessoal que possua contra qualquer obrigado anterior em desfavor da apelada, como pretende a recorrente.

Assim, em que pesem as fundamentações de fato e de direito expostas nas razões recursais pela apelante, a decisão proferida em instância singela deve ser mantida na íntegra, visto que não logrou êxito em comprovar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da apelada – CPC, art. 333, II[1] –, ônus este que lhe incumbia.

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento realizado pela recorrente, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca do dispositivo legal invocado.

Nesse sentido, o posicionamento deste Sodalício, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO BANCÁRIO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – [...] - PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO - DESNECESSIDADE - RECURSO IMPROVIDO. (TJMS, AC n. 2009.006947-2, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 2.4.2009).

Dessa maneira, improvejo o pedido de manifestação expressa de cada um dos dispositivos veiculados.

Da conclusão

Destarte, diante de todo o exposto, conheço do recurso, contudo nego-lhe provimento, para manter intacta a decisão prolatada pela autoridade judiciária de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 10 de março de 2011.

***

1 Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.005392-6 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ABATIMENTO DE PREÇO – CONTRATO *AD CORPUS* – COMPROVADO – DIFERENÇA NA ÁREA – DENTRO DOS LIMITES LEGAIS – ABATIMENTO DO PREÇO – INCABÍVEL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – 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, 17 de março de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Marcos Castedo Ferraz e Priscila Pereira da Silva interpõem apelação cível contra sentença que, nos autos da ação de abatimento de preço ajuizada contra Financial Imobiliária S.A., julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou os autores, ora apelantes, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00, ficando sobrestados na forma da Lei n. 1.060/50.

Os recorrentes alegam que o contrato de compra e venda do imóvel que assinaram em conjunto com a apelada, é o chamado *ad mensuram*, considerando estar descrita a dimensão exata que o imóvel deveria ter ao ser adquirido, conforme descrito nas documentações pertinentes.

Entendem ainda os recorrentes que se trata de matéria de consumo e, devido a isso, podem exigir o complemento da área, reclamar a rescisão do negócio ou exigir um abatimento no preço se houver diferença entre a área efetivamente encontrada e a descrita no contrato, o que ocorreu nos autos, onde foi adquirido um imóvel com 42,55m², quando na realidade ele possui 40,66m².

Além da reparação material com o abatimento do valor do imóvel, pedem ainda os recorrentes indenização por danos morais, por ter tido sua integridade ofendida, quando adquiriram um imóvel com defeito que acarreta uma inevitável desvalorização.

Contrarrazões, às f. 212-9, pelo improvimento do apelo e manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Marcos Castedo Ferraz e Priscila Pereira da Silva interpõem apelação cível contra sentença que, nos autos da ação de abatimento de preço ajuizada contra Financial Imobiliária S.A., julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou os autores, ora apelantes, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00, ficando sobrestados na forma da Lei n. 1.060/50.

Os recorrentes alegam que o contrato de compra e venda do imóvel que assinaram em conjunto com a apelada, é o chamado *ad mensuram*, considerando estar descrita a dimensão exata que o imóvel deveria ter ao ser adquirido, conforme descrito nas documentações pertinentes.

Entendem ainda os recorrentes que se trata de matéria de consumo e, devido a isso, podem exigir o complemento da área, reclamar a rescisão do negócio ou exigir um abatimento no preço se houver diferença entre a área efetivamente encontrada e a descrita no contrato, o que ocorreu nos autos, onde foi adquirido um imóvel com 42,55m², quando na realidade ele possui 40,66m².

Além da reparação material com o abatimento do valor do imóvel, pedem ainda os recorrentes indenização por danos morais, por ter tido sua integridade ofendida, quando adquiriram um imóvel com defeito que acarreta uma inevitável desvalorização.

Tenho que a irresignação não prospera.

Conforme se extrai da sentença de f. 182-7, o magistrado singular procedeu com a devida diligência ao analisar toda a farta documentação trazida aos autos pelas partes, tendo concluído que o contrato assinado entre as partes, que tratou da compra e venda do imóvel objeto dos autos, é um contrato *ad corpus* e não um contrato *ad mensuram*, como querem os recorrentes.

Segundo ensinamentos de Arnaldo Rizzardo:

> É *ad corpus* a venda realizada sem determinação da área do imóvel, ou sem fixação do preço por medida de extensão. Na venda, considera-se o bem como corpo certo ou determinado, individualizado por suas características e confrontações, e mesmo pela simples denominação, se rural.
>
> É a hipótese da alienação de uma fazenda ou propriedade com denominação específica por um valor determinado.
>
> Chama-se *ad mensuram* a venda quando se determina a área do imóvel. Ou, ainda, se a determinação da área é o critério decisivo na fixação do preço. Compra-se uma extensão territorial por um valor calculado por metro ou medida empregada. (**Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 349).

Note-se que, em relação ao contrato assinado entre as partes envolvidas nos presentes autos, não há dúvida de que se trata de um contrato *ad corpus*, pois não ficou demonstrada em momento algum a metragem e seus valores especificamente.

Como bem ponderou o magistrado:

> [...] o imóvel foi alienado como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, tanto assim que sequer é destacado o valor do terreno da edificação propriamente dito.

> Bem verdade que a residência ainda seria construída quando do compromisso. Porém, quando da efetiva formalização do negócio jurídico – contrato via agente financeiro de f. 31-44 – já estava o bem integrado por completo.
>
> Logo, aplicável é o disposto no art. 500, § 3º, do Código Civil, segundo o qual, nesta hipótese, 'não haverá complemento de área, nem devolução de excesso'

Este entendimento encontra respaldo na jurisprudência. Vejamos:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL – DIFERENÇA ENTRE A ÁREA CONSTANTE NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E A EFETIVAMENTE ENCONTRADA – NATUREZA *AD CORPUS* DA VENDA – ABATIMENTO PROPORCIONAL DO PREÇO – DESCABIMENTO – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. A transferência de imóvel, efetuada como corpo certo e determinado, com características e confrontações individualizadas e com preço estipulado pela dimensão total da área, caracteriza a venda 'ad corpus', ao contrário da venda 'ad mensuram', onde a compra e venda é feita considerando-se medida certa. (TJ/MS, AC n. 2008.017268-0, Amambai, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 1.2.2010).
>
> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. VENDA *AD CORPUS* CARACTERIZADA. ABATIMENTO INDEVIDO - A legitimidade *ad causam* deve ser analisada a partir de um exame em abstrato da pretensão deduzida em juízo.-Na venda *ad corpus*, a aquisição do bem se refere a um todo, sendo a metragem ou área elemento meramente acidental. -É indevida a complementação da área ou abatimento proporcional do preço do imóvel quando este é transacionado na modalidade *ad corpus*, porque é considerado coisa certa e discriminado, entre outros elementos, por suas confrontações e caracteres de individuação. (TJMG, AC n. 1.0024.03.921848-2/001, Décima Sétima Câmara Cível. Rel. Des. Irmar Ferreira Campos).

Destaco ainda a observação do Juízo singular no tocante à diferença questionada pelos apelantes, qual seja, 1,89m²:

> Como se isso não bastasse, a diferença apontada pelos autores – 1,89m² - não atinge um vigésimo da área total enunciada (42,55m²) – 2,12m² - razão pela qual, **e aqui reside absoluta necessidade da prova pericial reclamada**, ainda que partindo do pressuposto de que exista a diferença apontada e que a alienação ocorreu sob condição *ad mensuram*, o regramento previsto na legislação de regência assim preconiza (CC, art. 500, § 1º):
>
> Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.

Quanto às dimensões, esclarece Arnaldo Rizzardo:

> Dois são os casos de venda *ad corpus*, ditados pelo art. 500 e seu § 1º:
>
> 1º [...]
>
> 2º Procede-se a venda com indicação de um bem certo e determinado, consignando-se a medida da área e a discriminação de divisas e confrontações. Mas descobre-se uma diferença de área para menos, não superior a um vigésimo da constante no documento. Como este *quantum* está dentro do limite de tolerância, o alienante não é responsável [...] (**Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 350).

No tocante à natureza do contrato, não há reparos a ser feitos na sentença quando tratou de anunciar como civil, uma vez que não está sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor, assim é o entendimento. Veja-se:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VENDA DE DIREITOS SUCESSORES SOBRE BEM IMÓVEL. VENDA *AD CORPUS*. INSURGÊNCIA COM A METRAGEM. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE CONTRATUAL. PACTA SUNT SERVANDA. INDENIZAÇÃO VEDADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Em se tratando de negócio jurídico estabelecido entre particulares, inaplicáveis os preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor, porquanto os contratantes não se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor, devendo a relação ser analisada sob a ótica do Código Civil. "O art. 500, § 3º, do Código Civil disciplina que 'não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda *ad corpus* (TJSC, AC n. 2009.053318-0, de Itapiranga, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, julgado em 17.11.2009).

Quanto ao dano moral, entendo que não há qualquer razão para arbitramento, não tendo ficado demonstrado nos autos justificativa para tanto.

Sem mais delongas, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 17 de março de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.030190-3 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAS – INFECÇÃO HOSPITALAR CONTRAÍDA DURANTE A INTERNAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOSOCÔMIO – DANOS CONFIGURADOS – RECURSO PROVIDO.

Aplica-se ao hospital a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que são fornecedores de serviços, portanto respondem objetivamente pelos danos causados a seus pacientes.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Célia Maria Calciolari interpõe apelação contra sentença (f. 962-71) que, na ação de reparação de danos movida em face da Associação Beneficente Douradense - Hospital Evangélico -, julgou improcedentes os pedidos iniciais pela falta de nexo causal entre a internação e a infecção contraída. Condenou-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade restou suspensa nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Aduz, em síntese, que a infecção contraída no Hospital Evangélico acarretou-lhe diversos danos materiais e psicológicos, pois ficou cega da vista esquerda e com a face desfigurada, tendo de se submeter a diversos tratamentos e cirurgias estéticas, afastando-se do convívio social e do trabalho. Afirma que exames realizados em Bauru/SP comprovam que a infecção foi adquirida quando esteve internada.

Diz que, como prestador de serviço de saúde, a responsabilidade do hospital é objetiva, assumindo os riscos da atividade que desenvolve e que, diante de sua baixa imunidade, deveriam ter sido tomados cuidados extras com ela, restando caracterizado o nexo causal entre a conduta do nosocômio e os danos advindos. Assevera que os exames realizados ao ser internada não detectaram a infecção, sendo presumível que a tenha adquirido na UTI, caso contrário, constaria dos relatórios médicos. Pondera que, mesmo com o rosto inchado e o olho vermelho, nenhuma providência foi tomada e que seria impossível ter sido contaminada no percurso entre a cidade de Dourados e Campo Grande, pois quando chegou à Santa Casa o quadro infeccioso estava em estado avançado.

Ao final, requer o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 1007-12.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Como relatado, Célia Maria Calciolari interpõe apelação contra sentença (f. 962-71) que, na ação de reparação de danos movida em face da Associação Beneficente Douradense - Hospital Evangélico -, julgou improcedentes os pedidos iniciais pela falta de nexo causal entre a internação e a infecção contraída. Condenou-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade restou suspensa nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Aduz, em síntese, que a infecção contraída no Hospital Evangélico acarretou-lhe diversos danos materiais e psicológicos, pois ficou cega da vista esquerda e com a face desfigurada, tendo que se submeter a diversos tratamentos e cirurgias estéticas, afastando-se do convívio social e do trabalho. Afirma que exames realizados em Bauru/SP comprovam que a infecção foi adquirida quando esteve internada.

Diz que, como prestador de serviço de saúde, a responsabilidade do hospital é objetiva, assumindo os riscos da atividade que desenvolve e que, diante de sua baixa imunidade, deveriam ter sido tomados cuidados extras com ela, restando caracterizado o nexo causal entre a conduta do nosocômio e os danos advindos. Assevera que os exames realizados ao ser internada não detectaram a infecção, sendo presumível que a tenha adquirido na UTI, caso contrário, constaria dos relatórios médicos. Pondera que mesmo com o rosto inchado e o olho vermelho nenhuma providência foi tomada e que seria impossível ter sido contaminada no percurso entre a cidade de Dourados e Campo Grande, pois quando chegou à Santa Casa o quadro infeccioso estava em estado avançado.

A controvérsia cinge-se em saber se a infecção (mucormicose rinocerebral[1]) que acometeu a apelante foi adquirida no Hospital Evangélico de Dourados durante o período em que lá esteve internada, impondo-se a reparação dos danos materiais e morais daí decorrentes.

No dia 17.5.1994, a paciente deu entrada no nosocômio apelado, sendo trazida de ambulância do Hospital de Naviraí em coma diabético profundo e todas as graves complicações dele decorrentes, lá permanecendo por dez dias, dos quais quatro na Unidade de Tratamento Intensivo, e transferida, a pedido dos seus familiares, no dia 27.7.1994 para Santa Casa desta Capital.

Segundo o relatório enviado ao Serviço de Endocrinologia da Santa Casa pelo médico de Dourados, Dr. Geraldo F. Oliveira, a paciente apresentou febre nos últimos três dias de internação, informando que não foi possível averiguar os motivos em razão da transferência (f. 165-v).

Em Campo Grande, permaneceu internada até o dia 4.7.2004, quando foi transferida para o Centro Oftalmológico de Bauru, local em que foi diagnosticado definitivamente o fungo que causou a infecção após realização de biópsia.

1 A mucormicose do nariz e do cérebro (mucormicose rinocerebral) é uma infecção grave, geralmente mortal. Esta forma de mucormicose costuma afectar as pessoas cujas defesas estão debilitadas por uma doença, como a diabetes não controlada. Os sintomas incluem dor, febre e uma infecção da cavidade ocular (celulite orbitária) com uma inflamação do olho afectado (proptose). O doente elimina pus pelo nariz. A divisão entre os orifícios nasais *(septo),* a parte superior da boca (véu do palato) ou os ossos faciais que rodeiam a cavidade ocular ou os seios podem ficar destruídos. Uma infecção cerebral pode causar convulsões, incapacidade em falar com propriedade e paralisia parcial. *(Pesquisa realizada no sítio www.manualmerk.net – biblioteca médica on line)*

O magistrado singular julgou improcedente o pleito indenizatório, porque não foi demonstrado o nexo causal entre a internação hospitalar e a infecção que se manifestou no organismo da apelante, já que ela poderia ter sido contraída no nosocômio apelado, no hospital de Naviraí, na ambulância durante o deslocamento ou até mesmo na rua, pois a paciente estava com a imunidade muito baixa (imunodeprimido) por causa da diabetes.

A sentença está a merecer reparos.

É que o perito do juízo, Dr. Silvio Haddad, em resposta ao quesito número 11, disse que a infecção em questão manifesta-se na *"[...] imensa maioria das vezes"* de forma abrupta e com evolução rápida.

Os relatórios médicos revelam que nos últimos três dias em que esteve internada no Hospital Evangélico, a paciente apresentou febre, constando no encaminhamento a impossibilidade de se averiguar a causa em razão da transferência.

Ao chegar na Santa Casa, segundo relatou a médica que lhe prestou os primeiros atendimentos, Drª Tânia Mara Scacabarozi Bertolotto, *"[...] a autora apresentava quadro de insuficiência renal aguda, diabetes mellitus discompensada e um quadro infeccioso de vias aéreas superiores (pan sinusite)... sendo que quando chegou apresentava 'celulite na face', caracterizada pela vermelhidão, rubor e aumento de temperatura"* (f. 601).

Os documentos de f. 137-8 emitidos pela Santa Casa dão conta de que em 6.6.1994 a apelante já apresentava necrose do dorso nasal, edema facial e queixava-se de não enxergar com o olho esquerdo.

Vê-se que, ao sair do Hospital Evangélico e ser internada nesta capital, alguns sintomas da infecção já começavam a se manifestar, como a febre e a celulite na face. O Otorrinolaringologista, Dr. Pedro Paulo Orl, elaborou um parecer a pedido do Sr. Perito, no qual informou: *"A doença frequentemente se inicia sob a forma de uma sinusite. Fazem parte do quadro clínico: dor importante, febre, celulite peri-orbital, rinorréia purulenta [...]"* (f. 476-7).

Quando internada naquela unidade hospitalar, vinda de Naviraí, a paciente realizou diversos exames clínicos e não houve qualquer indicação nos relatórios médicos da infecção em questão. Houve, inclusive o diagnóstico de uma infecção vaginal, mas nada se disse a respeito da murcomicose (f. 337).

Diante destas constatações, conclui-se que, ao ser internada em Dourados, a apelante não estava infectada, pois apresentou o primeiro sintoma (febre) apenas nos últimos três dias de internação. Porém, ao chegar na Santa Casa, já tinha a infecção, tanto é que estava com celulite na face, a qual era vermelha e com temperatura alta, a partir de então a doença se manifestou da forma mais severa possível, deixando a apelante cega da vista esquerda e com parte do nariz necrosado, como se pode ver nas fotos de f. 162-3.

Se a doença se desenvolve de maneira rápida, não é crível que a paciente tenha sido contaminada no Hospital de Naviraí ou na ambulância que a transportou a Dourados, tampouco na rua, visto que ficou sete dias internada no Evangélico sem nenhum sintoma. Também não é viável que durante o translado, em uma viagem de pouco mais de duas horas até Campo Grande, a apelante tenha sido infectada, mormente porque, como dito, ainda no nosocômio apresentou febre.

O perfil da internada era um fator de risco à infecção, pois se encontrava em coma diabético e imunodeprimida, ficando cinco dias na Unidade de Terapia Intensiva (UTI), a qual é destinada ao tratamento de alta complexidade e que atende pacientes graves, o que contribui ainda mais para aumentar o risco de infecção.

Não se põe em dúvida os procedimentos adotados para salvarem a vida da apelante, também é indiscutível que a infecção contraída foi motivada pela fragilidade de sua saúde. Todavia, não se pode ignorar que foi no Hospital Evangélico que a enferma foi infectada pelo fungo causador da mucormicose.

A infecção hospitalar é uma realidade em todas os nosocômios, cabendo às instituições de saúde trabalharem para que as taxas sejam as mais baixas possíveis e que se enquadrem dentro dos limites do aceitável.

Como a apelante estava com a imunidade muito baixa, deveria o apelado se cercar de todos os cuidados para evitar que o ambiente hospitalar representasse um fator determinante à infecção.

Lado outro, ele não fez qualquer prova no sentido de que adota normas de vigilância epidemiológica ou, ainda, que possui uma Comissão de Controle de Infecção Hospitalar[2] atuante no controle dos níveis de contaminação.

Miguel Kfouri Neto[3] destaca as atribuições principais da referida comissão: *"a) exercer rígida vigilância epidemiológica do hospital; b) elaborar norma técnicas para a prevenção das infecções hospitalares mais ocorrentes; c) exercer o controle do uso de antimicrobianos; d) entregar à direção do estabelecimento relatório dos casos de doença de notificação compulsória às autoridades sanitárias; e) inventariar os casos de infecção."*

Assim, demonstrado que a apelante foi infectada enquanto esteve internada no nosocômio, cumpre dizer que se aplica ao caso a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, sendo responsáveis pela guarda e incolumidade física daqueles.

O Código de Defesa do Consumidor traz a definição de serviço defeituoso:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - o modo de seu fornecimento;
>
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi fornecido.

Nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ART. 14 DO CDC. DANO MORAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal *a quo* não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 629.212/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 15.5.2007).

O dano moral deve ser fixado de modo a reparar a vítima pela lesão sofrida, causando impacto sobre o patrimônio do agente causador do dano, a fim de que o ilícito praticado não volte a se repetir, mas sempre observando o fato de que a verba indenizatória não pode acarretar o enriquecimento sem causa, desvirtuando o objetivo da punição.

2 A Lei n. 9.431, de 6.1.1997, dispõe sobre a obrigatoriedade da manutenção de programa de controle de infecções hospitalares – PCIH – pelos hospitais do País.

3 KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. cap. 9: Responsabilidade Civil em Infecção Hospitalar, p. 153.

Diante das circunstâncias fático-jurídicas, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, da teoria do desestímulo e da situação econômica das partes, fixa-se a indenização em R$ 8.000,00 (oito mil reais), valor que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV a partir desta data e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação (artigo 405 do Código Civil).

Por sua vez, os danos materiais deverão ser apurados em liquidação de sentença, levando-se em conta apenas as despesas médicas, hospitalares e com medicamentos decorrentes da mucormicose rinocerebral e devidamente comprovadas por meio de notas fiscais ou recibos.

Diante da procedência deste apelo, invertem-se os ônus de sucumbência, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação, nos termos do artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar provimento ao apelo para condenar a Associação Beneficente Douradense – Hospital Evangélico – ao pagamento de danos morais fixados em R$ 8.000,00 (oito mil reais), corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV a partir desta data e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, bem como nos danos materiais a serem apurados em liquidação de sentença, considerando-se apenas as despesas médicas, hospitalares e com medicamentos decorrentes da infecção e devidamente comprovadas por meio de notas fiscais ou recibos, corrigidos desde os efetivos desembolsos.

Fica, ainda, o hospital responsável pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o montante da condenação.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.032087-9 - Dourados
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ARREMATAÇÃO – ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE ESCRITURA DE DOAÇÃO DO PROPRIETÁRIO AOS FILHOS – ATO DE DEZESSETE ANOS E ANTERIOR À EXPROPRIAÇÃO – DOCUMENTO NÃO REGISTRADO – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – RECURSO NÃO PROVIDO.

A assinatura do auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro torna perfeita, acabada e irretratável a arrematação (art. 694, CPC).

Se o pedido não se subsome a nenhuma das hipóteses contempladas no artigo 694 do CPC e se eventual prejuízo não foi causado pelo arrematante, não há interesse em mover a ação anulatória contra ele.

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 maioria, negar provimento ao recurso, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Rodrigo Maximiano Favoreto e Alexandre Maximiano Favoreto interpõem apelação cível (f. 157-77) contra a sentença (f. 118-26) que, na ação anulatória de arrematação movida em face do Banco do Brasil S.A., indeferiu a petição inicial por ausência de interesse processual, nos termos do artigo 295, inciso III, do Código de Processo Civil.

Sustentam que são possuidores e legítimos proprietários do imóvel arrematado, localizado no Município de Dourados, uma vez que foi doado pelos pais quando ainda eram menores pela Escritura Pública de doação pura e simples, lavrada no Tabelionato de Notas de Londrina-PR, sendo tal documento anterior ao registro da cédula hipotecária, ajuizamento da execução, penhora e arrematação. Alegam que só o pai tinha conhecimento da doação que ficara esquecida por quase 17 anos e só tomaram conhecimento em 2 de março de 2010. Aduzem que têm interesse de agir, haja vista que estão correndo o risco de verem o bem ser expropriado por terceiro, sem ter participado de qualquer negócio. Asseveram que o registro da doação não era necessário para produzir efeitos. Afirmam que não podem ser responsabilizados pelos atos de seus pais. Ao final, pleiteiam o provimento do recurso, determinando o retorno dos autos para regular processamento.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Rodrigo Maximiano Favoreto e Alexandre Maximiano Favoreto interpõem apelação cível (f. 157-77) contra sentença (f. 118-26) que, na ação anulatória de arrematação movida em face do Banco do Brasil S.A., indeferiu a petição inicial por ausência de interesse processual, nos termos do artigo 295, inciso III, do Código de Processo Civil.

Sustentam que são possuidores e legítimos proprietários do imóvel arrematado, localizado no Município de Dourados, uma vez que foi doado pelos pais quando ainda eram menores pela Escritura Pública de doação pura e simples, lavrada no Tabelionato de Notas de Londrina-PR, sendo tal documento anterior ao registro da cédula hipotecária, ajuizamento da execução, penhora e arrematação. Alegam que só o pai tinha conhecimento da doação que ficara esquecida por quase 17 anos e só tomaram conhecimento em 2 de março de 2010. Aduzem que têm interesse de agir, haja vista que estão correndo o risco de verem o bem ser expropriado por terceiro, sem ter participado de qualquer negócio. Asseveram que o registro da doação não era necessário para produzir efeitos. Afirmam que não podem ser responsabilizados pelos atos de seus pais. Ao final, pleiteiam o provimento do recurso, determinando o retorno dos autos para regular processamento.

Embora a pretensão de desconstituição da arrematação em hasta pública ser exercível através de ação anulatória de arrematação, não se vislumbra nos autos fundamento para anulá-la.

O Código de Processo Civil estabelece:

> Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação tornar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.
>
> § 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:
>
> I - por vício de nulidade;
>
> II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução; ../_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm
>
> III - quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital;
>
> IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º); ../_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm
>
> V - quando realizada por preço vil (art. 692); ../_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm
>
> VI - nos casos previstos neste Código (art. 698).

Segundo a doutrina "*Os incisos I e V, por exemplo, constituem situações gerais de nulidade, referidas a vícios formais da arrematação (falta de intimação, não publicação de editais, venda de coisa inalienável etc.)*". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil** – Execução. São Paulo: RT, 2007. p. 325. v. 3).

No caso, os recorrentes não apontam qualquer desses vícios que ensejariam a insubsistência do ato expropriatório, pois pretendem, sob o argumento de que são proprietários do imóvel, anular a arrematação realizada pelo Banco do Brasil na execução movida em face de seu pai (Domingos Favoreto).

A Matrícula 1.005 (f. 20-5) comprova que o imóvel pertence a Domingos Dinale Favoreto, desde outubro de 1984 (Registro n. 12), e foi nessa condição que o Banco do Brasil, desde aquela época, concedeu a ele vários financiamentos e registrou as respectivas hipotecas, cuja inadimplência culminou na execução e respectiva arrematação do bem, ocorrida em 20.2.2001 (f. 84).

De outro lado, verifica-se que a escritura por meio da qual os pais, Domingos Dinale Favoreto e Maria Auxiliadora Favoreto, doaram o imóvel aos filhos, ora recorrentes, foi lavrada em 25.5.1993 (f. 17-8). Todavia, não se encontra registrada às margens da matrícula, situação que não permite a eles afirmar que são proprietários, eis o que dispõe o Código Civil:

> Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
>
> § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

A doutrina ensina que:

> O registro indica quem, do que e de quanto se é titular sobre a coisa imóvel, até que se prove o contrário. Há necessidade, por consequência, de regular de modo minucioso e dotar o registro de mecanismos de segurança, que impeçam o ingresso de títulos que constituam direitos reais a favor de falsos titulares, ou de direitos de qualidade ou quantidade distintas da realidade. (PELUSO, Cezar; LOUREIRO (Coord.), Francisco Eduardo et alii. **Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 1238)

Além disso, constata-se que a guia de informação do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos (ITCD) foi emitida em 3.3.2010 (f. 19) e o protocolo no cartório de registro de imóvel ocorreu na mesma data (f. 26), ou seja, muitos anos após a celebração da escritura e do ato expropriatório.

Não é crível que os pais que realizaram a doação tivessem se esquecido de registrar o ato ou de ter dado conhecimento aos filhos de tal negócio, fato que só iriam fazer 17 anos depois, após a expropriação em virtude de débitos contraídos. Vale lembrar de que não se trata de um imóvel esquecido, muito pelo contrário, é onde a família desenvolve várias atividades, como, por exemplo, arrendamento e exploração de cascalho e areia, como afirmam na inicial (f. 4).

Apesar de os recorrentes alegarem que, nos termos da jurisprudência, o registro da doação não é necessário para produzir efeitos, verifica-se que os julgados colacionados referem-se à oposição dos embargos de terceiro (f. 172-4), que não é o caso dos autos.

Ademais, consoante ressaltado pelo magistrado de primeiro grau "*As diversas hipotecas e penhoras sobre o imóvel em questão mesmo com o registro da doação não desaparecerão e não tornarão nulos quaisquer atos praticados na execução porque o gravame real (hipoteca) ao qual deu origem a penhora e a arrematação nos autos da execução 002.95.006556-3 persistem até o registro de carta de arrematação pelo credor judicial, ora réu.*"

Assim, se em tese houve prejuízo aos recorrentes, a causa se deu por ausência do registro da escritura, de modo que a pretensão de ressarcimento não pode ser voltada contra o banco, que é credor de boa-fé e que emprestou dinheiro a quem constava na matrícula como proprietário. Assim, eventual interesse por parte deles seria em face de quem não registrou a doação e se utilizava de tal situação para obter os financiamentos.

Acresça-se que na escritura os doadores reconhecem a existência de várias hipotecas ao banco e obrigam-se perante os donatários a quitá-las e entregar o referido imóvel sem quaisquer ônus (f. 17, verso).

Destarte, o pedido dos apelantes não se subsume a nenhuma das hipóteses do artigo 694 do Código de Processo Civil e, se prejuízo houve, não foi causado pelo arrematante, de sorte que inexiste interesse em mover a ação anulatória em face do Banco.

Finalmente, e até por questão de justiça, não se pode admitir que no momento de obterem vantagens com a realização de vários financiamentos em benefício próprios, os pais dos apelantes utilizem o título de propriedade do imóvel para sua garantia e na hora de honrarem suas obrigações sejam favorecidos com um documento de mais de dezessete anos e desprovido de todas as formalidades legais, quais sejam, do registro no Cartório competente para gerar efeitos contra terceiros.

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 apelo.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (1º Vogal)

Divirjo do relator para afastar a preliminar de falta de interesse de agir e, no mérito, nego provimento ao apelo, no que alinho os seguintes fundamentos.

O ilustre relator manteve a sentença de primeiro grau que indeferiu liminarmente a petição inicial por ausência de interesse processual, com fulcro no art. 295, III, do CPC.

Aduz o ilustre relator que os autores Rodrigo Maximiano Favoreto e Alexandre Maximiano Favoreto carecem do direito de ajuizar a ação anulatória de arrematação, pois não teriam apontado nenhum dos vícios previstos nos incisos I a VI, § 1.º, do art. 694 do Código de Processo Civil.

Como é cediço, o interesse de agir se fundamenta na tríade necessidade, utilidade e adequação, que *a priori* emerge presente, é o que se vê da documentação acostada aos autos, em especial, a certidão de f. 17-8, onde consta que os autores teriam recebido, em doação realizada pelos seus pais, em 25.5.1993, um imóvel com área de 358 hectares, localizado no município de Dourados, que foi posteriormente arrematado em hasta pública no ano de 2001, em ação ajuizada pelo Banco do Brasil S/A em desfavor de seus genitores.

Ademais, o autor Rodrigo Maximiano Favoreto afirma que é proprietário de uma empresa denominada Cascalheira Rio Dourado (*vide* contrato social de f. 48-51) que estaria instalada na área arrematada, ocupando 48 hectares, e que conta com um efetivo de 10 funcionários (f. 103-12), bem assim que obteve autorização da União para nela explorar jazida de cascalho (f. 53-88), cuja permissão vige até o ano de 2012. Alega, ainda, que realizou benfeitorias de grande valor no imóvel, a fim de propiciar a exploração de agricultura e piscicultura.

Ora, é justamente da análise da referida documentação acostada pelos autores na ação anulatória de arrematação que se extrai o interesse de agir, haja vista que apontam ter ocorrido a arrematação de um imóvel que, supostamente, pertenceria aos donatários, o que, por si só, possibilita o recebimento da inicial e o processamento da demanda.

Nesse diapasão, asseveram os processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis*:

> Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. (**Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: RT. p. 629).

Assim, pelas razões suso externadas, não há falar em indeferimento da petição inicial por falta de interesse de agir. Por outro lado, no tocante à questão de fundo, razão não assiste aos apelantes.

Por primeiro, ressalte-se que os autores se limitam a pugnar para que *"seja declarado nulo o ato de arrematação do imóvel Fazenda São Domingos localizada no Município de Dourados, limítrofe ao Rio Dourados, com área de 358 hectares, objeto da matrícula 1.005 do Cartório de Registro de Imóveis de Dourados-MS, tendo em vista o mesmo pertencer aos autores, devido a Escritura Pública de Doação Pura e Simples"* (*vide* letra 'b' do pedido de f. 12).

Com efeito, por força do princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte, o presente *decisum* ficará circunscrito à possibilidade ou não de ser declarada a nulidade da arrematação de um imóvel rural, de forma que não serão tecidas considerações acerca da posse e da atividade lucrativa que os autores afirmam exercer sobre o bem.

A par disso, o ilustre relator bem analisou a questão para apontar que a escritura pública de doação firmada pelos pais dos autores, justamente por não ter sido averbada às margens da matrícula do imóvel em momento oportuno, não tem o condão de tornar sem efeito o ato processual de arrematação ocorrido na cogitada ação executiva. Asseverou ainda que a ausência de registro da escritura de doação às margens da matrícula do imóvel possibilitou aos pais dos autores buscarem inúmeros financiamentos no Banco do Brasil S/A. Acrescenta, ademais, que o argumento dos autores de que são proprietários do imóvel não é plausível, visto que a transferência da propriedade imóvel entre vivos se dá mediante o registro do título translativo da propriedade, segundo prescreve o art. 1.425 do Código Civil, o que não ocorreu.

Não bastasse isso, outros argumentos se somam a esse, a exemplo do que bem asseverou o ilustre relator ao mencionar que os pais dos autores só providenciaram o registro da escritura de doação depois de ultrapassados 17 anos de sua lavratura, e somente após o imóvel ter sido arrematado em hasta pública.

Veja-se o excerto do *decisum* proferido pelo ilustre relator:

> Embora a pretensão de desconstituição da arrematação em hasta pública ser exercível através de ação anulatória de arrematação, não se vislumbra nos autos fundamento para anulá-la.
>
> O Código de Processo Civil estabelece:
>
> Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação tornar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.
>
> § 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:
>
> I - por vício de nulidade;
>
> II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução;
>
> III - quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital;
>
> IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º);
>
> V - quando realizada por preço vil (art. 692);
>
> VI - nos casos previstos neste Código (art. 698).

Segundo a doutrina Os incisos I e V, por exemplo, constituem situações gerais de nulidade, referidas a vícios formais da arrematação (falta de intimação, não publicação de editais, venda de coisa inalienável etc.). (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil** – Execução. São Paulo: RT, 2007. p. 325. v. 3)

No caso, os recorrentes não apontam qualquer desses vícios que ensejariam a insubsistência do ato expropriatório, pois pretendem, sob o argumento de que são proprietários do imóvel, anular a arrematação realizada pelo Banco do Brasil na execução movida em face de seu pai (Domingos Favoreto).

A matrícula 1.005 (f. 20-5) comprova que o imóvel pertence a Domingos Dinale Favoreto, desde outubro de 1984 (registro n. 12), e foi nessa condição que o Banco do Brasil, desde aquela época, concedeu a ele vários financiamentos e registrou as respectivas hipotecas, cuja inadimplência culminou na execução e respectiva arrematação do bem, ocorrida em 20.2.2001 (f. 84).

De outro lado, verifica-se que a escritura por meio da qual os pais, Domingos Dinale Favoreto e Maria Auxiliadora Favoreto, doaram o imóvel aos filhos, ora recorrentes, foi lavrada em 25.5.1993 (f. 17-8). Todavia, não se encontra registrada às margens da matrícula, situação que não permite a eles afirmar que são proprietários, eis o que dispõe o Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

A doutrina ensina que:

O registro indica quem, do que e de quanto se é titular sobre a coisa imóvel, até que se prove o contrário. Há necessidade, por consequência, de regular de modo minucioso e dotar o registro de mecanismos de segurança, que impeçam o ingresso de títulos que constituam direitos reais a favor de falsos titulares, ou de direitos de qualidade ou quantidade distintas da realidade. (PELUSO, Cezar; LOUREIRO (Coord.), Francisco Eduardo et alii. **Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 1238)

Além disso, constata-se que a guia de informação do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos (ITCD) foi emitida em 3.3.2010 (f. 19) e o protocolo no cartório de registro de imóvel ocorreu na mesma data (f. 26), ou seja, muitos anos após a celebração da escritura e do ato expropriatório.

Não é crível que os pais que realizaram a doação tivessem se esquecido de registrar o ato ou de ter dado conhecimento aos filhos de tal negócio, fato que só iriam fazer 17 anos depois, após a expropriação em virtude de débitos contraídos. Vale lembrar de que não se trata de um imóvel esquecido, muito pelo contrário, é onde a família desenvolve várias atividades, como, por exemplo, arrendamento e exploração de cascalho e areia, como afirmam na inicial (f. 4).

Apesar de os recorrentes alegarem que, nos termos da jurisprudência, o registro da doação não é necessário para produzir efeitos, verifica-se que os julgados colacionados referem-se à oposição dos embargos de terceiro (f. 172-4), que não é o caso dos autos.

Ademais, consoante ressaltado pelo magistrado de primeiro grau "As diversas hipotecas e penhoras sobre o imóvel em questão mesmo com o registro da doação não desaparecerão e

> não tornarão nulos quaisquer atos praticados na execução porque o gravame real (hipoteca) ao qual deu origem a penhora e a arrematação nos autos da execução 002.95.006556-3 persistem até o registro de carta de arrematação pelo credor judicial, ora réu."
>
> Assim, se em tese houve prejuízo aos recorrentes, a causa se deu por ausência do registro da escritura, de modo que a pretensão de ressarcimento não pode ser voltada contra o banco, que é credor de boa-fé e que emprestou dinheiro a quem constava na matrícula como proprietário. Assim, eventual interesse por parte deles seria em face de quem não registrou a doação e se utilizava de tal situação para obter os financiamentos.
>
> Acresça-se que na escritura os doadores reconhecem a existência de várias hipotecas ao banco e obrigam-se perante os donatários a quitá-las e entregar o referido imóvel sem quaisquer ônus (f. 17, verso).
>
> Destarte, o pedido dos apelantes não se subsume a nenhuma das hipóteses do artigo 694 do Código de Processo Civil e, se prejuízo houve, não foi causado pelo arrematante, de sorte que inexiste interesse em mover a ação anulatória em face do Banco.
>
> Finalmente e até por questão de justiça, não se pode admitir que no momento de obterem vantagens com a realização de vários financiamentos em benefício próprios, os pais dos apelantes utilizem o título de propriedade do imóvel para sua garantia e na hora de honrarem suas obrigações sejam favorecidos com um documento de mais de dezessete anos e desprovido de todas formalidades legais, quais sejam, do registro no Cartório competente para gerar efeitos contra terceiros.
>
> Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado de primeiro grau, a sentença combatida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Acrescente-se a isso o fato de que há presunção de que os financiamentos contraídos no Banco do Brasil S.A. acabaram beneficiando a família dos autores, visto que os respectivos numerários foram revertidos em favor de seus pais, conforme se vê dos Registros n. 32, 33, 34, 35, 38, 39, 41, 50 (*vide* matrícula f. 23 e 24).

Ademais, indiscutível que, *in casu*, a presunção de boa-fé está em favor do Banco do Brasil S.A., porquanto não se poderia dele exigir o conhecimento da existência de uma escritura de doação lavrada em outro Estado da Federação (Paraná) há vários anos e que não foi registrada às margens da matrícula do imóvel oferecido em garantia hipotecária. Assim, é de se garantir a efetividade do processo. Nesse sentido, é a jurisprudência. Veja-se:

> EMBARGOS DE TERCEIRO. POSTULANTE QUE EXIBE ESCRITURA DE DOAÇÃO DE DIVERSOS IMÓVEIS PARA PROVAR QUE FOI PENHORADO IMÓVEL QUE LHE PERTENCE. DISPARIDADE ENTRE O BEM PENHORADO E O BEM DOADO [METRAGENS DIFERENTES] O QUE EVIDENCIA A INCERTEZA DE SER O BEM DOADO O MESMO QUE FOI PENHORADO. Impossibilidade de, na circunstância, operar a transferência do domínio para o donatário, por ofensa aos princípios do registro de imóveis, o que anima concluir que, se for retificada a doação para que se opere o registro, incidirá o artigo 593, II, do CPC. Considerando que a doação se fez para menor de 13 anos de idade e em virtude da dúvida sobre a propriedade [artigo 1227, do CC] é jurídico considerar eficaz a penhora para garantia da plena efetividade do processo. Não provimento, inclusive do agravo retido. (TJSP, AC n. 507.459.4/5, AC n. 3428728, Marília, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, ulgado em 11.12.2008, DJ de 3.2.2009).

São estas as razões pelas quais, pedindo vênia ao ilustre relator, afasto a preliminar de falta de interesse de agir e, no mérito, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O 1º VOGAL.

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, Hildebrando Coelho Neto e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2010.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.038850-3 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – TERMOS CONTRATADOS DIVERSOS DA PACTUAÇÃO VERBAL – *PACTA SUNT SERVANDA* – VÍCIO DE CONSENTIMENTO – ERRO CARACTERIZADO – SENTENÇA *EXTRA PETITA* AFASTADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Em obediência à cláusula geral da função social do contrato (art. 421 CC), é possível sua revisão em mitigação ao princípio *pacta sunt servanda*, a fim de compatibilizar a liberdade de contratar com os princípios de boa-fé e equivalência contratual.

A alteração ocorrida na formalização do contrato em termos diversos da pactuação verbal, caracteriza erro capaz de anular a cláusula estabelecida.

Não é *extra petita* a sentença prolatada dentro dos limites do pedido deduzido na inicial.

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, 25 de janeiro de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Mendez & Vedovato Advogados S.S. interpõe Apelação Cível (f. 594-616) contra sentença (f. 581-91) que, na ação de nulidade de contrato e de cláusula contratual c/c fixação do valor devido movida pelo Espólio de Jordelino Ferreira da Cunha e Maria de Lourdes da Cunha, julgou procedentes os pedidos para declarar a nulidade das cláusulas 4 e 4.1 do contrato de honorários, reconhecendo a contratação e a incidência da verba honorária em 1% sobre o valor dos bens do espólio, excluída a meação, e fixou os honorários efetivamente devidos pelo espólio em 0,5% do valor dos bens dos herdeiros. Condenou-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.500,00 (art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil).

Sustenta que: i) cabia ao recorrido provar a existência do erro ou que as cláusulas 4 e 4.1 padeciam de algum dos vícios previstos nos artigos 166 e 171 do Código Civil (art. 333, I, do CPC); ii) as cláusulas do contrato são claras e o inventariante Vagner, que assinou o contrato, apesar de ser pessoa com certa idade, é produtor rural em atividade, escolarizado e informado, tanto é que foi escolhido pelos herdeiros, dentre os quais um advogado atuante em Santa Catarina, sem que ninguém tenha questionado à época sua higidez

intelectual; iii) os honorários em 3% (três por cento), além de representar um desconto de 50% da tabela da OAB-MS, foram convencionados tanto verbalmente quanto materializados na forma escrita, sendo que todos os herdeiros tinham ciência inequívoca do montante cobrado; iv) o contrato foi elaborado com honorários diferenciados tendo em vista os ritos, uma vez que, no arrolamento, o procedimento é célere e simplificado, ao passo que, no inventário, é moroso e demanda maior trabalho; v) os depoimentos colhidos são de pessoas que têm interesse no deslinde da causa e não encontram qualquer respaldo nas provas existentes; vi) a base de cálculo dos honorários deve ser sobre o valor total dos bens integrante do espólio, até porque a meação não afasta a necessidade de intervenção de causídico em nome do cônjuge; vii) a fixação da verba em 0,5%, além de ser *extra petita* pela inexistência de pedido de redução e ofender o princípio *pacta sunt servanda,* é irrisória e atentatória à dignidade da profissão, já que trabalhou por mais de um ano e respondeu à habitação de Orlanda, a qual foi rejeitada. Aduz que, na forma fixada (sobre o valor dos bens, excluída a meação), corresponde a R$ 8.372,03 e os bens foram avaliados em R$ 3.348.812,40, de modo que faz jus ao crédito de R$ 100.464,37.

Ao final, pede provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 628-43.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Mendez & Vedovato Advogados S.S. interpõe Apelação Cível (f. 594-616) contra sentença (f. 581-91) que, na ação de nulidade de contrato e cláusula contratual c/c fixação do valor devido movida pelo Espólio de Jordelino Ferreira da Cunha e Maria de Lourdes da Cunha, julgou procedentes os pedidos para declarar a nulidade das cláusulas 4 e 4.1 do contrato de honorários, reconhecendo a contratação e a incidência da verba honorária em 1% sobre o valor dos bens do espólio, excluída a meação, e fixou os honorários efetivamente devidos pelo espólio em 0,5% do valor dos bens dos herdeiros, tendo-se em vista que a recorrente não atuou até o final do inventário. Condenou-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.500,00 (art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil).

Sustenta que:

i) cabia ao recorrido provar a existência do erro ou que as cláusulas 4 e 4.1 padeciam de algum dos vícios previstos nos artigos 166 e 171 do Código Civil (art. 333, I, do CPC);

ii) as cláusulas do contrato são claras e o inventariante Vagner, que assinou o contrato, apesar de ser pessoa com certa idade, é produtor rural em atividade, escolarizado e informado, tanto é que foi escolhido pelos herdeiros, dentre os quais um advogado atuante em Santa Catarina, sem que ninguém tenha questionado à época sua higidez intelectual;

iii) os honorários em 3% (três por cento), além de representar um desconto de 50% da tabela da OAB-MS, foram convencionados tanto verbalmente quanto materializados na forma escrita, sendo que todos os herdeiros tinham ciência inequívoca do montante cobrado;

iv) o contrato foi elaborado com honorários diferenciados tendo em vista os ritos, uma vez que, no arrolamento, o procedimento é célere e simplificado, ao passo que, no inventário, é moroso e demanda maior trabalho;

v) os depoimentos colhidos são de pessoas que têm interesse no deslinde da causa e não encontram qualquer respaldo nas provas existentes nos autos;

vi) a base de cálculo dos honorários deve ser sobre o valor total dos bens integrante do espólio, até porque a meação não afasta a necessidade de intervenção de causídico em nome do cônjuge;

vii) a fixação da verba em 0,5%, além de ser *extra petita* pela inexistência de pedido de redução e ofender o princípio *pacta sunt servanda,* é irrisória e atentatória à dignidade da profissão, já que trabalhou por mais de um ano e respondeu à habitação de Orlanda, a qual foi rejeitada. Aduz que, na forma fixada (sobre o valor dos bens, excluída a meação) corresponde a R$ 8.372,03 e os bens foram avaliados em R$ 3.348.812,40, de modo que faz jus ao crédito de R$ 100.464,37.

Em que pesem seus argumentos, a sentença deve ser mantida.

Conforme orientação doutrinária, em sendo constatado qualquer vício de consentimento no negócio celebrado pelas partes, em obediência à cláusula geral da função social do contrato (art. 421 CC), é possível a sua revisão em mitigação ao princípio *pacta sunt servanda.*

Ao tecer comentários a respeito da liberdade de contratar, com esmero lecionou Nelson Rosenvald[1]:

> A função social não coíbe a liberdade de contratar, como induz a dicção da norma, mas legitima a liberdade contratual. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar. Porém, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem constitucional. (destacado)

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery acentuam que: "Pela cláusula geral da função social do contrato o juiz pode revisar e modificar cláusula contratual que implique desequilíbrio entre as partes." (**Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 412).

No caso, apesar de sustentar que os herdeiros tinham ciência inequívoca dos honorários contratados, não é o que revelam os elementos constantes dos autos.

A testemunha Aristogno Espindola da Cunha (f. 552), advogado e herdeiro no inventário que originou a demanda, declara (f. 552):

> [...] presenciou a contratação dos réus, sendo que no ato da contratação estava presente Dr. Anselmo. No ato da contratação ficou estabelecido que os honorários advocatícios seriam de 1% do valor dos bens, tendo sido o advogado informado que havia um incapaz e os herdeiros haviam feito um consenso de contratação do mesmo advogado para agilizar o processo. [...]. No ato da contratação, o advogado não esclareceu qual seria a base para o cálculo de 1%, ou seja, não especificou se seria o valor dos bens do inventário, da receita federal, valor de mercado. No dia da contratação foi esclarecido que o valor de 1% não incidiria sobre a meação, mas tão só sobre os bens dos herdeiros. [...]. O contrato de honorários advocatícios foi assinado no mesmo momento em que o inventariante Vagner da Costa Ferreira se deslocou até Campo Grande para assinar o termo de inventariante. Vagner da Costa Ferreira é pessoa semi-analfabeta, quase 100% surdo e o depoente acredita que ele nem sabia que tinha assinado este contrato, devendo ter assinado vários papéis ao mesmo tempo. [...]. Na época em que quiseram romper o contrato (setembro de 2008), os herdeiros fizeram uma proposta de pagamento de honorários de R$ 15.000,00, que não foi aceita, tendo os réus informado que acertaram o valor de R$ 120.000,00. [...]

Maria Cleide Espíndola da Cunha, professora, curadora de um dos herdeiros, esclareceu (f. 554):

1 Op. Cit., 480.

> [...] a depoente participou de uma reunião com o representante da ré, Dr. Anselmo, na qual ficou estabelecido que ele seria advogado no inventário de comum acordo com todos os herdeiros, já que ele já era advogado do Sr. Vagner Ferreira da Costa e cobraria a título de honorários 1% do valor dos bens, não tendo sido especificado se tal valor era o de mercado, o valor declarado em inventário ou outro valor, mas o advogado disse que cobraria 1% da avaliação segundo a pauta do Estado. A ré tinha ciência que existia um herdeiro incapaz. Na época os herdeiros não tinham ciência do valor total dos bens mas sabiam que o valor era alto. Não foi ventilado que os honorários incidiriam sobre a meação da segunda autora[...] Os advogados só ganhariam sobre o 50% dos herdeiros. A depoente não presenciou a assinatura do contrato e na verdade só teve ciência deste contrato quando queriam trocar de advogado, cerca de um ano após a contratação. A depoente não sabe se Vagner tinha ciência do contrato, até porque ele é semi-analfabeto e não escuta nada. Segundo os filhos de Vagner, ele se deslocou até Campo Grande para assinar o termo de inventariante e aí deve ter assinado também o contrato, sendo que ao comentar tal fato disseram que o combinado era de 1% e não 3%[...]. (destacado)

Apesar de as testemunhas serem ouvidas como informante, suas declarações encontram respaldo nos demais elementos constantes dos autos, ou seja, houve uma reunião entre os herdeiros e a recorrente representada por um de seus advogados (Dr. Anselmo), oportunidade em que foram contratados verbalmente os honorários em 1% sobre os bens do espólio, excluída a meação.

A justificativa de que a divergência no percentual (1% e 3%) constante no contrato se deu em face dos ritos (arrolamento e inventário) não encontra amparo nas provas produzidas, até porque, segundo a testemunha Maria Cleide, a recorrente tinha ciência de que existia um herdeiro incapaz, de modo que não havia que se cogitar em arrolamento.

Nesse contexto, não agiu com a probidade, lealdade e boa-fé que norteiam as relações contratuais, induzindo a erro o inventariante, que é pessoa semianalfabeta, ao assinar o pacto que possuía condição diversa da contratada verbalmente com os herdeiros.

Essa conclusão encontra respaldo, ainda, no fato de a apelante não se preocupar em descaracterizar as alegações dos recorridos. Aliás, intimada para a produção de provas, manifestou seu desinteresse (f. 399).

O artigo 171 do Código Civil estabelece que, *"Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores."*.

Por sua vez, o artigo 138 do mesmo Diploma dispõe que *"São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio."*

Sobre a matéria, discorre Nestor Duarte[2]:

> A manifestação de vontade é elemento essencial do negócio jurídico, mas, se, embora ocorrente a declaração de vontade, esta se deu em desconformidade com o querer do agente, o negócio jurídico está viciado.
>
> Em regra, os motivos que impelem o agente à realização de um negócio jurídico são irrelevantes, porém o processo psíquico para a formação de vontade é relevante, de modo que, se a declaração decorrer de noção inexata ou de falsa idéia a respeito do objeto principal ou acerca de pessoa, ou ainda sobre a norma jurídica (art. 139), poderá caracterizar erro, que é vício capaz de levar à anulação do negócio.

2 PELUSO, Cezar; LOUREIRO (Coord.), Francisco Eduardo et alii. **Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 138-9.

> [...]. Para anular o negócio, o erro deve ser essencial, ou seja, incidente sobre o objeto principal da declaração ou sobre qualidades substanciais do objeto ou essenciais da pessoa a que se refira.
>
> Não é necessário que o erro seja comum a ambas as partes nos negócios bilaterais, bastando que atinja a vontade de uma delas. Exige-se, todavia, que, no equívoco ou falsa representação, possa incidir pessoa de diligência normal (*vir medius*), mas não é pacífico que deva ser escusável. Esse atributo, na verdade, varia de acordo com a pessoa que o alega, não sendo escusável o erro em matéria técnica ou profissional do declarante, por exemplo. A exigência de que o erro seja escusável se justifica em benefício da confiança que deve estar presente nas relações jurídicas. (destacado)

Ademais, o advogado da recorrente, com a experiência que lhe é peculiar, deveria ter se cercado dos cuidados necessários com a cientificação dos herdeiros dos termos contratados no momento da reunião, sendo que a sua formalização (f. 99) três meses após o ajuizamento do inventário (f. 154), com a assinatura apenas do inventariante, coloca em dúvida seus termos, mormente diante da insurgência dos recorridos.

Acresça-se que o fato de os honorários estarem abaixo da tabela da OAB-MS não é suficiente, por si só, para sustentar a sua contratação. Quanto à base de cálculo, de acordo com a prova testemunhal, não descaracterizada, incide sobre os bens do espólio, excluindo a meação.

De outro lado, não se revela *extra petita* a sentença ao fixar os honorários em 0,5%, porquanto os recorridos pleitearam implicitamente a sua redução quando sustentaram que a apelante, das duas parcelas contratadas, fazia jus apenas de uma em razão da revogação do mandato.

Destarte, diante do comprovado erro que, estreme de dúvidas, causaria prejuízos aos recorridos, agiu com acerto a magistrada *a quo* ao declarar a nulidade das cláusulas 4 e 4.1.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao recurso, ficando mantida a sentença em todos os seus termos.

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 Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.026428-9 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RECURSO CONTRA A SENTENÇA QUE EXTINGUIU A AÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – CAPACIDADE CIVIL – INDÍGENA EM PLENO GOZO DE SEUS DIREITOS – EXISTÊNCIA – NOVA ÓTICA CONSTITUCIONAL DE VALORIZAÇÃO DA PLURALIDADE ÉTNICA E CULTURAL – RECURSO PROVIDO.

Interpretando-se sistematicamente a Constituição Federal, é possível afirmar que os índios em pleno uso de seus direitos são dotados de legitimidade de parte para postular em juízo na defesa de seus interesses sem a representação de órgão governamental.

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, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 11 de janeiro de 2011.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Odanira Vitor, neste ato assistida por sua genitora Elizabete Canale, em Ação de Indenização por Danos Morais com pedido de Pensão Alimentícia, ajuizada em face do Município de Campo Grande/MS, interpõe apelação cível (f. 72-84), em face da sentença de primeira instância (f. 65-6), que julgou extinta a ação sem resolução do mérito.

Em síntese, sustenta que "a doutrina e a jurisprudência pátria vêm abrandando a questão relativa à incapacidade relativa do índio, ao consagrarem que o indígena integrado à comunidade nacional não pode ser considerado relativamente incapaz ao ponto de serem considerados nulos nem anuláveis os atos jurídicos por ele praticados sem a assistência tutelar da Fundação Nacional do Índio" (*sic*).

Aduz que a apelante é estudante, que sua genitora é doméstica e que ambas residem na área urbana da cidade, estando integradas na sociedade, gozando de todos os direitos civis assegurados pelo ordenamento jurídico, inclusive, são dotadas de capacidade civil para proporem ações de seus interesses.

Pede, ao final, a concessão da gratuidade da justiça e, no mérito, o provimento do recurso para que seja reformada a sentença *a quo*, dando-se normal prosseguimento ao feito na instância de origem.

Não foram apresentadas contrarrazões, pois não houve composição triangular da lide.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 117-23, opinando pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta por Odanira Vitor**,** neste ato assistida por sua genitora Elizabete Canale, em face da sentença que julgou extinta a ação sem resolução do mérito, proferida na Ação de Indenização por Danos Morais com pedido de Pensão Alimentícia, ajuizada em face do Município de Campo Grande.

Insurge-se contra a sentença que reconheceu a incapacidade civil da recorrente por ser, tanto ela quanto a mãe que a assiste, da etnia Terena ainda em aldeias, portanto não integradas à sociedade.

Alega-se que a questão acerca da incapacidade civil do índio vem sendo abrandada pela doutrina e jurisprudência, e que a sujeição a regime especial não se aplica à recorrente e a sua genitora, as quais estão integradas à sociedade, gozando de capacidade civil para praticar todos os atos relativos a seus direitos.

A Procuradoria-Geral de Justiça concluiu que a questão da capacidade civil dos índios atualmente deve ser entendida à luz da Constituição Federal, manifestando-se pelo provimento do recurso.

Pois bem. O recurso merece provimento.

A Constituição Federal preceitua no seu artigo 232, *in verbis*:

> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Como se nota, trata-se de uma inovação constitucional que atribuiu aos silvícolas a capacidade civil para demandar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

Quanto a essa questão, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu o REsp n. 1026942, de relatoria da Ministra Denise Arruda, o qual peço vênia para transcrever um trecho do voto condutor, que passará a integrar essa decisão:

> [...] 17. Com o advento da Constituição de 1988, este cenário alterou-se substancialmente. Isso porque restou reconhecida a diversidade cultural e importância da valorização da cultura dos grupos étnicos formadores da sociedade brasileira, dentre os quais se incluem os indígenas, conforme se extrai dos artigos 215, § 1° e 216 da Constituição:
>
> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> § 1°. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
>
> [...]
>
> 'Art. 216. Constitui patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

18. Na esteira do reconhecimento da diversidade cultural, aboliu-se a política integracionista das populações indígenas. A partir de 1988, não mais se pretende que os silvícolas percam as características, costumes, línguas e tradições que lhe são inerentes para serem incorporados a uma pretensa cultura nacional. Pelo contrário. A Constituição, em consonância com a valorização da pluralidade étnica e cultural que colaborou para a formação do povo brasileiro, expressamente reconhece e confere proteção aos indígenas e aos seus usos e costumes, bem como às terras por eles tradicionalmente ocupadas, ao rezar que:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1°. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

19. Inovou o texto constitucional também ao reconhecer, em seu artigo 232, que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Ao reconhecer aos indígenas capacidade postulatória e, por conseqüência, capacidade civil, porque consoante se extrai do artigo 7° do Código de Processo Civil, toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos, tem capacidade para estar em juízo - lógica segundo a qual 'quem tem o mais, tem o menos' -, restou extinto o instituto da tutela sobre os povos indígenas, porquanto não é possível conceber que a FUNAI administre os bens e responda pelos atos de quem tem plena capacidade civil.

20. Conforme acima referido, o Código Civil de 1916 e o Estatuto do Índio relacionavam o regime tutelar a que os índios estavam submetidos a sua 'integração à comunhão nacional'. Ocorre que, a partir do reconhecimento pela Constituição da diversidade cultural e, em conseqüência, da abolição das práticas integracionistas, bem como do reconhecimento da capacidade civil dos silvícolas e de suas comunidades, o que lhes confere o direito ao acesso de todas as garantias constitucionais de forma autônoma, não há mais que se falar em tutela, já que não mais dependem de interposta pessoa/órgão para exercerem os seus direitos e administrar os seus bens.

21. Portanto, não mais subsiste o regime tutelar a que os silvícolas estavam submetidos perante à FUNAI por força do disposto no artigo 6°, III e Parágrafo Único do Código Civil de 1916 e no artigo 7° do Estatuto do Índio, tampouco a classificação dos indígenas em 'isolados', 'em vias de integração' e 'integrados', prevista no artigo 4° do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73). Isso porque tais dispositivos não foram recepcionados pela atual Constituição. [...] (REsp n. 1026942, Relª. Minª. Denise Arruda).

Vale dizer que a recorrente estuda na rede municipal de ensino, sua genitora trabalha como empregada doméstica e possui registro no Cadastro das Pessoas Físicas, e ambas residem na área urbana da cidade, não havendo nenhuma indicação de que se trata de indígenas em situação de alienação social.

Deve-se, portanto, interpretar sistematicamente a Constituição Federal com o artigo 7º da Lei n. 6.001/73, o Estatuto do Índio, que dispõe que "os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar".

No caso dos autos e sob a nova ótica constitucional de reconhecimento e valorização da diversidade étnica e cultural, com atribuição de capacidade civil para estar em juízo para àqueles que estão em pleno gozo de seus direitos, não vislumbramos a necessidade da representação da Fundação Nacional do Índio.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para tornar insubsistente a sentença *a quo*, e declarar a capacidade civil da parte autora, devolvendo os autos à instância de origem para que seja dado normal prosseguimento ao feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 11 de janeiro de 2011.

***

Terceira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2010.028724-9 - Capital
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – COMPENSAÇÃO DO ITCDM COM PRECATÓRIO VENCIDO – POSSIBILIDADE – ART. 100, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SEGURANÇA CONCEDIDA.

O indeferimento administrativo da compensação tributária referente a precatório já vencido com o Imposto de Transmissão *Causa Mortis* fere direito líquido e certo do impetrante/contribuinte, haja vista que tanto a norma constitucional, como a infraconstitucional preveem a possibilidade de compensação de créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 17 de janeiro de 2011.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Nelson Mendes Fontoura Júnior, Keylla de Carvalho Fontoura, Jolivete Souza Fontoura, Magna Trindade Nantes Fontoura, Nice Maria Souza Fontoura, Alexandre Souza Fontoura e Alessandra Souza Fontoura impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, em face do Secretário Estadual de Fazenda e do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega que são herdeiros do Espólio do Des. Nelson Mendes Fontoura, e, com entrada na abertura do inventário, foi calculado o ITCDM – Imposto de Transmissão *Causa Mortis* – no valor de R$ 156.177,05.

Sustenta que, diante das dificuldades de levantar essa soma de dinheiro, o impetrante Nelson Mendes Fontoura Júnior solicitou a compensação de um precatório judicial já vencido que possui no valor de R$ 277.574,94, com o pagamento do ITCDM, o que é perfeitamente possível, já que se trata do mesmo ente político.

Pondera que formulou pedido administrativo, no entanto foi indeferida a compensação, entendendo que fica ao seu critério deliberar, e que neste caso não havia interesse por parte dele, e como já houve o lançamento e homologação do imposto, poderá haver a inscrição em débito fiscal.

Afirma que a compensação tributária não é um ato discricionário do Secretário do Estado de Fazenda, mas, sim, vinculado à norma constitucional, tendo o contribuinte direito a compensar um precatório já vencido, com um imposto a pagar, não inscrito em dívida ativa.

Assevera que, antes do advento da EC n. 62/2009, o Estado de Mato Grosso do Sul já permitia a compensação, e, após a mencionada emenda, o Estado se manifestou novamente, por meio do Decreto n. 12.941/2010 e Resolução PGE/Estado de Mato Grosso do Sul/N n. 194/2010, pela possibilidade da compensação.

Acrescenta que estão presentes os requisitos da liminar, quais sejam, fumaça do bom direito e o *periculum in mora*.

Requer seja determinada, liminarmente, a imediata suspensão da exigibilidade do pagamento do ITCDM, bem assim de qualquer inscrição do mesmo em dívida ativa até o julgamento do mérito do presente mandado de segurança; e ao final, seja concedida a ordem, confirmando-se a liminar, para reconhecer o direito dos impetrantes de compensarem o valor do ITCDM no valor calculado e homologado pelo Estado em R$ 156.177,05 – cálculo feito em 2.8.2010, com o precatório já vencido desde 2009, de R$ 277.574,94 – valor atualizado até 29.11.2007 pertencente ao herdeiro e impetrante Nelson Mendes Fontoura Júnior; por fim, em sendo concedida a ordem, que seja comunicado o Vice-Presidente do TJMS, para que o Precatório Judicial n. 2007.034793-0 prossiga na diferença da compensação, devidamente corrigido e abatido, sem que saia da ordem cronológica de pagamento.

À f. 436, foi concedida a liminar para suspender a exigibilidade do ITCDM até o julgamento do mérito da segurança.

Desta decisão, o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs agravo regimental e, por unanimidade, a 3ª Seção Cível negou provimento ao recurso.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 442-56, pleiteando a denegação da segurança, em razão da legalidade do ato tido como coator.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança, para que seja feita a compensação dos débitos tributários do espólio de Nelson Mendes Fontoura, exigidos no Inventário n. 001.10.020872-0, com o crédito objeto de precatório que Nelson Mendes Fontoura Júnior, herdeiro naqueles autos, possui em face do Fisco Estadual (f. 461-72).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar impetrado por Nelson Mendes Fontoura Júnior, Keylla de Carvalho Fontoura, Jolivete Souza Fontoura, Magna Trindade Nantes Fontoura, Nice Maria Souza Fontoura, Alexandre Souza Fontoura e Alessandra Souza Fontoura, em face do Secretário Estadual de Fazenda e do Estado de Mato Grosso do Sul.

Pede seja determinada, liminarmente, a imediata suspensão da exigibilidade do pagamento do ITCDM, bem assim de qualquer inscrição do mesmo em dívida ativa até o julgamento do mérito do presente mandado de segurança; e ao final, seja concedida a ordem, confirmando-se a liminar, para reconhecer o direito dos impetrantes de compensarem o valor do ITCDM no valor calculado e homologado pelo Estado em R$ 156.177,05 – cálculo feito em 2.8.2010, com o precatório já vencido desde 2009, de R$ 277.574,94 – valor atualizado até 29.11.2007 pertencente ao herdeiro e impetrante Nelson Mendes Fontoura Júnior; por fim, em sendo concedida a ordem, que seja comunicado o Vice-Presidente do TJMS, para que o Precatório Judicial n. 2007.034793-0 prossiga na diferença da compensação, devidamente corrigido e abatido, sem que saia da ordem cronológica de pagamento.

À f. 436, foi concedida a liminar para suspender a exigibilidade do ITCDM até o julgamento do mérito da segurança.

Desta decisão, o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs agravo regimental e, por unanimidade, a 3ª Seção Cível negou provimento ao recurso.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 442-56, pleiteando a denegação da segurança, em razão da legalidade do ato tido como coator.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança, para que seja feita a compensação dos débitos tributários do espólio de Nelson Mendes Fontoura, exigidos no Inventário n. 001.10.020872-0, com o crédito objeto de precatório que Nelson Mendes Fontoura Júnior, herdeiro naqueles autos, possui em face do Fisco Estadual (f. 461-72).

É o relatório. Decido.

A segurança deve ser concedida.

Os impetrantes insurgem-se contra ato do Secretário de Estado de Fazenda que indeferiu administrativamente o pedido de compensação de um precatório judicial já vencido pertencente ao herdeiro e impetrante Nelson Mendes Fontoura Júnior no valor de R$ 277.574,94, com o pagamento do ITCDM no valor calculado e homologado pelo Estado em R$ 156.177,05.

Na presente hipótese, examinando-se os documentos dos autos, nota-se que, de fato, o impetrante Nelson Mendes Fontoura é credor do Estado de Mato Grosso do Sul referente ao Precatório de Requisição de Pagamento n. 2007.034793-0 vencido desde 2009.

Em contrapartida, é devedor solidário de ITCD *causa mortis* nos autos do Inventário 001.10.020872-0.

Pois bem. A compensação é modalidade de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, II, do Código Tributário Nacional. Mais adiante, os arts. 170 e 170-A preveem a possibilidade de compensação de créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, *in verbis*:

> Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. (Vide Decreto n. 7.212, de 2010)
>
> Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.
>
> Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Artigo incluído pela Lcp n. 104, de 10.1.2001).

Neste ponto, o Código Tributário Estadual em observância ao preconizado pelo Código Tributário Nacional, estabelece em seu art. 274, a possibilidade do Secretário de Estado, autorizar, mediante despacho fundamentado, a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Estadual, vejamos:

> Art. 274. O Secretário de Estado de Finanças, Orçamento e Planejamento pode, mediante despacho fundamentado, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Estadual. (Nota: dívida ativa - Lei n. 2.606, de 13 de janeiro de 2003).

> Parágrafo único. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de discussão judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Acrescentado pela Lei n. 3.477, de 20 de dezembro de 2007).

Ocorre que o art. 274 não confere poderes discricionários à Administração Pública, para, ao seu bel prazer, conceder ou não a compensação tributária, uma vez que as relações jurídicas tributárias são vinculadas, não dando azo ao administrador público qualquer discricionariedade, de maneira que à lei estadual cabe tão somente fixar os critérios para concessão da compensação.

E apesar da existência da Lei Estadual n. 2.606, de 13 de janeiro de 2003, que dispõe sobre a compensação de créditos inscritos em dívida ativa com créditos contra a Fazenda Pública, limitar em seu art. 2º a compensação de créditos inscritos em Dívida Ativa até o dia 31 de dezembro de 2003, entendo que não houve revogação do disposto no Código Tributário Estadual, visto que se trata de norma geral.

Não fosse isso, o § 9º do art. 100 da Constituição Federal não exige nenhuma regulamentação de norma estadual para que seja possível a compensação, *in verbis*:

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 62, de 2009).
>
> [...]
>
> § 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 62, de 2009). (grifo nosso)

Atentando-se ao texto da norma constitucional é possível aferir com clareza que independentemente de regulamentação, do valor constante do precatório, deverá ser compensado o valor correspondente aos débitos líquidos e certos do contribuinte em face da Fazenda, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

A respeito este Tribunal de Justiça já decidiu:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – COMPENSAÇÃO DE DÉBITO PROVENIENTE DE ICMS COM CRÉDITO ORIUNDO DE PRECATÓRIO – PRELIMINARES – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – PRETENSÃO JURISDICIONAL COM EFEITOS INDETERMINADOS - AFASTADAS – POSSIBILIDADE – ART. 214 DA LEI ESTADUAL N. 1.810/97 – PRERROGATIVA DO SECRETÁRIO ESTADUAL DE FINANÇAS, ORÇAMENTO E PLANEJAMENTO CONCEDER O BENEFÍCIO – DISCRICIONARIEDADE INADMISSÍVEL – EXTRAPOLAÇÃO DO CONTIDO NO ART. 170 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – DIREITO À COMPENSAÇÃO – DECORRÊNCIA DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – TESE PERFEITAMENTE ADMISSÍVEL, AINDA QUE INEXISTISSE LEI ESTADUAL REGENDO A MATÉRIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida.

Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credor tributário".

Não há falar em pretensão jurisdicional com efeitos indeterminados, pois quanto ao fato de estes serem futuros não há nenhum empecilho, pois são determinados, já que se limitam aos débitos com o ICMS decorrente da aquisição de mercadoria inerente à atividade empresarial da impetrante, compensação esta que será realizada mediante fiscalização da autoridade fazendária.

A discricionariedade conferida pelo art. 214 da Lei n. 1.810/97 do Estado de Mato Grosso do Sul ao Secretário Estadual de Finanças, Orçamento e Planejamento, de autorizar a compensação de créditos tributários, extrapola o contido no art. 170 do Código Tributário Nacional, já que cabe ao legislador estadual tão somente fixar os critérios à luz dos quais se há de reconhecer o direito vindicado.

Ainda que inexistisse lei estadual regendo a matéria, o direito à compensação decorre diretamente da Constituição Federal, independentemente da existência de lei infraconstitucional concessiva do ente credor.

Não se pode confundir pagamento espontâneo com compensação de crédito tributário, pois é ato vinculado do administrador e, assim sendo, não há margem para o poder público perquirir quanto à compensação ou não do crédito, sendo induvidoso que não há quebra da ordem cronológica.

É vedado ao Poder Judiciário autorizar compensação de crédito tributário, extrapolando forma prevista e exigida por Lei, porém na ausência de tais requisitos a atividade jurisdicional não encontra obstáculo algum, nos termos do que prescreve o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Segurança concedida. (MS n. 2010.021202-2, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ de 30.9.2010).

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – COMPENSAÇÃO DE DÉBITO PROVENIENTE DE IPVA COM CRÉDITO ORIUNDO DE PRECATÓRIO – DIREITO À COMPENSAÇÃO – DECORRÊNCIA DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA.

I- Estabelece o artigo 170, do Código Tributário Nacional, poder lei específica, nas condições e sob as garantias que estipular, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

II- A lei a que faz menção o artigo 170, supracitado, deve limitar-se a estabelecer as garantias e as condições para fazer-se a compensação, sob pena de atribuir à autoridade administrativa um poder discricionário, não previsto em lei federal.

III- O direito à compensação tributária decorre diretamente da Constituição Federal, de maneira que norma inferior não pode negar esse direito. (MS n. 2009.023379-2, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, DJ de 7.1.2010).

Portanto, incumbe a Lei Estadual, unicamente, estabelecer os critérios para a compensação tributária, para, posteriormente deliberar se o contribuinte preenche os requisitos, isto é, faz jus ou não a compensação.

Nesse jaez, o ato do Secretário Estadual de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul que indeferiu administrativamente o seu pedido de compensação do valor do ITCDM com o precatório já vencido desde 2009, fere direito líquido e certo do impetrante, passível de correção pelo presente *writ*.

Ante o exposto, concedo a segurança para determinar a compensação do valor do ITCDM devido nos autos do Inventário n. 001.10020872-0 no valor de R$ 156.177,05, com o Precatório Judicial n. 2007.034793-0, já vencido desde 2009, no valor de R$ 277.574,94, pertencente ao impetrante Nelson Mendes Fontoura Júnior.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Atapoã da Costa Feliz, João Maria Lós, Julizar Barbosa Trindade e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 17 de janeiro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Agravo n. 2010.030756-5 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO ACIDENTÁRIO – MOTORISTA DE ÔNIBUS – LESÃO NA COLUNA AO CARREGAR DEFICIENTE FÍSICO PARA O INTERIOR DO VEÍCULO – FATO QUE CONTRIBUIU PARA O AGRAVAMENTO DE SUA DOENÇA DEGENERATIVA – EQUIPARAÇÃO A ACIDENTE DE TRABALHO – RECURSO PROVIDO.

Equipara-se a acidente de trabalho quando verificado que há nexo de causalidade entre a doença degenerativa e as atividades desenvolvidas no local de trabalho.

Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho. (Súmula n. 15)

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 contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2011.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hamilton Moraes Vieira em face da decisão que determinou a remessa dos autos ao Juízo da Vara Federal nos autos da ação ordinária para concessão de aposentadoria por invalidez acidentária, ou alternativamente, pedida de auxílio acidentário que moveu em face do INSS – Instituto Nacional de Seguro Social.

Alega que sofreu acidente de trabalho quando no exercício de sua profissão de motorista de ônibus coletivo, carregava portadores de deficiência física no colo, nos pontos de ônibus, a mando de seu empregador.

Diz que a doença ocupacional restou comprovada tanto nos presentes autos como na reclamação trabalhista, dessa forma, se o agravante é vítima de acidente de trabalho, a competência para julgar os autos é da justiça comum.

Pondera que, apesar de a doença do autor ser degenerativa, foi agravada pelo acidente de trabalho, em face das condições de trabalho ao longo de quase 20 anos de relação de emprego, de forma que o benefício previdenciário devido é o acidentário e não o auxílio-doença.

Termina requerendo o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada que declinou a competência, para que reconheça que a doença é decorrente de acidente de trabalho, mantendo-se a competência da Justiça Comum.

O agravo foi recebido em seu regular efeito à f. 105.

Às f. 108-10, o INSS – Instituto Nacional de Seguro Social – pleiteou pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às f. 115-8 pelo não provimento do recurso, mantendo intacta a decisão proferida.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hamilton Moraes Vieira em face da decisão que determinou a remessa dos autos ao Juízo da Vara Federal nos autos da ação ordinária para concessão de aposentadoria por invalidez acidentária, ou alternativamente, pedida de auxílio acidentário que moveu em face do INSS – Instituto Nacional de Seguro Social.

Busca o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada que declinou a competência, para que reconheça que a doença é decorrente de acidente de trabalho, mantendo-se a competência da Justiça Comum.

O agravo foi recebido em seu regular efeito à f. 105.

Às f. 108-10 o INSS – Instituto Nacional de Seguro Social – pleiteou pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às f. 115-8 pelo não provimento do recurso, mantendo intacta a decisão proferida.

O recurso merece provimento.

Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 109, inciso I, que:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Observe-se que o dispositivo é muito claro ao excetuar as causas de acidentes de trabalho que serão de competência da Justiça Comum.

Para dirimir os conflitos de competência relacionados a casos dessa natureza, *ratione materiae*, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que há levar em consideração a causa de pedir e o pedido constante na peça inicial.

No presente caso, trata-se de ação de natureza acidentária, como se depreende pela peça inicial:

> 1. O requerente é motorista de ônibus urbano, trabalhando para a empresa Serrana Transporte Urbano Ltda;

> 1.a No dia dos fatos o autor sofreu acidente de trabalho na coluna, quando colocou um deficiente físico dentro do ônibus no colo, eis que o ônibus coletivo conduzido pelo autor não tinha elevador para ingresso de deficientes físicos no ônibus, cabendo ao autor enquanto motorista, ingressar os deficientes físicos no colo.
>
> 1.b Assim, no dia 1.6.2003, ao subir no ônibus com um portador de deficiência física no colo, fraturou a coluna, sentindo fortes dores na coluna, que lhe dificultou os movimentos e lhe trouxe seqüelas irreversíveis.
>
> 2. Diante do acidente sofrido e sem ter condições de continuar trabalhando o autor comunicou o ocorrido para sua empregadora mediante testemunhas, mas essa recusou-se a emitir o CAT, que foi emitido por ele próprio, sendo que o CAT não foi reconhecido pelo INSS, sob alegação ilegal de que deveria ter sido emitido pela empregadora, o que é ilegal uma vez que na omissão do empregador, a Lei permite que o segurado emita o CAT.

Vejamos o que estabelecem os artigos 19, 20 e 21 da Lei n. 8.213/91:

> Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.
>
> [...]
>
> Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:
>
> I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;
>
> II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.
>
> [...]
>
> Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:
>
> I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; (grifo nosso)
>
> [...]

Ademais, cabe ressaltar que a perícia judicial realizada às f. 49-59 atestou que o agravante é portador da Síndrome Cérvico-braquial direita, com características de se tratar de sequelas de lesões degenerativas de coluna cervical, que podem ter tido origem ou terem sido agravadas pelo traumatismo descrito pelo periciado.

Como visto, em nenhum momento o perito afirmou que a doença é anterior ao evento que culminou na incapacidade definitiva para o exercício de sua atividade laboral de motorista profissional, ou que a enfermidade não é relacionada com as suas atividades profissionais.

Ademais, foi realizada perícia técnica na ação trabalhista (n. 1566/2008-004-24-00-9), conforme se vê da sentença juntada aos autos às f. 86-103, e nela, o *expert* é conclusivo quanto ao nexo de concausalidade, entre a colunopatia (doença degenerativa) e as atividades desenvolvidas no seu local de trabalho.

Ora, não podemos olvidar que o agravante trabalhou por mais de 10 anos como motorista de ônibus para a Serrana Transportes Urbanos Ltda., carregando no colo os deficientes físicos para dentro do ônibus.

Logo, como a doença degenerativa do agravante recebeu como contributo, um agravante no regular desempenho de seu trabalho equipara-se a acidente de trabalho, nos exatos termos do art. art. 21 da Lei n. 8.213/91.

Incide no caso, então, o entendimento da Súmula n. 501 do STF e Súmula 15 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

> Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista. (Súmula n. 501).
>
> Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho (Súmula 15).

Aliás, este é o entendimento jurisprudencial, *in verbis*:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ENTRE JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. PREVIDENCIÁRIO. PRETENSÃO QUE VISA À CONCESSÃO DE BENEFÍCIO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. APLICAÇÃO DO ARTIGO 109, I, DA CF. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 15 DA SÚMULA DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.
>
> 1 - Nas demandas que objetivam a concessão de benefício em decorrência de acidente de trabalho, a competência será determinada com base no pedido e causa de pedir.
>
> 2 - Caso a pretensão inicial vise à concessão de benefício que tenha como causa de pedir a existência de moléstia decorrente de acidente de trabalho, caberá à Justiça Comum Estadual, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, instruir o feito e julgar o mérito da demanda, ainda que, ao final, a julgue improcedente.
>
> 3 - Não cabe ao magistrado, de plano, se valer das conclusões a que chegou a perícia do INSS - que negou administrativamente a existência do acidente de trabalho - para declinar a competência, pois somente após realizada toda a instrução - com a produção de prova pericial, se necessário for - haverá lastro suficiente para que a decisão respeite o comando do artigo 93, IX, da Constituição Federal.
>
> 4 - Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum Estadual. (STJ, CC n. 107.468/BA, Terceira Seção, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 14.10.2009, DJ de 22.10.2009).

Dessa forma, a competência para processar e julgar a presente ação é da Justiça Comum, consoante determina o artigo 109, I, da Constituição Federal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e manter a competência desta Justiça Comum para processar e julgar o feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 25 de janeiro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.029685-3 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – IMÓVEL OBJETO DE CONTRATO DE GAVETA – SENTENÇA QUE CORRETAMENTE RECONHECEU A POSSE JUSTA DO APELADO, ACOLHENDO A EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO FORMULADO EM DEFESA – PEDIDO REIVINDICATÓRIO JULGADO IMPROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em afronta ao princípio da dialeticidade quando os apelantes, ainda que com argumentos improcedentes, combatem o fundamento da sentença.

O fato de os apelantes terem adquirido a propriedade do imóvel em processo de inventário não impede que o réu venha alegar a exceção de usucapião na contestação da ação reivindicatória. Contrariamente ao pensamento dos autores-apelantes, a sentença homologatória de partilha proferida em inventário não faz coisa julgada contra o terceiro possuidor que não participou daquele feito de ordem sucessória.

Demonstrado que o réu está na posse do imóvel por mais de vinte anos, por força de contrato de gaveta celebrado com os genitores dos apelantes, tendo efetuado o pagamento das prestações contratadas, revela-se justa a posse exercida sobre o imóvel, bem como correto o reconhecimento da exceção de usucapião, com a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação reivindicatória.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 17 de março de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Rodrigo França Chaves e Priscilla França Chaves apelam da sentença que julgou improcedente o pedido que formularam na ação reivindicatória que ajuizaram em desvalor de Genésio Liria Corrêa.

Em suas razões recursais, os apelantes alegam que o julgador de primeiro grau, ao reconhecer a usucapião alegada na contestação pelo réu apelado, desrespeitou a coisa julgada porque ignorou sentença proferida no inventário, que reconheceu terem os apelantes o direito a propriedade sobre o imóvel.

Ressaltam que a sentença merece ser reformada, haja vista que *"a quitação dos 50% restante do imóvel, só veio a ocorrer em virtude do falecimento do Sr. Luiz Carlos, então genitor dos apelantes, que na época dos fatos eram menores impúberes. Assim sendo, é evidente que o apelado se fez beneficiado com a quitação do imóvel e a sua isenção de pagamento das parcelas do financiamento existente, por conta de um direito pessoal e intransferível de seguro de vida em nome do Sr. Luíz Carlos, genitor dos apelantes, algo que, se assim não fosse, o apelado jamais o teria"* (f. 403), ressaltando que *"o locupletamento ilícito e o enriquecimento sem causa são circunstâncias repelidas de forma contundente tanto pelo direito como pela moral"* (f.403).

Concluem, então, que a posse exercida pelo réu apelado é injusta, pedindo, ao final, o provimento do recurso, a fim de ser julgado procedente o pedido formulado na ação reivindicatória.

O recurso foi respondido às f. 434-6, pedindo o apelado, em preliminar, que o recurso não seja conhecido por falta de dialeticidade e, no mérito, bate-se pela manutenção da sentença recorrida.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Antes de examinar a preliminar de não conhecimento do recurso por falta de dialeticidade, reputo oportuno fazer uma breve retrospectiva dos fatos para a boa compreensão da questão posta em julgamento.

O caso vertente tem por origem ação reivindicatória ajuizada pelos autores apelantes, que argumentaram na inicial ser proprietários do lote de n. 17 da quadra 7, do loteamento denominado Vila Bandeirantes, localizado nesta capital, em decorrência da sucessão de seu genitor, Luiz Carlos Ribeira Chaves, consoante formal de partilha extraído dos autos de Inventário n. 90.002.001842-8, perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Niterói-Rio de Janeiro.

Extrai-se da leitura da petição inicial, que os autores narraram ser injusta a posse exercida pelo réu no imóvel objeto da ação reivindicatória, haja vista *"que o requerido foi devidamente intimado para comparecer nos autos da ação de inventário proposta que culminou com a transferência da propriedade do aludido imóvel para os autores, sem qualquer manifestação, precluindo assim seu direito de argumentação"* (f. 7).

Ao apresentar a contestação, o apelado alegou que a posse exercida sobre o imóvel é justa, na medida em que adquiriu o bem do genitor dos autores no ano de 1996, via contrato de gaveta, suscitando, assim, a exceção de usucapião.

O juiz *a quo* julgou improcedente o pedido porque entendeu que não restou comprovada a injustiça da posse do réu, acolhendo, assim, a exceção de usucapião arguida em contestação. Ponderou o magistrado que:

> Conclui-se, então, que a **posse** mansa e justa do Requerido sobre o imóvel **por mais de 20 anos** restou demonstrada, bem como o fato de que, em verdade, **adquiriu o bem através de justo título** (contrato de compra e venda). Assim, possível a aquisição da propriedade pela via do usucapião (f. 393, g.n.).

Contra esta sentença os autores ingressaram com o presente recurso de apelação. Dizem eles que o julgador de primeiro grau, ao reconhecer a usucapião alegada na contestação pelo réu, desrespeitou a coisa julgada, porque ignorou sentença proferida no inventário, que reconheceu terem os apelantes o direito à propriedade sobre o imóvel.

Alegam ainda que a sentença merece reforma, haja vista que *"a quitação dos 50% restante do imóvel, só veio a ocorrer em virtude do falecimento do Sr. Luiz Carlos, então genitor dos apelantes, que na época dos fatos eram menores impúberes. Assim sendo, é evidente que o apelado se fez beneficiado com a quitação do imóvel e a sua isenção de pagamento das parcelas do financiamento existente, por conta de um direito pessoal e intransferível de seguro de vida em nome do Sr. Luíz Carlos, genitor dos apelantes, algo que, se assim não fosse, o apelado jamais o teria"* (f. 403), ressaltando que *"o locupletamento ilícito e o enriquecimento sem causa são circunstâncias repelidas de forma contundente tanto pelo direito como pela moral"* (f. 403).

Concluem, então, que a posse exercida pelo réu apelado é injusta, pedindo o provimento do recurso, a fim de ser julgado procedente o pedido formulado na ação reivindicatória.

Feita esta retrospectiva, passo ao exame do recurso.

1. Da preliminar de não conhecimento do recurso por falta de dialeticidade

O réu apelado diz que o recurso não deve ser conhecido porque os autores não combateram o único fundamento da sentença recorrida, qual seja, a improcedência do pedido formulado na inicial em razão de o réu ter direito à usucapião sobre o imóvel objeto da ação reivindicatória.

A preliminar deve ser rejeitada porque os autores alegaram que o direito à usucapião não poderia ter sido reconhecido em razão de suposta afronta à coisa julgada, isto é, afronta à decisão judicial transitada em julgada, proferida em processo de inventário, em que foi reconhecido terem os apelantes o direito de propriedade sobre o imóvel.

Logo, acabou ocorrendo o combate à sentença, devendo a alegação de suposta coisa julgada ser examina no mérito, motivo pelo qual rejeito a preliminar, conhecendo do recurso.

2. Mérito

Da suposta afronta à coisa julgada

Argumentam os apelantes que de fato o progenitor falecido vendera para o apelado o imóvel objeto da ação reivindicatória, através de contrato de gaveta, mas que teria sido o adquirente beneficiado com o seguro do financiamento, que o levou à quitação da hipoteca, como se vê da Matrícula Imobiliária n. 10.022, Averbações n. 5, 6 e 7 (f. 14). Assim, se o seguro pagou o financiamento, haveria enriquecimento sem causa por parte do apelado, a prevalecer os termos da sentença.

Dizem que a sentença afrontou a coisa julgada porque, no curso do Inventário n. 90.002.001842-8, do espólio de Luiz Carlos Ribeira Chaves, que tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de Niterói-RJ, o réu-apelado havia sido intimado pelo juízo do inventário "*para que apresentasse suas devidas argumentações de fato e de direito, tendo quedado-se inerte*" (*sic*, f. 409). Essa teria sido a participação do réu apelado, no referido inventário.

No caso dos autos, não há falar em coisa julgada: primeiro, porque o réu-apelado não figurou como parte do referido inventário; segundo, porque está claro na sentença homologatória da partilha de ter o juízo homologado o pacto, mas "*ressalvados direitos de terceiros*" (f. 230); terceiro, porque no inventário não houve nenhuma discussão quanto a posse sobre o bem imóvel; e quarto, porque o fato de os autores terem obtido um título de domínio expedido do inventário não impede que o réu alegue, em defesa, a referida exceção, consoante a Súmula n. 237, que dispõe: *"O usucapião pode ser arguido em defesa"*.

Assim, não há falar em coisa julgada decorrente da sentença homologatória da partilha, que possa inviabilizar a pretensão da exceção de usucapião suscitada na resposta à ação reivindicatória, já que a mencionada sentença homologatória em nenhum momento se referiu à posse sobre o bem nem teve o condão de atingir terceiro, não parte na relação jurídico-processual do inventário.

Da alegada posse injusta do apelado

Reputo correta a sentença, que reconheceu a exceção de usucapião em favor do réu apelado, por ter este exercido a posse sobre o bem de longa data e munido de justo título, numa inequívoca presunção de domínio.

Bem lembrou o juízo *a quo* de que o caso não poderia comportar a discussão acerca de um possível enriquecimento sem causa do réu apelado. Também penso que, caso quisessem os apelantes discutir o contrato celebrado com o apelado, de modo a coibir o chamado enriquecimento sem causa, deveriam tê-lo feito numa ação de conhecimento justamente para discutir possível indenização, possível reparação, por força do descumprimento ou não da avença, mormente para discutir quem se beneficiaria pela indenização que quitou o financiamento: se os promitentes vendedores ou se o promitente comprador.

Ainda que fosse esse tema de fundamental importância no caso versando, também compartilho do entendimento, pela teoria do risco, de que o beneficiário da indenização do seguro que levou à quitação do contrato seria justamente o comprador, que ficou responsável pelo pagamento do remanescente do financiamento, como bem lembrou a ilustre Procuradora de Justiça, em seu parecer, quando ressaltou:

> Nesse passo, como a apelado ficou responsável pelo pagamento das parcelas do imóvel, a partir da contratação supramencionada (datada de 25.9.1986), é de se ver que também arcou com as parcelas do seguro, não sendo plausível qualquer alegação atinente à possibilidade de eventual benefício advindo desse seguro ser devido ao genitor dos apelantes – mesmo porque não se trata de seguro de vida – haja vista que "sobrevindo a morte do mutuário-promitente vendedor, os respectivos efeitos prevalecem sobre o negócio oficial (mútuo hipotecário e seguro), sob pena de enriquecimento sem causa, porque a morte do mutuário/promitente vendedor só teve o efeito de quitar o saldo devedor do mútuo hipotecário, porque o prêmio de seguro foi pago pelo promitente comprador (STJ, REsp n. 119466/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 4.5.2000). (parecer às f. 443).

Na presente ação, a partir da exceção de usucapião ofertada em defesa, o que se discute é a existência ou não de POSSE mansa, pacífica e ininterrupta, inclusive com justo título, a gerar usucapião.

No caso dos autos, o imóvel objeto da ação reivindicatória foi objeto de *"Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Imóvel Financiado"* (f. 269-71), pacto popularmente conhecido como *"contrato de gaveta"*, lavrado em data de 25.9.1986, cuja cláusula segunda contém os seguintes dizeres:

> Os Cedentes por terem o imóvel acima determinado e hipotecado ao Agente Financeiro já mencionado, cedem, através do presente ao cessionário, como de fato cedido e transferido tem, os direitos relativos à transferência do imóvel já determinado e especificado na cláusula primeira deste, pelo valor certo e ajustado de CR$ 570.000,00 (quinhentos e setenta mil cruzados), valor este correspondente ás parcelas aqui pagas pelo ora Cedentes, obrigando-se, de ora em diante os cessionários assumirem a dívida de 127 (cento e vinte e sete parcelas) mensais junto ao BRADESCO S/A crédito Imobiliário, liquidando-as nos respectivos vencimentos, bem como, a assumirem, de ora em diante, os respectivos ônus de reajustes que porventura ocorram. (f. 270).

Referido contrato de gaveta foi pactuado no ano de 1996, figurando como contratantes os genitores dos autores apelantes e o réu ora apelado.

Dito isto, não procede à alegação dos apelantes de que o apelado *"beneficiou-se com a quitação do financiamento existente sobre o imóvel, em virtude do falecimento do genitor dos apelantes, inexistindo, portanto, justo título"* (f. 422), haja vista que o prêmio do seguro habitacional foi pago pelo apelado.

Logo, não sendo a posse do apelado injusta, a improcedência do pedido formulado na ação reivindicatória deve ser mantida, motivo pelo qual, acompanhando o parecer ministerial, nego provimento ao recurso.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso e, com o parecer, 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. DECISÃO COM O PARECER.

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, 17 de março de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.031422-3 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – IMPOSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DA CNH – AUTOR PORTADOR DE DISCROMATOPSIA (DALTONISMO) – CONSTATAÇÃO ATRAVÉS DE JUNTA MÉDICA DO ÓRGÃO DE TRÂNSITO E CONFIRMADA POR PERÍCIA JUDICIAL – ART. 147, I, § 2º, DO CTB – RESOLUÇÃO N. 267/08 DO CONTRAN – RECURSO IMPROVIDO.

Constatado pela junta médica do órgão de trânsito estadual e confirmado por perícia judicial, que o autor é portador de discromatopsia (daltonismo), sendo incapaz de diferenciar as cores verde e vermelho, conclui-se pela sua inaptidão para renovar a Carteira Nacional de Habilitação - CNH - (Lei n. 9.503/97), nos termos do artigo 147, inciso I, § 2º, do CTB e Resolução n. 267/08 do Contran.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Luiz Carlos Trivellato interpõe recurso de apelação contra a sentença do Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito de MS – Detran –, julgou improcedente o pedido contido na inicial, afastando a possibilidade do apelante de renovar a sua CNH em razão ser portador de discromatopsia.

O apelante, em suas razões (f. 242-61), alega que teve a sua CNH cassada por ser considerado inapto diante das diretrizes traçadas na Resolução n. 008/1996 do CETRAN.

Sustenta que preenche todos os requisitos estabelecidos no Código de Trânsito Brasileiro para a obtenção e renovação da Carteira Nacional de Habilitação, que entrou em vigor após a edição da referida Resolução.

Afirma que renovou a sua CNH no Estado de São Paulo até o ano de 2008, sendo declarado apto em todos os exames médicos realizados/solicitados pela nova legislação.

Aduz que foi impedido de renovar a sua CNH sob a alegação de que havia sido cassado o seu direito de dirigir pelo Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento na citada resolução.

Argumenta que a sua deficiência não o impede de dirigir, sendo que possuía CNH categoria "D" há quarenta anos e jamais se envolveu em qualquer acidente grave, motivo pelo qual não pode o apelado obstar o seu direito de dirigir.

Relata que "*está sendo privado do seu direito de dirigir face a uma decisão amparada em um exame médico realizado há 14 anos, sendo que em data muito mais recente, 18 de novembro de 2008, o apelante foi considerado apto a dirigir*." (f. 253).

O apelado, devidamente intimado (f. 263), não apresentou contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Luiz Carlos Trivellato contra a sentença do Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito de MS – Detran –, julgou improcedente o pedido contido na inicial, afastando a possibilidade do apelante de renovar a sua CNH em razão ser portador de discromatopsia.

Conforme relatado, o apelante alega que teve a sua CNH cassada por ser considerado inapto diante das diretrizes traçadas na Resolução n. 008/1996 do Cetran.

Sustenta que preenche todos os requisitos estabelecidos no Código de Trânsito Brasileiro para a obtenção e renovação da Carteira Nacional de Habilitação, que entrou em vigor após a edição da referida Resolução.

Afirma que renovou a sua CNH no Estado de São Paulo até o ano de 2008, sendo declarado apto em todos os exames médicos realizados/solicitados pela nova legislação.

Aduz que foi impedido de renovar a sua CNH sob a alegação de que havia sido cassado o seu direito de dirigir pelo Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento na citada resolução.

Argumenta que a sua deficiência não o impede de dirigir, sendo que possuiu CNH categoria "D" por quarenta anos e jamais se envolveu em qualquer acidente grave, motivo pelo qual não pode o apelado obstar o seu direito de dirigir.

Relata que "*está sendo privado do seu direito de dirigir face a uma decisão amparada em um exame médico realizado há 14 anos, sendo que em data muito mais recente, 18 de novembro de 2008, o apelante foi considerado apto a dirigir*." (f. 253).

Antes de adentrar no mérito da discussão, qual seja, se o portador de discromatopsia possui o direito de dirigir, imperiosa uma retrospectiva dos fatos com o intuito de esclarecer a afirmação do apelante de que a decisão foi amparada em exame médico realizado há 14 anos.

O apelante foi considerado pelo Detran-MS inapto definitivamente para dirigir veículos automotores em qualquer categoria, conforme laudo da junta médica de f. 51 datada de 2 de agosto de 1995.

Em 23 de julho de 1996, ao arrepio da legislação de trânsito e sem qualquer fundamentação, o Diretor-Geral do Detran de Mato Grosso do Sul autorizou o desbloqueio da CNH do apelante e a emissão da cópia do prontuário para a cidade de Araçatuba-SP (f. 70). Com isso, o recorrente foi examinado pelo médico do

Detran-SP, que não se atentou às determinações do Conselho Nacional de Trânsito e lhe concedeu novamente o direito de dirigir.

No entanto, ao constatar tal irregularidade, o Cetran-MS informou ao Contran que o apelante foi considerado inapto definitivamente pela junta médica do Detran-MS e em grau de recurso pela junta médica do conselho, por ser portador de discromatopsia, solicitando, novamente, o bloqueio da CNH do recorrente (f. 75).

Percebe-se que o apelante continuou, durante todo esse tempo, com a posse de sua carteira de habilitação, de forma irregular, em razão de o Detran-MS não ter conseguido recolhê-la, inclusive pela recusa de entrega voluntária.

Feita essa digressão, passo ao exame da seguinte indagação: deve ser concedido ao apelante, portador de discromatopsia, o direito de renovar a sua carteira nacional de habilitação?

Entendo que não e explico o porquê.

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) dispõe em seu artigo 147, inciso I, § 2º, que o candidato à renovação da carteira de habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo Detran, na seguinte ordem:

> I – de aptidão física e mental;
>
> § 2º - O exame de aptidão física e mental será preliminar e renovável a cada 5 (cinco) anos, ou a cada 3 (três) anos para condutores com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado.

Para a aprovação nesses exames o Conselho Nacional de Trânsito (Contran), editou a Resolução n. 51/98, modificada pela Resolução n. 80/98, que por sua vez foi revogada pela Resolução n. 267/08, que estabelece como quesito da avaliação oftalmológica a visão cromática, com a seguinte redação:

> ANEXO II
>
> AVALIAÇÃO OFTALMOLÓGICA
>
> [...]
>
> 3. Teste de visão cromática:
>
> 3.1. Candidatos à direção de veículos devem ser capazes de identificar as cores verde, amarela e vermelha.

No caso versando, ficou constatado pela junta médica do Detran-MS, que o apelante é portador da patologia denominada discromatopsia, conhecida também por daltonismo, não sendo capaz de identificar *"as cores básicas do trânsito em teste de lanternas luminosas, devendo ser considerado inapto definitivamente para dirigir veículos automotores em qualquer categoria."* (f. 51).

Ainda, a perícia judicial realizada às f. 173-4, também concluiu que o apelante é portador da referida patologia e não possui capacidade de diferenciar as cores vermelho e verde. Veja-se o resultado da perícia técnica feita em juízo:

1. O requerente apresente algum tipo de deficiência visual?

Sim.

2. Qual seria a deficiência?

O requerente é portador de Discromatopsia, que é a deficiência de diferenciação de cores.

Observação: As pessoas são classificadas quanta a percepção em: monocromatas ou acromatas (indivíduos que não percebem cor nenhuma); ou dicromatas (indivíduos que possuem dificuldade para diferenciação de cores verde-vermelho).

3. Há a identificação de cores? Sendo negativa a resposta anterior, quais as cores que há dificuldade na percepção?

Segundo a Tabela de Ishihara, existe uma dificuldade de diferenciação e percepção de cores vermelho e verde pelo requerente.

4. Verificar se a informação expressa por cores pode ser também percebida sem o uso de cores?

Não. Sendo o requerente dicromata, **ele possui dificuldade de diferenciar as cores vermelho e verde**, conforme resultado obtido após a aplicação da Tabela de Ishihara.

5. Obedecendo a legislação que dispõe sobre a sinalização, o requerente possui capacidade de entendê-las:

Idem **resposta 4**.

Diante do resultado da perícia médica e da legislação em vigor, imperioso concluir que o apelante não pode ser habilitado à condução de veículos automotores.

Em caso semelhante, este Tribunal assim se manifestou:

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA – RENOVAÇÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PORTADOR DE ANOMALIA DENOMINADA DISCROMATOPSIA – DALTONISMO – DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS – VIABILIDADE – RECURSO DA PARTE NÃO PROVIDO – RECURSO DO DETRAN PROVIDO.

A Administração Pública pode negar-se a conceder a renovação da Carteira Nacional de Habilitação se, após a avaliação oftalmológica prevista no inciso I do art. 147 e em seu § 2º da Lei n. 9.307/97, restar demonstrado que o motorista sofre de anomalia visual denominada daltonismo.

É cabível a fixação dos honorários advocatícios, não obstante seja o autor beneficiário da assistência judiciária. (TJMS, AC n. 2008.026703-7, Primeira Turma, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 10.3.2009).

Sendo assim, deve ser mantida a sentença que negou ao apelante o direito à renovação da Carteira Nacional de Habilitação.

Conclusão

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. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.038847-9 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO NA POSSE – BEM INTEGRADO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO ATRAVÉS DE ARREMATAÇÃO – CARTA REGISTRADA À MARGEM DA MATRÍCULA – AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA POSSE – POSSIBILIDADE DE IMISSÃO NA PRÓPRIA EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – RECURSO IMPROVIDO.

Não existindo comprovação de que o ente público, ao arrematar imóvel em execução fiscal tenha, nos próprios autos de execução, se louvado de mandado de imissão na posse, inevitável é a extinção do processo sem resolução de mérito por inadequação via eleita. Afinal, a ação de reintegração na posse só é possível àquele que demonstrar posse anterior sobre o bem, cuja posse teria sido objeto de esbulho, o que não foi demonstrado nos autos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Inconformado com a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, ante o reconhecimento de carência de ação (falta de interesse processual) na ação de reintegração na posse que intentou em desfavor de Noice Silva de Souza, o Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação.

Sustenta ser proprietário do imóvel objeto do litígio, adquirido por arrematação em processo de execução fiscal e que se utiliza da ação possessória para obtê-la coercitivamente em razão da apelada, embora notificada, ter se negado a fazê-lo voluntariamente.

Diz que a recalcitrância da apelada caracteriza esbulho impedindo-o de "*exercer a posse direta, já que está sendo indevidamente mantida pela Requerida, para transmitir ao arrematante sem ônus sobre a coisa pública, sendo necessário para isso a concessão da liminar, a gim de que deixe o imóvel que ocupa indevidamente a partir da notificação – termo que caracteriza o esbulho, estando aí satisfeitos requisitos legais à sua concessão (art. 927 e inciso I a IV do CPC)*" (f. 75).

Menciona óbice ao deleite dos direitos inerentes à propriedade (art. 1.228, CC), sendo imprescindível a procedência da reintegratória, mesmo porque em relação a bem público "*não há previsão constitucional para usucapião (artigo 183, § 3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal)* (f. 83).

Prequestiona os artigos 3º, 282, IV, 285-A, 286, 333, I, 515 e segs., 926, 927 e incisos I a IV, 928, todos do CPC; 102, 481, 1.196 e segs. e 1228 do Código Civil; 5º, XXXV, 83, § 3º e parágrafo único, do art. 191 da Constituição Federal e requer ao final a reforma do *decisum*, concedendo liminar reintegratória com fixação de multa pecuniária diária e a citação da apelada para responder aos termos da ação ou mesmo a anulação dado o preenchimento das condições da ação.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

As razões de recurso, embora extensa, não trazem argumentos convincentes para que o órgão *ad quem* anule ou reforme a sentença proferida pelo juiz de direito da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Capital.

Não é o caso de se anular a sentença por estar carente de formalidade ou solenidade de ordem intrínseca ou extrínseca essencial, ou dotada de vício por erro ou preterição de forma, de normas essenciais que a invalide ou a torne inoperante.

Também não é o caso de reformá-la, porque, assim como o magistrado singular, tenho que o apelante adotou a via processual inadequada para apossar-se do imóvel cujo domínio foi adquirido na arrematação.

A essa altura, fico a perguntar: por que a Fazenda Pública, logo após a arrematação do bem imóvel, não solicitou ao juízo da execução a expedição do mandado de imissão na posse?

Olvidou-se o apelante de trazer aos autos meio de comprovar o exercício da posse, cujo feito poderia ter sido alcançado no processo da execução fiscal, por ser corolário da arrematação e providência ultimada concomitantemente, evitando com tal procedimento a propositura de nova ação pelo adquirente e pô-lo em pleno gozo dos direitos advindos do domínio.

Neste sentido, veja-se precedente do pretório Superior:

> PROCESSUAL CIVIL. ARREMATAÇÃO. ENTREGA DOS BENS ARREMATADOS. DESNECESSIDADE DE AÇÃO POSSESSORIA. I - ASSISTE AO ARREMATANTE O DIREITO DE IMITIR-SE NA POSSE DO BEM ARREMATADO OU ADJUDICADO, INDEPENDENTEMENTE DA PROPOSITURA DA AÇÃO POSSESSORIA, NO MESMO PROCESSO DE EXECUÇÃO.[1]
>
> O ARREMATANTE PODE OBTER DO JUIZO MANDADO DE IMISSÃO NA POSSE DO IMOVEL ARREMATADO, INDEPENDENTEMENTE DE OUTRAS PROVIDENCIAS. [2]
>
> Ao adquirente do imóvel arrematado em execução não se exige a propositura de nova ação para imitir-se na posse do bem, podendo fazê-lo nos autos do processo executivo por meio de mandado judicial. Precedentes. [3]

Não comprovando o apelante a obtenção da posse do imóvel arrematado, evidentemente que terá de buscá-la em ação própria e não pela via da possessória como fez. Não resta dúvida de que, não obtido o mandado de imissão na posse na Execução, agora só através da ação de imissão na posse, salvo se ainda for

1 STJMS n. 1706 / RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, julgado em 24.11.1993.
2 STJ, REsp n. 116798 / GO, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 15.4.1997.
3 STJ, REsp n. 742303 / MG, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 30.5.2006.

possível a expedição do mandado no feito executivo. No entanto, como a apelada não fez parte da execução, melhor a ação de imissão na posse.

A ação reintegratória ajuizada pelo apelante, como dito pelo sentenciante, tem "*escopo* de *(re)-integrar o autor na posse, ressalta evidente que, para manejá-la, é indispensável que, em algum momento, ele tenha efetivamente exercido a posse que deseja recuperar*... por ser *da natureza da ação reintegratória a existência de esbulho, que só pode ter sido sofrido pelo ex-possuidor*" (f. 62).

A notificação feita à apelada em 27.10.2009 não tem o condão de caracterizar o esbulho, por ser situação jurídica relacionada à posse, não ao domínio. O mesmo já não ocorreria caso o apelante tivesse sido imitido na posse concomitante à expedição da carta de arrematação.

A aquisição de titularidade não leva ao exercício da posse sem que em algum momento tenha esta sido concretizada, salvo se a apelada tivesse sido admitida na lide como terceiro, o que também não ocorreu.

Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme A. Bondioli fazem as seguintes anotações ao artigo 703 do CPC, *in verbis:*

> Uma vez ultimada a execução, com arrematação do bem penhorado, e expedida a correspondente carta, **cabível se mostra a imisão na posse do bem arrematado**, ainda que pendente apelação, recebida no efeito devolutivo, da sentença que julgou improcedentes os embargos à arrematação (Le-JTA 161/309).
>
> O adquirente, em hasta pública, de bem que se encontra em poder do executado, como depositário **será imitido na respectiva posse mediante simples mandado**, nos próprios autos da execução, desnecessária a propositura de outra ação. O possuidor do bem penhorado passa a depositário, atuando como auxiliar do juízo, e cujas determinações haverá de obedecer incontinenti. (RSTJ 73/407).
>
> Ao adquirente do imóvel arrematado em execução não se exige a propositura de nova ação para imitir-se na posse do bem, podendo fazê-lo nos autos, do processo executivo por meio de mandado judicial! (STJ, REsp n. 742.303, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., julgado em 30.5.2003, DJU de 26.6.2006). No mesmo sentido RSTJ 28/211, 42/171, 58/159, 99/294; RT 537/106, 549/130, 580/120, maioria, 599/105, 652/142, 676/110, 761/345, JTA 73/152, 78/86, 106/26, RJTAMG 29/128. Não tem necessidade, assim, de mover qualquer contra o depositário judicial, público ou particular, ou contra o executado que estiver na posse da coisa adjudicada ou arrematada. **Mas, para haver a coisa de terceiro que não tenha sido parte na execução ou não esteja sujeito aos ses efeitos (arts. 592, 42, 43 e 219-*caput*), terá de mover-lhe ação** (nesse sentido, RT 630/117, JTA 100/172, Bol. AASP 1.829/13).[4]

Pondere-se que o *decisum* não ofende aos artigos 3º, inc. IV, do art. 282, 285-A, 333 I, 515 e seguintes, 926 e 928, 928, I a IV, do Código de Processo Civil, como alegado pelo apelante.

Em relação ao interesse processual porque não há comprovação nos autos de que tenha o apelante sido imitido na posse outrora, nos autos de execução. Não o sendo, deverá fazê-lo pela via própria, tanto mais quando a apelada não integrou a execução.

Como reconhece o apelante a prova cabe ao autor (inc. I do art. 333, CPC) e desta não se desincumbiu como lhe competia.

4 NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto F. e BONDIOLI, Luis Guilherme A. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor.** 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 722-823.

Por via de consequência, não há dano aos artigos pertinentes às ações possessórias cuja articulação é legitima por quem tem ou adquiriu a posse, quer direta, quer indireta, afastando hipótese de concessão de liminar em razão da falta desse requisito (posse anterior).

Não passa despercebida a impossibilidade de usucapião de bens públicos (arts. 102, § 3º, do art. 183 e parágrafo único do art. 192 da CF). Não é esta matéria a motivação para a ação possessória. No entanto, ainda que tenha o Poder Público incorporado a seu patrimônio o imóvel em questão ao arrematá-lo, é detentor apenas do domínio, sem ter, no entanto, até a presente data, a condição de possuidor, e se a tem, não fez a prova que lhe competia.

Sem a posse, ainda que dotado de justo título, não há falar em interesse processual para o exercício do direito possessório. Não basta ser proprietário ou titular de outro direito real. Se somente tem o direito, mas não a posse correspondente, o agente terá de valer-se da via petitória, não da possessória.[5]

Ademais, o próprio apelante reconhece que a reintegração de posse se dá nos casos em que o proprietário ou possuidor foi despojado de seu imóvel em virtude de ato violento (invasão armada), clandestino (invasão de forma furtiva ou eivado de vício de precariedade (abuso de confiança ou com apropriação indébita da posse) (f. 77). Por via de consequência, não tendo o apelante provado que tenha, após a arrematação, sido investido na posse do imóvel em questão, não há falar em interesse processual para a possessória.

É de conhecimento do apelante que duas são as vias para o proprietário, dotado de justo título, **recuperar o imóvel que se encontra em poder de outrem**: I) **ação possessória**, que pode estar fundada numa situação de fato, cabendo-lhe apenas provar que estava na posse direta do imóvel que lhe foi invadido; II) **ação reinvindicatória**, onde o pedido está calcado na propriedade, cabendo-lhe então provar através de Certidão de Registro de Imóveis que é o proprietário do Imóvel (f. 78).

Ora, se o apelante não comprovou a posse direta do imóvel invadido e sim a titularidade, a propriedade, não lhe cabe o exercício do direito pela possessória.

Inadequada para o caso vertente a jurisprudência do STJ citada pelo apelante à f. 83 (REsp n. 556.721), porque não há comprovação nos autos de que o apelante tenha sido imitido na posse, que a apelada tenha integrado a lide executiva para defender a posse direta que exerce, e que a ocupação desta seja posterior à arrematação.

A extinção da ação sem resolução de mérito não importa em mitigação do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, ou mesmo do art. 1.196 e seguintes do Código Civil como alega. Movimentação da máquina em busca de direito só pode ser feita pela via própria, com o uso da ação própria. Mesmo o Poder Público não está imune à observação das condições da ação inerentes ao fim buscado.

O prequestionamento do art. 481 do Código Civil é desprovido de fundamento em razão de não estar se falando de compra e venda, mesmo porque o domínio lhe fora transferido com a carta de arrematação. O cerne em análise é a posse e o direito de defendê-la.

Não há dúvida que ao proprietário é assegurado direito de usar, gozar e dispor da coisa, tanto quanto reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Só que deve fazê-lo pela via própria e adequada. No caso, a melhor via seria a ação de imissão na posse, por força do domínio.

Por tudo o que foi exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, preservando a sentença em todos seus termos.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112. v. V.

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 Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2010.037438-4/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – CASAMENTO – REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS – DOAÇÃO – PARA UM DOS CÔNJUGES – INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE – MORTE DE UM DOS CÔNJUGES – MEAÇÃO – COMPOSIÇÃO DO ACERVO DA HERANÇA – AVALIAÇÃO – REQUERIMENTO DE REAVALIZAÇÃO – IMPUGNAÇÃO – DECISÃO MONOCRÁTICA – PROVIMENTO DE PLANO – PROVIMENTO PARCIAL – AGRAVO REGIMENTAL – INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES – NÃO PROVIMENTO.

Quando somente um dos cônjuges aceitou a doação, a comunicabilidade do bem, por força do regime da comunhão de bens, conduz à inclusão do bem doado no monte hereditário, em caso de morte de qualquer dos cônjuges. Precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça. A norma do artigo 551, parágrafo único, do Código Civil de 2002 é aplicável apenas às doações conjuntivas. "*O laudo pericial realizado por profissional nomeado pelo Juízo, não pode ser desconsiderado nos casos em que os seus termos forem contraditados por afirmações claramente desprovidas de cunho técnico, e, consequentemente, inaptas a abrandar a imperatividade da sua fé pública característica*", segundo este egrégio Tribunal de Justiça, o STJ.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Nos autos do Agravo de Instrumento (feito de n. 037438-4, desta Terceira Turma Cível deste Tribunal de Justiça de Estado de Mato Grosso do Sul) que Anderson Luiz Ferreira Coelho move em face do Espólio de Luiz Gonzaga Coelho, representado pela inventariante Cílcia Ferreira Coelho, ambas as partes, irresignadas com a decisão monocrática de provimento de plano do recurso (f. 105), interpuseram este Regimental.

Na sua minuta recursal (f. 120), o Espólio afirmou que "*a decisão não faz justiça porque causa evidente prejuízo à viúva-meeira, beneficiária exclusiva do bem por força da doação que lhe fora feita na constância do casamento, cujo regime é o da comunhão universal de bens. Nesse caso, a doação feita a um dos cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens deve ser considerada como conjuntiva*", f. 120.

Na sua minuta recursal (f. 124), Anderson Luiz Ferreira Coelho aduziu: "*em que pese o acerto na parte acima transcrita, e com todo respeito e admiração que se nutre pelo ilustre julgador, não se pode concordar com o improvimento no que se refere à reavaliação do imóvel urbano (residencial) que está sendo também inventariado[...] não será o fato de terem sido feitas três avaliações que impedirá quer outra seja feita*", f. 126.

A decisão invectivada é mantida.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator)

Nos autos do Agravo de Instrumento (feito de n. 037438-4, desta Terceira Turma Cível deste Tribunal de Justiça de Estado de Mato Grosso do Sul) que Anderson Luiz Ferreira Coelho move em face do Espólio de Luiz Gonzaga Coelho, representado pela inventariante Cílcia Ferreira Coelho, ambas as partes, irresignadas com a decisão monocrática de provimento de plano do recurso (f. 105), interpuseram este Regimental.

Cilcia Ferreira Coelho ingressou com pedido de inventário (feito de n. 001.00.019401-8, da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul) e requereu a abertura do inventário dos bens deixados pelo falecido marido Luiz Gonzaga Coelho, momento em que descreveu como herdeiros: Helder Gonzaga Coelho, Elvis Ferreira Coelho e Gleise Ferreira Coelho Yonamine, ver f. 2.

Em 4.9.2000, Anderson Luiz Ferreira Coelho protocolou petição intermediária e informou que também é filho de Luiz Gonzaga Coelho, razão pela qual requereu a "*inclusão de seu nome no rol de herdeiros*" (f. 39), o que foi deferido pelo juízo singular (f. 42). E, com base em novas informações, Anderson Luiz Ferreira Coelho requereu que o imóvel rural mencionado na f. 85 seja incluído no inventário.

Ainda a parte Anderson Luiz Ferreira Coelho protocolou petição de impugnação à avaliação do imóvel residencial localizado em Campo Grande-MS no valor de R$ 68.000,00 (f. 114 dos autos originários), de modo que o juízo deferiu (f. 135 dos originários), diligência cumprida pelo oficial de justiça (f. 216 dos originários). Mas a parte impugnante impugnou mais uma vez (f. 51 destes), e de novo o fez à f. 59 autos.

O juízo *a quo* proferiu decisão interlocutória de indeferimento (f. 100):

> Após a audiência realizada em 10 de dezembro de 2009, cuja assentada se vê às f. 286, em que propostas de acordo foram discutidas, sem, no entanto, qualquer conclusão definitiva, o herdeiro Anderson Luis Ferreira Coelho pugnou pela inclusão de uma área de 200 hectares (ou 66 hectares) de um imóvel rural localizado na cidade de São Gabriel do Oeste, tudo consoante f. 288-290. A inventariante, então, via da petição de f. 300-302, argumentou que a área de 66 hectares passou a lhe pertencer por conta de escritura pública de doação com cláusula de usufruto vitalício, outorgada por seu genitor Pedro Ferreira de Matos, em 15 de outubro de 1996, na constância do seu casamento com o *de cujus* pelo regime de comunhão universal de bens. Assim, referiu que como a doação foi levada a efeito sem cláusula de incomunicabilidade, com o falecimento de seu marido Luiz Gonzaga Coelho, toda a área passou a lhe pertencer de direito, nos termos do art. 551, parágrafo único, do Código Civil, de modo que não há razão para a inclusão requerida pelo herdeiro Anderson, já que a área não pertence ao Espólio. Assiste razão à inventariante. Colhe-se dos autos que o *de cujus* e a inventariante casaram-se em 23 e dezembro de 1988, adotando o regime de comunhão universal de bens (f. 8), de maneira que comunicam-se todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções estampadas no art. 1.668 do Código Civil. No aludido artigo, em seu inciso I, há a disposição de que são excluídos da comunhão "os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar". Assim, havendo doação com cláusula de incomunicabilidade, o bem doado não se comunica ao outro cônjuge. Do

inverso, sem dita cláusula, o bem entra na comunhão, garantindo-se o direito à meação ao cônjuge sobrevivente e, consequentemente, a necessidade de partilha desta meação em caso de falecimento. Compulsando os documentos juntados aos autos pela inventariante às f. 318-320, logo se vê que a área de 66,6667 há., denominada Fazenda Campo Belo – Gleba A, matriculada sob o n. 9922 perante o Serviço Registral Imobiliário da Comarca de São Gabriel do Oeste foi doada em favor da inventariante por seu pai, resultando em posterior divisão amigável que, por fim, deu origem à matricula acima descrita. Dita doação, assevere-se, foi lavrada sem cláusula de incomunicabilidade, levando à conclusão de que passou a pertencer tanto à inventariante como ao *de cujus*. Todavia, dispõe o art. 551, parágrafo único do Código Civil1, que "se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivo". Assim, a integralidade da Fazenda Campo Belo acima descrita, com a morte de Luiz Gonzaga Coelho passou a ser de propriedade exclusiva da inventariante Cilcia Ferreira Coelho, não havendo que se falar na necessidade de sua inclusão nestes autos como integrante do patrimônio do Espólio. Nesse mesmo sentido, inclusive, requereu a Fazenda Pública em sua manifestação de f. 324, "face pertencer exclusivamente à meeira". Assim, indefiro o pedido de inclusão da área de 66,6667 ha., denominada Fazenda Campo Belo – Gleba A, matriculada sob o n. 9922 perante o Serviço Registral Imobiliário da Comarca de São Gabriel do Oeste, haja vista que não pertencente ao Espólio de Luiz Gonzaga Coelho. Da. necessidade de avaliação judicial do imóvel O herdeiro Anderson Luis também insurgiu-se contra o arquivamento do feito após a determinação de aguardo do recolhimento integral do ITCD, conforme f. 328-329. Referiu-se, nesse aspecto, a eventual ausência de apreciação do Juízo acerca da impugnação à avaliação efetuada. Novamente entendo que seus argumentos não merecem acolhida. Denota-se que mesmo antes do ano de 2007 – quando as partes acordaram que caberá ao herdeiro Anderson 12,5% do patrimônio a ser apurado do Espólio (f. 214) – já havia divergência acerca das avaliações do imóvel de matrícula n. 52.251. Várias foram as impugnações e várias as reavaliações. Após a manifestação da Fazenda Pública no sentido da desnecessidade de avaliação judicial, diante da ausência de herdeiro menor (f. 265), bem como pelo recolhimento do tributo com base nos valores cadastrais, a inventariante informou a realização do parcelamento do débito, tanto que o Juízo entendeu por bem determinar o arquivamento provisório do feito à espera do pagamento,

Acolhendo, por certo, a manifestação fazendária (f. 269). Desde então, vem a inventariante pagando as parcelas devidas, consoante f. 272, 310, 311-316. Realmente não há razões para que persista a ordem de avaliação judicial do imóvel matriculado sob o n. 52.251, haja vista que não há interesse de menor a ser tutelado e, não obstante a discordância inicial das partes no que tange às avaliações judiciais havidas, os dados cadastrais mantidos perante a SEFAZ são suficientes para a elaboração do cálculo do imposto causa *mortis*. Tanto é assim que a inventariante vem quitando as parcelas regularmente, sem maiores dificuldades ou oposição da Fazenda Pública – principal interessada na aferição do real valor do imóvel. Dessa forma, rejeito a impugnação à avaliação judicial formulada pelo herdeiro Anderson e, com fundamento no princípio da celeridade processual, julgo adequado o recolhimento do imposto causa *mortis* com base nos valores cadastrais, assim como procedido pela inventariante com a concordância da Fazenda Pública. Por derradeiro, indefiro também o pedido de remoção da inventariante formulado pelo aludido herdeiro (f. 329), uma vez que a legislação processual prevê de forma específica este procedimento (CPC, art. 996) que não foi, por certo, devidamente utilizado. Campo Grande, 8.10.2010.

Em razão disso, a parte Anderson Luiz Ferreira Coelho interpôs agravo e afirmou que a decisão não deve prevalecer, pois "*a doação do imóvel rural foi feita apenas à inventariante sem cláusula de incomunicabilidade, inaplicável ao presente caso o artigo 551, Parágrafo Único, do CC" (f. 6). Aduziu que o bem residencial deve ser reavaliado, pois "demonstrou que foi avaliado por valor abaixo do valor de mercado*".

Este Desembargador Relator proferiu decisão monocrática de provimento parcial de plano, porém ambas as partes interpuseram agravo regimental. Na sua minuta recursal (f. 124), Anderson Luiz Ferreira Coelho

aduziu que "*não se pode concordar com o improvimento no que se refere à reavaliação do bem... não será o fato de terem sido feitas três avaliações que impedirá que outra seja feita*" (f. 126 deste).

Na sua minuta recursal (f. 120), o Espólio afirmou que "*a decisão não faz justiça porque causa evidente prejuízo à viúva-meeira, beneficiária exclusiva do bem por força da doação que lhe fora feita na constância do casamento, cujo regime é o da comunhão universal de bens. Nesse caso, a doação feita a um dos cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens deve ser considerada como conjuntiva*", f. 120.

Os autos do agravo demonstram que o casamento entre Cilcia Ferreira Coelho e Luiz Gonzaga Coelho foi realizado sob o regime da comunhão universal de bens (f. 8 do feito originário), bem como que o pai de Cílcia Ferreira Coelho doou-lhe o imóvel rural matriculado sob o n. 9.922 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Gabriel do Oeste-MS sem cláusula de incomunicabilidade, (escritura f. 90-3).

A parte recorrente Anderson Luiz Ferreira Coelho, na condição de filho herdeiro, sustentou que a metade do aludido imóvel rural correspondente à meação pertencente ao *de cujus* deve compor o acervo patrimonial a ser partilhado em juízo, uma vez que "*no caso, a doação foi feita apenas à inventariante e, desta forma, como não constou incomunicabilidade, a doação não se enquadra no artigo 551 do CC*" (f. 6).

O juízo de Primeiro Grau fundamentou seu *decisum* no sentido de que o imóvel rural supramencionado "*passou a pertencer tanto à inventariante Cilcia Ferreira Coelho como ao de cujus ante a falta de cláusula de incomunicabilidade no instrumento de doação, mas que a integralidade do bem passou a ser de propriedade exclusiva da inventariante com a morte de Luiz Gonzaga Coelho... art. 551 do CC*", f. 98.

A questão decidenda cinge-se em saber qual é o alcance exato da norma prevista no artigo 551, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que corresponde à norma do artigo 1.178, parágrafo único, do Código Civil de 1916, já revogado. A parte recorrente sufragou o entendimento de que tais dispositivos não são aplicáveis ao caso "*por não se tratar de doação em comum, mas individual à inventariante*" (f. 8 destes).

O Código Civil de 2002 dispõe, *in verbis*:

> Art. 551. Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual. Parágrafo único. Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivo. Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte. Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar. D. O.

A interpretação dada à normatividade da matéria, desde as antigas redações do Código Civil de 1916, é que a doação operada em favor apenas de um dos cônjuges sem cláusula expressa de incomunicabilidade faz com que o bem doado seja comunicado em favor do outro cônjuge quando o casamento é realizado sob o regime da comunhão universal de bens, de modo que a parte da meação deverá compor a herança.

Nesse sentido:

> DOAÇÃO CONJUNTIVA (em comum a mais de uma pessoa) – quando a doação é feita em comum a várias pessoas, não se determinando o quinhão de cada parte, entende-se distribuída entre os beneficiados por igual. Por exemplo, a doação conjuntiva feita ao marido e a mulher no valor de 100.000,00, temos assim:

	Marido: 50.000,00	Patrimônio Anterior
Donatários		600.000,00
	Mulher: 50.000,00	

> No caso de falecimento do marido, os 50.000,00 recebidos em doação conjuntiva com a esposa não farão parte do patrimônio que obedecerá a vocação hereditária, pois, em face do direito de acrescer (É o direito que tem o cônjuge sobrevivo de ter para si o valor recebido em doação conjuntiva) a doação feita ao falecido, passará a fazer parte do patrimônio do cônjuge supérstite. Destarte, o monte mor terá como patrimônio apenas os 600.000,00. Não sendo a doação conjuntiva, ou seja, sendo ela realizada a somente um dos cônjuges, não haverá, por parte do outro, direito de acrescer do cônjuge sobrevivo, mesmo que o casamento seja em comunhão total de bens. Assim, conclui-se que todo o patrimônio obedecerá a vocação hereditária. (GOMES, Márcia Pelissari. *In* ww.jurisway.org.br. Acessado em 23.1.2007).

A respeito da matéria, o mestre Pontes de Miranda ensinou:

> Co-donatários. "Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual. Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivo". Em vez de se deixar à interpretação a solução do problema que exsurge da pluralidade de outorgados, a lei, em regra jurídica dispositiva, distribui em partes iguais a doação (cf. Código Civil português, art. 1.467; argentino, art. 1.798)... estabelece-se o direito do cônjuge sobrevivo à totalidade da doação. Nada tem isso com a sorte da doação conforme o regime matrimonial de bens. O que o parágrafo único faz entender-se é que, se os donatários são cônjuges, a parte do cônjuge que premorre passa ao sobrevivo. Nada tem isso com a doação a um dos cônjuges, se o regime é da comunhão de bens, ou outro regime. O parágrafo único supõe pluralidade, aí duas pessoas, que foram os outorgados, e em atenção à situação jurídica entre eles estatui que toda a doação vai ao que está vivo. Se já a haviam recebido, não há invocabilidade do parágrafo único. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed., São Paulo: RT, 1984. p. 237. v. 46).

No caso, como assentado pelo juízo *a quo*, consta que o imóvel rural foi doado especificamente à parte inventariante Cilcia Ferreira Coelho sem cláusula de incomunicabilidade. Em outras palavras, o aludido bem não foi doado em comum, isto é, não foi doado em favor do casal Cilcia Ferreira Coelho e seu cônjuge Luiz Gonzaga Coelho, de modo que a parte do imóvel rural referente à meação deve integrar o monte.

Aliás, como citado na f. 7, o e. Superior Tribunal de Justiça já julgou:

> CIVIL. DOAÇÃO A UM DOS CONJUGES. COMUNICABILIDADE. OBITO DE UM DOS CONJUGES. INCLUSÃO DO BEM DOADO NO MONTE DA HERANÇA. O parágrafo único do art. 1.178 do código civil somente tem aplicação quando figurarem como donatários ambos os cônjuges. Quando, no entanto, somente um deles aceitou a doação, a comunicabilidade do bem, por força do regime da comunhão de bens, conduz a inclusão do bem doado no monte hereditário, para a composição da meação e das legitimas dos herdeiros, em caso de morte de qualquer dos cônjuges. Conflito aparente com o art. 262 do código civil, a determinar interpretação estrita do primeiro dispositivo. (STJ, REsp n. 6.358/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Dias Trindade, julgado em 29.4.1991).

Portanto, nesse tópico, o agravo de instrumento mereceu provimento, para que parte ideal do imóvel rural matriculado sob o n. 9.922 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Gabriel do Oeste-MS integre o monte-mor, mesmo porque, embora o seu raciocínio tenha sido correto até certo ponto, o juízo equivocou-se ao aplicar o artigo 551 do Código Civil à doação que, no caso, não se revelou conjuntiva.

Por fim, a parte Anderson Coelho pede que o Judiciário determine a realização de nova avaliação, porém tal pleito é manifestamente improcedente, porque tal diligência já foi efetivada por cerca de três vezes a seu requerimento, bem como porque as insurgências recursais são desprovidas de cunho técnico, ressaltado que o valor atribuído ao bem residencial em juízo está justificado na sua má-conservação (f. 63):

> EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – IMÓVEL – AVALIAÇÃO EFETIVADA POR PROFISSIONAL NOMEADO PELO JUÍZO – FÉ PÚBLICA – RESULTADO TÉCNICO QUE SOMENTE PODERÁ SER DESCONSIDERADO CASO RESTE SATISFATORIAMENTE DEMONSTRADA A SUA INSUFICIÊNCIA CIENTÍFICA – MERAS ARGUMENTAÇÕES DESPROVIDAS DE CUNHO TÉCNICO REVELAM-SE INAPTAS A CLARIFICAR EVENTUAL INCONSISTÊNCIA DO TRABALHO PROFISSIONAL CONCRETIZADO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. O laudo pericial realizado por profissional nomeado pelo Juízo, não pode ser desconsiderado nos casos em que os seus termos forem contraditados por afirmações claramente desprovidas de cunho técnico, e, conseqüentemente, inaptas a abrandar a imperatividade da sua fé pública característica. (TJMS, Ag n. 2004.014639-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 31.5.2005).

Posto isso, conheço dos agravos regimentais, mas nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.038286-2 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – HOMICÍDIO – PARTE AUTORA – MÃE DA VÍTIMA – DANOS MATERIAIS – DANOS MORAIS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – DESPESAS DE FUNERAL – DESPESAS DE JAZIGO – PENSÃO MENSAL – AUSÊNCIA DE PEDIDO ESPECÍFICO – CONDENAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – JUROS MORATÓRIOS – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DANOS MORAIS – VALOR RAZOÁVEL – MAJORAÇÃO – REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – VERBA SUCUMBENCIAL – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE – RECURSO DA PARTE DEMANDADA – NÃO PROVIMENTO – RECURSO DA PARTE AUTORA – PROVIMENTO PARCIAL.

A obrigação indenizatória de pagar os danos materiais circunscreve-se aos prejuízos efetivamente comprovados. A mera referência aos danos materiais na petição inicial, sem alusão específica ao pedido de pensionamento mensal, não autoriza a fixação de pensão, sob pena de decisão *ultra petita* e de violação ao princípio da correção lógica entre pedido e decisão. "*Com relação aos danos materiais, os juros moratórios e a correção monetária é devida, a partir do evento danoso (Súmula n. 54/STJ e n. 562/STF)*", conforme entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça. O ordenamento jurídico brasileiro não contempla um parâmetro de quantificação de uma indenização por dano moral, de sorte que a fixação desse *quantum* é tarefa atribuída ao Poder Judiciário, que deve basear-se nas peculiaridades do caso concreto: posição social da vítima, culpabilidade da parte agressora, efeitos do ato danoso e caráter sancionador. "*Inúmeros julgados dão conta de que a previsão do art. 12 da Lei n. 1.060/50 não se trata de isenção, mas de suspensão do pagamento, pelo prazo de cinco anos, caso persista a situação de pobreza*", o egrégio STJ.

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 de Marcelo Francisco Cavalcante Vieira e dar parcial provimento ao interposto por Celina de Oliveira Chagas, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais (feito de n. 001.03.083461-0, da Segunda Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul) que Celina de Oliveira Chagas move em desfavor de Marcelo Francisco Cavalcante Vieira, ambas as partes, inconformadas com a sentença de procedência parcial do pedido constante da petição inicial, interpuseram apelação cível.

Nas suas razões (f. 648), a parte demandada Marcelo Francisco Cavalcante Vieira afirmou que a sentença deve ser reformada e que o pedido indenizatório relativo aos danos morais deve ser julgado improcedente, já que a parte autora não comprovou a existência de tais prejuízos materiais. Alternativamente, anotou que os juros e a correção devem incidir desde a data da citação, e não do evento danoso.

Aduziu que o valor condenatório arbitrado pelo juízo singular a título de indenização por danos morais (R$ 50.000,00) deve ser reduzido, pois tal cifra não considerou que a parte demandada está submetida à pena de reclusão em instituição carcerária, o que impossibilita de "*laborar num emprego condizente o suficiente para prover sua mantença*" (f. 652). Asseverou que a verba sucumbencial deve ser suspensa.

Nas contrarrazões (f. 662), a parte autora pugnou pelo não provimento.

Nas razões de recurso adesivo (f. 670), a parte autora Celina de Oliveira Chagas sustentou que o valor arbitrado a título de danos materiais deve ser majorado, uma vez que "*devem ser incluídos na condenação não só os valores comprovados nos recibos de f. 18-26, mas também os recibos subsequentes, relativos à manutenção do jazigo e pensão alimentícia mensal, pleito esse implícito nos danos materiais*" (f. 674).

Ao final, assentou que "*o recurso seja conhecido e provido, para reformar parcialmente a r. sentença de primeira instância, para majorar o valor da condenação por danos morais, fixando-a em, no mínimo, 2.000 (dois mil) salários mínimos, e, sem prejuízo da condenação pelos gastos comprovados às f. 18-26, para condenar o apelado a pagar pensão no valor de 2/3 dos rendimentos do falecido*" f. 678.

Nas contrarrazões (f. 697), o demandado pugnou pelo não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator)

1. Da síntese do processo

Nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais (feito de n. 001.03.083461-0, da Segunda Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul) que Celina de Oliveira Chagas move em desfavor de Marcelo Francisco Cavalcante Vieira, ambas as partes, inconformadas com a sentença de procedência parcial do pedido constante da petição inicial, interpuseram apelação cível.

Nos termos da inicial, Celina de Oliveira Chagas ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais (feito de n. 001.03.083461-0, da Segunda Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Mato Grosso do Sul) em face de Marcelo Francisco Cavalcante Vieira, Euler dos Santos Ferreira, Jorge Antônio Gonçalves, João dos Santos Ferreira, Elton Marques Martins e Maurício Lopes Leal, ver f. 2.

Consta dos autos que, em 20.2.2000, por volta das 3h, em frente do Bar Rádio Clube, na Rua Barão do Rio Branco, nesta capital, Marcelo Francisco Cavalcante Vieira efetuou disparo de revólver e matou Luiz Alberto de Oliveira Chagas, filho da parte autora Celina de Oliveira Chagas, conforme consta da sentença prolatada no Processo-Crime n. 2000.005949-8 (f. 223 e f. 553), cujo trânsito já foi certificado (f. 556).

O juízo *a quo* proferiu a seguinte sentença, *in verbis* (f. 626):

> Por todo o exposto, somente o réu Marcelo Vieira está obrigado a indenizar a autora pelos danos materiais e morais causados a ela em decorrência da morte do filho dela. Resta agora analisar o *quantum* da indenização. O art. 948 do Código Civil dispõe que, em caso de homicídio, a indenização consistirá no pagamento das despesas do funeral (e correlatas) e na

> prestação de alimentos a quem o morto os devia, sem exclusão de outras mais (*caput*). Portanto, com relação aos danos materiais, o réu condenado deve ressarcir a autora de todas as despesas com funeral - e correlatas - do *de cujus*, desde que devidamente comprovadas nos autos. Assim, considero como suficientes os documentos probatórios constantes de f. 18-26 para o fim de comprovar os danos materiais sofridos pela autora em decorrência da morte de seu filho. Como a autora não fez, em sua peça inicial, pedido de prestação alimentícia, limitando-se a pedir que fossem os réus condenados a indenizar os danos materiais causados a ela, conforme comprovantes anexos (f. 18-26), bem como os danos morais, em valor não inferior a dois mil salários mínimos, tem-se que tal parcela indenizatória não poderá ser analisada nesta sentença, sob pena de julgamento *ultra petita*. Quanto aos danos morais, não há parâmetros legais rígidos, devendo-se aplicar o *caput* do art. 944, que diz: A indenização mede-se pela extensão do dano[...] Posto isso, julgo parcialmente procedente a Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais movida por Celina de Oliveira Chagas para condenar o réu Marcelo Francisco Cavalcanti Vieira a ressarcir à autora os prejuízos materiais e morais que teve em decorrência do fato descrito na inicial, sendo que aqueles estão devidamente comprovados nos autos, pelos documentos de f. 18-26 e, estes, conforme acima fixados, em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Com efeito, sobre o valor danos materiais previstos na sentença, deverão incidir juros moratórios de 1% ao mês, contados da data do efetivo desembolso, devidamente corrigidos pelo IGPM-FGV, desde a mesma data. Em relação aos danos morais, incidirão juros moratórios de 1% ao mês, desde a data da publicação da sentença em cartório, corrigido pelo IGPM-FGV, a partir da prolação da sentença. Quanto aos réus Jorge Antonio Gonçalves, João dos Santos Ferreira, Elton Marques Martins e Maurílio Lopes Leal, julgo improcedente o pedido inicial. Em razão da sucumbência mínima da autora, condeno exclusivamente o réu Marcelo Francisco Cavalcanti Vieira nas custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme previsão do art. 20, § 3.º, do CPC, observando-se o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50. A presente condenação deverá ser exigida, caso não ocorra o pagamento voluntário, na forma do disposto no art. 475-J do Código de Processo Civil, inclusive no tocante à verba honorária. Declaro, por consequência, extinto o feito nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Transitada em julgado, pagas ou inscritas eventuais custas, arquivem-se com as cautelas. P. R.

Nas suas razões (f. 648), a parte demandada Marcelo Francisco Cavalcante Vieira afirmou que a sentença deve ser reformada e que o pedido indenizatório relativo aos danos materiais deve ser julgado improcedente, já que a parte autora não comprovou a existência de tais prejuízos. Alternativamente, anotou que os juros de mora e correção devem incidir desde a data da citação, e não do evento danoso.

Aduziu que o valor condenatório arbitrado pelo juízo singular a título de indenização por danos morais (R$ 50.000,00) deve ser reduzido, pois tal cifra não considerou que a parte demandada está submetida à pena de reclusão em instituição carcerária, o que impossibilita de "*laborar num emprego condizente o suficiente para prover sua mantença*" (f. 652). Asseverou que a verba sucumbencial deve ser suspensa.

Nas razões de recurso adesivo (f. 670), a parte autora Celina de Oliveira Chagas sustentou que o valor arbitrado a título de danos materiais deve ser majorado, uma vez que "*devem ser incluídos na condenação não só os valores comprovados nos recibos de f. 18-26, mas também os recibos subsequentes, relativos à manutenção do jazigo e pensão alimentícia mensal, pleito esse implícito nos danos materiais*" (f. 674).

Ao final, assentou que "*o recurso seja conhecido e provido, para reformar parcialmente a r. sentença de primeira instância, para majorar o valor da condenação por danos morais, fixando-a em, no mínimo, 2.000 (dois mil) salários mínimos, e, sem prejuízo da condenação pelos gastos comprovados às f. 18-26, para condenar o apelado a pagar pensão no valor de 2/3 dos rendimentos do falecido*" f. 678.

2. Do mérito do apelo cível

2.1 Dos danos materiais

Ao contrário do esposado na petição recursal da parte demandada Marcelo Francisco Cavalcante Vieira, entendo que ela (a parte demandada) tem a obrigação de pagar as despesas de funeral, na hipótese dos autos no que tange ao jazigo, em favor da parte autora Celina de Oliveira Chagas. Todavia, como consignado na sentença invectivada, a referida obrigação restringe-se aos documentos de f. 18-26.

Ora, a parte demandada não tem a obrigação de pagar o valor das despesas relativas ao jazigo *ad eternum,* pois a parte autora não esclareceu bem seu pedido inicial nesse sentido. Por isso, as quantias comprovadas pelos documentos de f. 679-90 não devem ser consideradas como englobadas na condenação, mesmo porque, de regra, a juntada de documentos na fase recursal é vedada no ordenamento.

Em relação ao ônus probatório, este Sodalício julgou, *in litteris*:

> EMENTA – INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – MORTE DO FILHO [...] Destarte, dou provimento ao recurso de apelação interposto, para julgar improcedente o pedido de ressarcimento dos gastos com a construção do jazigo, porque os supostos prejuízos não foram satisfatoriamente demonstrados nos autos. (TJMS, AC n. 2008.037117-8, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 3.3.2009).

Ainda o valor da condenação inserta na sentença guerreada, relativamente às despesas com médico endocrinologista (f. 23 a f. 25), é medida que se impõe, porquanto, consoante argumentado na petição de contrarrazões de f. 672, a parte autora, mãe da vítima, passou a experimentar dificuldades financeiras e abalos emocionais, tais como tristeza, *stress* e desordem de cunho hormonal (f. 671-2).

> Com relação aos danos materiais, os juros moratórios e a correção monetária é devida, a partir do evento danoso (Súmula n. 54/STJ e n. 562/STF) (STJ, AgRg em REsp n. 1053140/DF, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 6.8.2009, DJ de 19.8.2009).

2.2 Dos danos materiais na modalidade de pensão mensal

Em relação ao pleito recursal da parte autora, a fixação de pensão alimentícia mensal em seu favor é impossível, visto que a petição inicial não contém alusão específica e clarividente quanto ao pedido de pensionamento. A mera alusão genérica ao pleito de indenização por danos materiais não é suficiente para autorizar a concessão de pensão, pena de decisão *ultra petita* e violação ao dogma da correlação.

Em situação muito mais simples, o STJ aplicou o referido princípio:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. OCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DA PARTE QUE ULTRAPASSOU O PEDIDO. ART. 460, CPC [...] Decisão que, em ação de indenização decorrente de acidente do trabalho, fixa a pensão mensal em valor sobre os rendimentos da vítima, havendo, no entanto, pedido que fosse ela calculada sobre 1 (um) salário mínimo, incorre em julgamento *ultra petita*, merecendo ser decotada a parte que ultrapassou o requerimento feito na peça de ingresso, ante o respeito ao princípio da adstrição do juiz ao pedido, ressalvada a hipótese de *reformatio in peius*. (STJ, REsp n. 148.255/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 20.4.1999).

Afora isso, a pensão é indevida uma vez que a vítima já possuía mais de 25 anos ao tempo da morte. "*O limite temporal para a fixação da pensão da menor é a data em que completar 25 (vinte e cinco) anos, idade esta em que se pressupõe que os filhos podem prover a própria subsistência"* (TJMS, AC n. 2007.006661-4, Terceira turma, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 4.6.2007).

2.3 Dos danos morais

Nesse ponto, no que se refere ao valor do dano moral, é certo que o ordenamento não contempla um parâmetro de quantificação de uma indenização por dano moral, de sorte que a fixação desse *quantum* é tarefa

atribuída ao Poder Judiciário, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto: posição social da vítima, culpabilidade da parte agressora, efeitos danosos e caráter sancionador da cifra.

Ou seja, o valor da indenização por danos morais deve pautar-se pelo postulado da razoabilidade e pelo postulado da proporcionalidade, cuja aferição dar-se-á de acordo com as balizas do caso concreto. No entanto, a estipulação dessa condenação não se atrela exclusivamente ao patrimônio ostentado pelos envolvidos, mas, sobretudo, à proporcionalidade da aplicação dos critérios dantes já alinhavados.

Em situação semelhante, esta Corte de Justiça decidiu, *in verbis*:

> DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO – CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO. O valor da indenização por dano moral fica adstrito ao prudente arbítrio do Juiz que, segundo o caso concreto, fixará de modo a prestigiar o aspecto compensatório que essa verba deve produzir em relação ao lesado, aliada ao caráter sancionatório ao lesante, sem, contudo, provocar o enriquecimento sem causa da vítima. (TJMS, AC n. 2008.038203-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 27.1.2009).

No caso, o valor fixado pelo juízo singular a título de danos morais – R$ 50.000,00 – é ínfimo e deve ser majorado para R$ 80.000,00, dadas as particularidades da demanda indenizatória, especialmente porque a parte autora Celina Chagas, na condição de mãe, perdeu seu filho Luiz Chagas em razão de ato criminoso praticado pelo réu, fato que repercute na personalidade jurídica da mãe de forma inimaginável.

2.4 Da verba sucumbencial

Por fim, no caso, o juízo suspendeu a condenação sucumbencial à luz da técnica jurídica, já que "*inúmeros julgados dão conta de que a previsão do art. 12 da Lei n. 1.060/50 não se trata de isenção, mas de suspensão do pagamento, pelo prazo de cinco anos, caso persista a situação de pobreza*" (STJ, AgRg no Ag n. 1215164/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Honildo Castro, julgado em 26.10.2010).

3. Do dispositivo

Posto isso, conheço dos recursos. Nego provimento à apelação cível interposta pela parte demandada Marcelo Francisco Cavalcante Vieira, mas dou provimento parcial ao adesivo protocolado pela parte autora Celina de Oliveira Chagas, a fim de apenas majorar o valor arbitrado a título de danos morais para R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), considerada a gravidade da conduta criminosa do réu, f. 2.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE MARCELO FRANCISCO CAVALCANTE VIEIRA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO INTERPOSTO POR CELINA DE OLIVEIRA CHAGAS, 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, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.005257-7 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – *ORKUT* – COMUNIDADE ABUSIVA – RESPONSABILIDADE CIVIL – DENÚNCIA DE ABUSO COMPROVADA POR NOTIFICAÇÃO JUDICIAL – OMISSÃO – CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – INCABÍVEL – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. É razoável, para evitar discriminações, a política do *site*, no sentido de remover apenas mediante ordem judicial perfis que contenham imagem ou linguagem chocante ou repulsiva e sátira política ou social. Porém, tratando-se de atividade de risco - com a qual a ré aufere lucro, destaque-se -, em que qualquer pessoa pode facilmente criar falsos perfis e comunidades de conteúdo ofensivo, causando, assim, dano à honra e imagem de outrem, é caso de responsabilidade civil objetiva, nos termos do art. 927, parágrafo único, do CPC. Ou seja, se este risco é inevitável e a ré o assume, diante dos benefícios que obtém, responde pelos prejuízos.

Mesmo não sendo a ré responsável pela elaboração da comunidade de cunho pejorativo e mesmo sendo o conteúdo deste inserido entre as matérias que, segundo seu estatuto, a demandada se propôs a excluir apenas mediante ordem judicial, se a parte prejudicada tomou as providências necessárias a seu alcance para evitar o dano - no caso, notificou judicialmente a empresa -, configura-se o dever de indenizar.

2. *Quantum* indenizatório mantido nos termos em que fixado na sentença.

3. A verba honorária foi fixada em montante que se mostra suficiente à justa remuneração do profissional de Direito, razão por que não se impõe a sua majoração.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de março de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Trata-se de apelo interposto por Google Brasil Internet Ltda., nos autos da ação de indenização por danos morais c/c obrigação de fazer promovida em seu desfavor por Danilo Alves Correa Filho, contra a sentença, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, nos seguintes termos:

> Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos constam, julgo procedente o pedido de obrigação de fazer, para o fim de excluir a comunidade denominada "Danilo Legal Pacas" do site de relacionamentos *Orkut*, confirmando-se a tutela antecipada às f. 140-146. Outrossim, julgo procedente em parte o pedido de indenização por danos morais, para o fim de condenar a ré ao pagamento do valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescidos de juros legais de 1% ao mês e correção monetária, pelo IGPM, a partir da citação, e ainda nas custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação devidamente atualizada. Outrossim, fica a parte sucumbente advertida que deverá cumprir a presente decisão, no prazo de 15 (quinze) dias, após o trânsito em julgado, independentemente de certificação nos autos, sob pena de aplicação automática de multa no importe de 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 475-J do Código de Processo Civil. Com fundamento no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil, declaro extinto o presente processo. Transitada em julgado a presente decisão, e, observadas as demais formalidades legais, ao arquivo. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Nas razões de apelo, a apelante rebateu os fundamentos da sentença, esclarecendo suas atividades e o *site* de relacionamento *Orkut*. Arguiu ilegitimidade passiva *ad causam*. Discorreu acerca da ausência de responsabilidade do provedor de hospedagem, de ato ilícito e nexo causal com o dano apontado pelo autor. Disse que o dano postulado pelo demandante não é indenizável.

Defendeu, na eventualidade de manutenção da obrigação indenizatória, a observância de critérios de proporcionalidade e razoabilidade para a fixação do *quantum* indenizatório, momento em que postulou pela redução do valor arbitrado em sentença. Pediu o provimento do apelo. Juntou documentos (f. 319-79).

O apelado apresentou contrarrazões (f. 383-7).

O autor Danilo Alves Correa também apelou, pleiteando a majoração da verba indenizatória para o *quantum* requerido na inicial, bem como da verba honorária fixada na sentença de primeiro grau.

A apelada não apresentou contrarrazões (f. 388).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator)

Trata-se de apelo interposto por Google Brasil Internet Ltda., nos autos da ação de indenização por danos morais c/c obrigação de fazer promovida em seu desfavor por Danilo Alves Correa Filho, contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial.

Nas razões de apelo, a apelante rebateu os fundamentos da sentença, esclarecendo suas atividades e o *site* de relacionamento *Orkut*. Arguiu ilegitimidade passiva *ad causam*. Discorreu acerca da ausência de responsabilidade do provedor de hospedagem, de ato ilícito e nexo causal com o dano apontado pelo autor. Disse que o dano postulado pelo demandante não é indenizável.

Defendeu, na eventualidade de manutenção da obrigação indenizatória, a observância de critérios de proporcionalidade e razoabilidade para a fixação do *quantum* indenizatório, momento em que postulou pela redução do valor arbitrado em sentença. Pediu o provimento do apelo. Juntou documentos (f. 319-79).

O autor Danilo Alves Correa também apelou, pleiteando a majoração da verba indenizatória para o *quantum* requerido na inicial, bem como da verba honorária fixada na sentença de primeiro grau.

Passa-se a análise dos recursos interpostos pelas partes.

Preliminar – ilegitimidade passiva *ad causam*

A preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela requerida-recorrente confunde-se com o mérito e com esse será apreciada.

Do mérito

Cuida-se de ação de indenização por danos morais proposta em desfavor da Google, empresa proprietária de mecanismo de busca na *internet* e que provê também o *Orkut*, serviço de hospedagem de páginas e informações.

O autor busca indenização por danos morais em razão de que foi criada uma comunidade denominada "Danilo Legal Pacas". Na citada comunidade, era possível encontrar expressões injuriosas, tais como "*para todos aqueles que acham o Danilo Alves Correia o cara mais chato do mundo. Gordo nojento, safado, das costas em forma de anzol*". A comunidade tinha seis membros (f. 30).

É razoável a política do *site* no sentido de não exercer controle preventivo ou monitoramento do conteúdo dos perfis de seus usuários, uma vez que tal agir implicaria afronta aos direitos da liberdade de expressão e livre manifestação. Porém, tratando-se de atividade de risco – com a qual a ré aufere lucro, destaque-se –, em que qualquer pessoa pode facilmente criar falsos perfis e comunidades pejorativas a terceiros, causando, assim, dano à honra e imagem de outrem, é caso de responsabilidade civil objetiva, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código de Processo Civil[1].

Ademais, pela natureza e peculiaridades do serviço prestado – provedor de hospedagem que se limita a armazenar os dados livremente inseridos por seus usuários – não se pode imputar à demandada responsabilidade por ausência de prévia medida protetiva toda a vez que for alterado ou criado algum perfil, diante da impossibilidade técnica e fática de tal agir.

É justamente por este motivo, bem como pela impossibilidade de censurar previamente o conteúdo de qualquer perfil que hospeda, que a demandada disponibiliza aos seus usuários ferramentas que denunciem a ocorrência de violações e abusos em seus perfis.

Em razão dos riscos da atividade exercida pela ré, deve ser considerado o contexto em que inserida, somente podendo reputar como ilícita sua conduta quando, devidamente cientificada pelo usuário de eventual abuso sofrido através da criação de comunidade pejorativa, nenhuma medida é tomada para fazer cessar a ofensa; somente neste momento é que possível aferir a antijuridicidade da conduta da demandada e, via de consequência, o seu dever de indenizar.

Nesse sentido, alguns julgados:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROVEDOR DE SERVIÇOS DE HOSPEDAGEM NA INTERNET. *GOOGLE*. *ORKUT*. PERFIL FALSO. CONTEÚDO FLAGRANTEMENTE ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. 1. Para a caracterização da relação de consumo, o serviço deve ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração. No entanto, o conceito de remuneração previsto na referida norma consumerista abrange tanto a remuneração direta quanto a indireta. Precedente da Corte no caso específico. 2. **O Google, como administrador do site de relacionamentos *ORKUT*, em que armazena informações postadas por seus usuários, não responde pelo respectivo conteúdo, pois não está obrigado a promover monitoramento prévio a respeito. Contudo, havendo denúncia de abuso, por parte de usuário, tem o dever de remover perfil manifestamente**

1 "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

> **falso e capaz de gerar danos morais. Conduta omissiva e culposa que corresponde à prestação defeituosa do serviço, pois não ofereceu a segurança que dele legitimamente se poderia esperar**. 3. Danos morais *in re ipsa*, que decorrem dos fatos narrados e demonstrados nos autos. APELO PROVIDO. (TJRS, AC n. 70025752866, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 18.6.2009).
>
> REPARAÇÃO DE DANOS. INTERNET. CRIAÇÃO DE PÁGINA NO SITE DE RELACIONAMENTOS *ORKUT*. ATRIBUIÇÃO DE FATOS OFENSIVOS CHAMANDO A AUTORA DE PIRANHA, VACA, CHIFRUDA, DENTRE OUTROS IMPROPÉRIOS E CONTENDO FOTOS SUAS. OFENSA À HONRA DA AUTORA. RESPONSABILIDADE DA *GOOGLE* BRASIL INTERNET LTDA.. DANO MORAL *IN RE IPSA*. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Terceiro não identificado criou um perfil falso na rede de relacionamentos *Orkut*. A aludida página serviu para proferir ofensas à dignidade da autora, causando-lhe danos, os quais devem ser indenizados. 2. A verba indenizatória arbitrada pelo juízo singular se mostra adequada aos parâmetros adotados por este Colegiado. Ademais, o quantum indenizatório se vê coadunado com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Imperiosa, portanto, sua manutenção. 3**. Tendo a empresa ré hospedado a página ofensiva, não providenciando sua exclusão mesmo após diversas solicitações feitas pela própria autora através do site, é aquela responsável pelos danos ocasionados à demandante, ainda que o perfil falso tenha sido confeccionado por terceira pessoa.** 4. Pertencendo as empresas *Google Inc.* e *Google* Brasil Internet Ltda. ao mesmo grupo econômico, é a ré parte legítima para indenizar a autora. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJRS, Recurso Cível n. 71001981489, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Ricardo Torres Hermann, julgado em 14.5.2009).

No caso em tela, o autor notificou judicialmente a empresa requerida em 24.12.2007 (f. 103), entretanto, até a data do ajuizamento desta ação 10.11.2008 (f. 2), a comunidade não havia sido retirada do ar, sendo necessária a concessão de tutela antecipada pelo juízo *a quo* a fim de determinar que a demandada tomasse as devidas providências para o cancelamento da comunidade (f. 140-6).

Neste diapasão, estando comprovado que o autor tomou as providências necessárias a seu alcance para comunicar e fazer cessar o dano alegadamente sofrido – no caso, notificar a demandada judicialmente dos abusos cometidos –, não há afastar a conduta ilícita pela demandada que negligenciou no atendimento do "abuso denunciado", de modo que deve ser mantida a sentença que declarou a procedência dos pedidos formulados na inicial, inclusive, no que concerne ao dever de indenizar os danos morais.

Registre-se que, no caso em tela, trata-se de dano moral *in re ipsa*, que dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato. Nesse sentido, destaca-se a lição do Des. Sérgio Cavalieri Filho:

> Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.
>
> Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa

de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 100-1).

Dessa forma, resta evidente a ocorrência de dano moral pela exposição do autor à situação vexatória e humilhante.

A propósito, o STJ recentemente decidiu que:

> PROCESSUAL CIVIL. *ORKUT*. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BLOQUEIO DE COMUNIDADES. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERNET E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ASTREINTES. ART. 461, §§ 1º e 6º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OFENSA.
>
> 1. Hipótese em que se discutem danos causados por ofensas veiculadas no *Orkut*, ambiente virtual em que os usuários criam páginas de relacionamento na internet (= comunidades) e apõem (= postam) opiniões, notícias, fotos etc. O Ministério Público Estadual propôs Ação Civil Pública em defesa de menores – uma delas vítima de crime sexual – que estariam sendo ofendidas em algumas dessas comunidades.
>
> 2. Concedida a tutela antecipada pelo Juiz, a empresa cumpriu as determinações judiciais (exclusão de páginas, identificação de responsáveis), exceto a ordem para impedir que surjam comunidades com teor semelhante.
>
> 3. O Tribunal de Justiça de Rondônia reiterou a antecipação de tutela e, considerando que novas páginas e comunidades estavam sendo geradas, com mensagens ofensivas às mesmas crianças e adolescentes, determinou que o Google Brasil as impedisse, sob pena de multa diária de R$ 5 mil, limitada a R$ 500 mil.
>
> 4. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC. No mérito, o *Google* impugna a fixação das astreintes, suscitando ofensa ao art. 461, §§ 1º e 6º, do CPC ao argumento de sua ineficácia, pois seria inviável, técnica e humanamente, impedir de maneira prévia a criação de novas comunidades de mesma natureza. No mais, alega que vem cumprindo as determinações de excluir as páginas indicadas pelo MPE e identificar os responsáveis.
>
> 5. A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer.
>
> 6. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmudar ou enfraquecer a natureza de sobre princípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro.
>
> 7. **Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual.**
>
> 8. Essa co-responsabilidade – parte do compromisso social da empresa moderna com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da merecida admiração que conta em todo mundo – é aceita pelo *Google*, tanto que atuou, de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os gângsteres virtuais. Tais medidas, por óbvio, são insuficientes,

> já que reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas.
>
> 9. O Tribunal de Justiça de Rondônia não decidiu conclusivamente a respeito da possibilidade técnica desse controle eficaz de novas páginas e comunidades. Apenas entendeu que, em princípio, não houve comprovação da inviabilidade de a empresa impedi-las, razão pela qual fixou as astreintes. E, como indicado pelo Tribunal, o ônus da prova cabe à empresa, seja como depositária de conhecimento especializado sobre a tecnologia que emprega, seja como detentora e beneficiária de segredos industriais aos quais não têm acesso vítimas e Ministério Público.
>
> 10. Nesse sentido, o Tribunal deixou claro que a empresa terá oportunidade de produzir as provas que entender convenientes perante o juiz de primeira instância, inclusive no que se refere à impossibilidade de impedir a criação de novas comunidades similares às já bloqueadas. 11. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp n. 1117633/RO, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 9.3.2010, DJ de 26.3.2010).

Assim, não merece reparos, quanto a essa questão, a sentença de primeiro grau.

Do valor da indenização

Demonstrada, assim, a presença dos pressupostos da obrigação de indenizar, passa-se à quantificação da indenização.

Para se fixar o valor indenizatório ajustável à hipótese fática concreta, deve-se sempre ponderar o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao *status quo ante*. Este princípio encontra amparo legal no artigo 947 do Código Civil e no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, não sendo possível a *restitutio in integrum* em razão da impossibilidade material desta reposição, transforma-se a obrigação de reparar em uma obrigação de compensar, haja vista que a finalidade da indenização consiste, justamente, em ressarcir a parte lesada.

Em relação à quantificação da indenização, é necessário analisar alguns aspectos para se chegar a um valor justo para o caso concreto, atentando-se à extensão do dano, ao comportamento dos envolvidos, às condições econômicas e sociais das partes e à repercussão do fato.

Nesse diapasão, considerando a condição econômica e social das partes, tenho que o montante indenizatório quantificado pela sentença singular em R$ 10.000,00 (dez mil reais), deve ser mantido, pois adequado aos parâmetros desta Corte e do caso concreto.

Da verba honorária

Pretende o autor-apelante, a majoração da verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação para o importe equivalente a 11% ou 12% sobre o valor da condenação.

A norma contida no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil prevê que 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 3º do mesmo artigo.

No caso vertente, a parte autora obteve ganho de causa em quase a totalidade de seus pedidos, perdendo apenas quanto ao valor fixado na indenização por danos morais, conjuntura que torna imperioso

o reconhecimento da imperatividade das normas contidas nas alíneas do § 3º do mesmo dispositivo legal, que estabelecem que a verba honorária será fixada levando-se em consideração: ***"a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".***

José Roberto dos Santos Bedaque (in **Código de Processo Civil Interpretado** – Coordenado por Antônio Carlos Marcato –, p.107) esclarece: "***Muitas das expressões utilizadas não têm conteúdo preciso, o que acaba por ampliar a margem concedida ao juiz para interpretá-las. Isso não significa, todavia, a existência de poder discricionário na determinação dos honorários. A decisão a esse respeito deve ser devidamente fundamentada*****".**

Neste momento, deve ser ressaltado o fato de que, ao efetivar o arbitramento em análise, não pode o magistrado desvincular-se do critério da equidade, realidade fática que imporá óbice à fixação de valor manifestamente injusto. *In casu*, não pairam dúvidas quanto ao grau de zelo do patrono da parte autora e ao considerável tempo exigido para a efetivação de seus serviços.

Aclare-se que, em razão do lugar da prestação do serviço (Comarca de Campo Grande-MS) e do trabalho realizado, resta irrefragável a não configuração da natureza e da importância da causa como complexas. Ora, versou a presente ação sobre questões exaustivamente analisadas pelos Tribunais Pátrios, fato que termina por atribuir-lhes o caráter da simplicidade.

In casu, o pleito de majoração da verba honorária não deve ser deferido, pois esta foi arbitrada em montante que se mostra suficiente à justa remuneração do profissional do Direito (10% sobre o valor da condenação).

Dispositivo final

Posto isto, conheço dos recursos interpostos por Danilo Alves Correa Filho e *Google* Brasil Internet S/A, mas nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 22 de março de 2011.

***

Segunda Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2010.010727-1 - Dourados
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – REGIME DE COTAS PARA PESSOAS NEGRAS – LEI ESTADUAL N. 3.594 DE 10.12.2008 – DECRETO ESTADUAL N. 12.812 DE 8.9.2009 – NÚMERO DE VAGAS – FRAÇÃO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CARACTERIZADO – SEGURANÇA DENEGADA – MEDIDA LIMINAR REVOGADA.

Os fatos narrados nos autos não permitem que se diga da violação do alegado direito líquido e certo mencionado na petição inicial, pois a aplicação do percentual relativo à cota para as pessoas negras resultou em fração, circunstância esta que não ampara a pretensão mandamental.

Ademais, em caso de arredondamento, como pretende a impetrante, estar-se-ia diante de um quadro de inconstitucionalidade, na esteira do que contido no art. 37 da Constituição Federal, uma vez que, tratando-se de vaga única, estar-se-ia excluindo do concurso as demais candidatas do sexo feminino, a dizer, o concurso estaria com acesso exclusivo para as pessoas negras.

A par disso, decisão deste órgão julgador em sentido contrário ao que determina a lei local estaria consubstanciando atividade legislativa substitutiva ao legislador originário, o que é vedado ao Poder Judiciário, isto em homenagem ao princípio da tripartição dos poderes.

Nesse contexto, o impetrante não se desincumbiu de demonstrar, estreme de dúvidas, a existência de direito líquido e certo a ser amparado por meio do mandado de segurança.

Segurança denegada. Medida liminar revogada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, denegar a segurança. Ausente, por férias, o 3º vogal.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Josileide Farias de Souza, com qualificação nos autos, impetrou mandado de segurança com pedido de concessão da medida liminar apontando como autoridades coatoras a Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, o Diretor-Presidente da Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul e o Comandante do Corpo de Bombeiros Militar de Mato Grosso do Sul, porque não a teriam convocado

para continuar participando do Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar, regido pelo Edital n. 1/2009 – SAD/ESCOLAGOV/CBMMS/CFO –, expedido em 21.12.2009 e publicado no DO de 22.12.2009.

Aduz, em suma, que obteve, na Fase I – Prova Escrita de Conhecimentos –, a melhor classificação dentre os candidatos negros, mas foi preterida pelo candidato que lhe sobreveio na classificação.

Desse modo, os impetrados não só violaram as regras do edital, como também descumpriram os preceitos contidos na Lei Estadual n. 3.594, de 10.12.2008, e do Decreto n. 12.809, de 8.12.2009, que a regulamentou.

A liminar foi concedida com base nos seguintes fundamentos:

> Relatados, examino o pedido de concessão da medida liminar.
>
> No que tange ao pedido de concessão de liminar em mandado de segurança, faz-se 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]
>
> Analisando os pressupostos para a concessão de liminar em mandado de segurança, Cássio Scarpinella Bueno recomenda que:
>
> Especificamente para o mandado de segurança (individual e coletivo), não se pode deixar de evidenciar que sua própria previsão em berço constitucional (art. 5º, incs. LXIX e LXX), *per se*, já indica a possibilidade de liminar para proteção *in natura* do bem questionado pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes), constitucionalizando-se, destarte, o direito subjetivo público do impetrante à obtenção da liminar quando comprovados seus pressupostos específicos".[2]
>
> Por sua vez, o Celso Antônio Bandeira de Melo adverte que irreparável é a lesão que inviabiliza o específico direito que está sendo postulado e não seu sucedâneo econômico, pois a possibilidade de reparação patrimonial existe sempre que se viole qualquer direito.[3]
>
> Conforme relatado, o presente *mandamus* foi impetrado com o objetivo de permitir, no geral, que a impetrante continue a participar de um concurso público que é composto de quatro fases distintas, mas sucessivas, sendo que, no caso específico, não foi convocada para a segunda fase.
>
> O edital que veiculou a realização do concurso em relevo (f. 35-45) traz as seguintes regras, naquilo que aqui importa:

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 77.

2 BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 77.

3 MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 376.

1.2 – O Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar será realizado sob a responsabilidade da Secretaria de Estado de Administração, em conjunto com a Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul e Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública para o preenchimento de 5 (cinco) vagas existentes no Quadro de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar – QOBM, sendo 4 (quatro) vagas para sexo masculino e 1 (vaga) para o sexo feminino.

[...]

1.4 – As vagas oferecidas são destinadas para ingresso no Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar/MS, que será realizado nos Estados da Federação que disponibilizarem vagas.

[...]

1.6 – De acordo com a Lei n. 3.594, de 10 de dezembro de 2008, fica reservado 10% (dez por cento) do total de vagas oferecidas, respeitados os limites de vagas por sexo, por cargo/função, aos candidatos que, no momento da inscrição, declararem-se negro.

1.6.1 – Na aplicação do percentual estabelecido no *caput* dever-se-á observar o disposto no Decreto n. 12.810, de 8 de setembro de 2009.

1.6.2 – Os candidatos negros participarão do Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais BM em igualdade de condições com os demais candidatos no que se refere a provas, conteúdos programáticos, critérios de avaliação e classificação, assim como à duração, ao horário e a local de realização das provas, conforme disposto em edital específico.

[...]

1.6.3 – Para concorrer a uma das vagas o candidato negro deverá:

[...]

d) comparecer na entrevista na data e local divulgados em edital específico.

[...]

7.6.3 – Estarão classificados para a próxima fase os 15 (quinze) primeiros candidatos relacionados na Classificação Preliminar, observado o constante no item 8.1 deste Edital.

[...]

8.1 – Serão convocados, mediante Edital, para a realização do Exame de Aptidão Mental (Exame Psicotécnico) os 15 (quinze) primeiros candidatos aprovados na Prova Escrita de Conhecimentos, na proporção de 3 (três) candidatos por vaga oferecida, sendo 12 (doze) para o sexo masculino e 3 (três) para o sexo feminino, obedecendo rigorosamente a ordem de pontuação publicada no Edital, conforme estabelecido no item 7.6 (f. 35 e 38).

Consoante o Edital n. 10/2010 – SAD/ESCOLAGOV/CBMMS/CFO, foi tornada pública a CONVOCAÇÃO dos candidatos que se declararam negro no ato da inscrição, relacionados no anexo único a este Edital, para comparecerem na entrevista (f. 33 e 34) os seguintes candidatos: Alessandro Campos Siqueira, Josileide Farias de Souza e Mário Jorge de Araújo Santos.

Desse modo, a convocação para a entrevista dos candidatos concorrentes às vagas da cota observou o edital.

Quer parecer, então, que a convocação para a fase seguinte do certame, qual seja, a Fase II: Do Exame de Aptidão Mental (Exame Psicotécnico) deveria obedecer a mesma regra, isto é, deveriam ter sido chamados exatamente os mesmos candidatos, acaso confirmada a declaração preliminar prestada.

Todavia, o Edital n. 12/2010 – SAD/ESCOLAGOV/CBMMS/CFO, (f. 49) convocou tão-somente o candidato Mário Jorge de Araújo Santos.

Afigura-se extreme de dúvidas a presença do *fumus boni juris* cuja caracterização deve ser tida sempre no plano da objetividade da dialética exposta na causa de pedir. Em outras palavras, o chamado relevante fundamento deve ser entendido, *sic et simpliciter*, como aquela subsunção objetiva do fato à norma tida como violada, porquanto o exame aprofundado e exauriente da prova é ato de inteligência e vontade a ser exercitado por ocasião da sentença de mérito. Nesse sentido leciona Lúcia Valle Figueiredo:

De conseguinte, relevante não é o que se apresenta ao juiz como tal, sem objetividade. Não são os '*standards* pessoais' do juiz que estão em jogo. Relevante não pode ser condicionado subjetivamente. Pelo menos no que tange a garantias fundamentais da Constituição.

[...] Não importa que o julgador, a final, possa até reconhecer que a inconstitucionalidade inexiste. Isto é decisão de mérito que, à primeira cognição do magistrado, não há de se colocar.[4]

In casu, demonstra o impetrante, ao menos em sede de cognição sumária, a relevância da fundamentação, no sentido de que as regras do edital do concurso não foram observadas.

Ovídio Araújo Baptista da Silva, em lição sobre o tema, relata:

Casos há de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança.

Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição, ou tutelá-lo como simples aparência -, esta última solução torna-se perfeitamente legítima.[5]

Dessa forma, resta também evidenciado o *periculum in mora*, uma vez que o concurso está em andamento e não se tem certeza de que o *mandamus* será julgado entes de seu término.

Por outro lado, o que se observa, no caso em análise, é uma notória desproporcionalidade entre os bens jurídicos colocados em exame, vale dizer, entre tutelar, de imediato, o direito de a impetrante continuar no certame, isto ao menos em caráter provisório e até o julgamento da segurança, e validar os atos impugnados ao fundamento da presunção de legalidade dos atos administrativos, o que iria impedi-la, desde já, de continuar realizando o concurso público em destaque.

Ante o exposto, presentes os pressupostos específicos para a concessão de liminar, defiro a medida pleiteada para o fim de determinar às autoridades coatoras que adotem as providências necessárias para que a impetrante continue, em caráter provisório, a participar do concurso público objeto da segurança.

Por outro lado, vejo que a hipótese vertente contempla o litisconsórcio passivo, posto que a concessão da segurança em definitivo poderá irradiar efeitos sobre a esfera jurídica de

4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 122.

5 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Reforma do CPC**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142.

> determinados candidatos que ainda continuam no certame, quem sejam: Alessandro Campos Siqueira; Mário Jorge de Araújo Santos; Karen Dias Rabelo; Natascha de Almeida Netto; e Thaynara Fetsch Werner Silva.
>
> Notifiquem-se as autoridades impetradas para, no prazo de dez (10) dias, prestar informações.
>
> Cite-se o Estado de Mato Grosso do Sul para, querendo, integrar a lide.
>
> Promova a impetrante a citação dos litisconsortes retro mencionados, depositando em juízo (Secretaria deste Tribunal), no prazo de dez (10) dias, suas respectivas qualificações e endereços, sob pena de extinção do feito.
>
> Após, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral de Justiça.
>
> Defiro os benefícios da gratuidade da justiça ante a declaração de f. 13 (f. 60-6).

Na mesma decisão determinei a citação dos litisconsortes necessários, sendo que: (a) Alessandro Campos Siqueira foi citado (f. 190), deixando de se manifestar: (b) Mário Jorge de Araújo Santos e (c) Karen Dias Rabelo foram excluídos do concurso (f. 205 e 208, respectivamente); (d) Natascha de Almeida Neto e (e) Thaynara Fetsch Werner Silva apresentaram contestação (f. 181-3 e f. 239-64), pugnando pela legalidade do ato e pela denegação da segurança.

Os impetrados e o Estado de Mato Grosso do Sul prestaram informações e formularam defesa, isto em peça única (f. 90-110), aduzindo o que segue.

A impetrante não demonstrou, *quantum satis,* a violação do alegado direito líquido e certo. Segundo afirmam, o edital do concurso está em harmonia com o que preceitua o art. 37 da Constituição Federal. De igual modo, a Lei Estadual n. 3.594/2008 que "*institui, como medida de promoção da igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, o programa de reserva de vagas, para negros, em concursos públicos para provimento de cargos no Estado de Mato Grosso do Sul*" (f. 98) não destoa do que contido no referido dispositivo constitucional ao fixar em 10% (dez por cento) o número de vagas reservadas às cotas, desprezadas as frações.

No caso, o certame em relevo disponibilizou 5 (cinco) vagas, sendo 4 (quatro) para o sexo masculino e 1 (uma) para o sexo feminino, ocasionando fração, que foi desprezada. Desse modo, a hipótese fática não se subsume ao comando contido na lei local de regência.

Continuando, informam ainda que, no concurso em destaque, passaria para a segunda fase do certame um quantitativo correspondente a três vezes o número de vagas, de modo que, ficando reservada uma vaga para o sexo feminino, passariam de fase as três candidatas que ficaram com as primeiras colocações, tornando-se inviável a reserva de cota por significar número fracionário, acrescentando, no tanto, que a impetrante não logrou estar dentre as três primeiras colocadas.

Por fim, postulam por um juízo explícito sobre os seguintes dispositivos constitucionais: "*a) art. 3º, III, CF; b) art. 5º, caput, princípio da igualdade; c) art. 5º, II, 37, caput, princípio da legalidade; d) art. 37, caput, princípio da impessoalidade; e) artigo 37, II, CF; princípio do amplo acesso aos cargos públicos; f) art. 37, VIII, CF, política de cotas*" (f. 109).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança (f.285-91).

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Josileide Farias de Souza, com qualificação nos autos, impetrou mandado de segurança com pedido de concessão da medida liminar, apontando como autoridades coatoras a Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, o Diretor-Presidente da Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul e o Comandante do Corpo de Bombeiros Militar de Mato Grosso do Sul, porque não a teriam convocado para continuar participando do Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar, regido pelo Edital n. 1/2009 – SAD/ESCOLAGOV/CBMMS/CFO, expedido em 21.12.2009 e publicado no DO de 22.12.2009.

A Lei Estadual n. 3.594, de 10.12.2008, que institui o sistema de cota, assim dispunha naquilo que aqui interessa:

> Art. 1º O Poder Público do Estado de Mato Grosso do Sul promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para negros, reservando-lhes cota mínima de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas em todos os seus concursos para provimento de cargos públicos nos quadros de carreira.
>
> § 1º A reserva mínima de 10% (dez por cento), de que trata a presente Lei, será disponibilizada aos negros aprovados no processo seletivo realizado em iguais condições para todos os candidatos.
>
> § 2º Dos editais dos concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas para negros existentes entre os candidatos aprovados.

Anoto, para constar, que referido dispositivo foi parcialmente alterado por força da Lei Estadual n. 3.939, de 21.7.2010, que acrescentou um percentual de mais 3% (três por cento) para os índios, o que, por óbvio, nenhuma influência traz para o julgamento do presente mandado de segurança.

O Decreto n. 12.810, de 8.9.2008, que regulamentou a referida Lei, estabelece, em seu art. 1º, § 3º, que "*Na aplicação do percentual estabelecido no caput será desprezada a fração, se houver*".

Desse modo, a cota só será reservada se a aplicação do percentual de 10% (dez por cento) resultar em ao menos uma vaga, não assim se for verificada qualquer fração.

O Edital do Concurso em tela trouxe as seguintes disposições, que, a meu ver, importam para o julgamento do presente *writ* (f. 35-45)*:*

> 1.2 – O Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar será realizado sob a responsabilidade da Secretaria de Estado de Administração, em conjunto com a Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul e Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública para o preenchimento de 5 (cinco) vagas existentes no Quadro de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar – QOBM, sendo 4 (quatro) vagas para sexo masculino e 1 (vaga) para o sexo feminino.
>
> [...]
>
> 1.4 – As vagas oferecidas são destinadas para ingresso no Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar/MS, que será realizado nos Estados da Federação que disponibilizarem vagas.
>
> [...]

> 1.6 – De acordo com a Lei n. 3.594, de 10 de dezembro de 2008, fica reservado 10% (dez por cento) do total de vagas oferecidas, respeitados os limites de vagas por sexo, por cargo/função, aos candidatos que, no momento da inscrição, declararem-se negro.
>
> 1.6.1 – Na aplicação do percentual estabelecido no *caput* dever-se-á observar o disposto no Decreto n. 12.810, de 8 de setembro de 2009.
>
> 1.6.2 – Os candidatos negros participarão do Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais BM em igualdade de condições com os demais candidatos no que se refere a provas, conteúdos programáticos, critérios de avaliação e classificação, assim como à duração, ao horário e a local de realização das provas, conforme disposto em edital específico.
>
> [...]
>
> 1.6.3 – Para concorrer a uma das vagas o candidato negro deverá:
>
> [...]
>
> d) comparecer na entrevista na data e local divulgados em edital específico.
>
> [...]
>
> 7.6.3 – Estarão classificados para a próxima fase os 15 (quinze) primeiros candidatos relacionados na Classificação Preliminar, observado o constante no item 8.1 deste Edital.
>
> [...]
>
> 8.1 – Serão convocados, mediante Edital, para a realização do Exame de Aptidão Mental (Exame Psicotécnico) os 15 (quinze) primeiros candidatos aprovados na Prova Escrita de Conhecimentos, na proporção de 3 (três) candidatos por vaga oferecida, sendo 12 (doze) para o sexo masculino e 3 (três) para o sexo feminino, obedecendo rigorosamente a ordem de pontuação publicada no Edital, conforme estabelecido no item 7.6 (f. 35 e 38).

Vê-se, então, que os fatos narrados nos autos não permitem que se diga da violação do alegado direito líquido e certo mencionado na petição inicial, pois a aplicação do percentual relativo à cota para as pessoas negras resultou em fração, circunstância esta que não ampara a pretensão mandamental.

Ademais, em caso de arredondamento, como pretende a impetrante, estar-se-ia diante de um quadro de inconstitucionalidade, na esteira do que contido no art. 37, *caput,* I e II, da Constituição Federal, uma vez que, tratando-se de vaga única, estar-se-ia excluindo do concurso as demais candidatas do sexo feminino, a dizer, o concurso estaria com acesso exclusivo para as pessoas negras.

A par disso, decisão deste órgão julgador em sentido contrário ao que determina a lei local estaria consubstanciando atividade legislativa substitutiva ao legislador originário, o que é vedado ao Poder Judiciário, isto em homenagem ao princípio da tripartição dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

Nesse contexto, a impetrante não se desincumbiu de demonstrar, estreme de dúvidas, a existência de direito líquido e certo a ser amparado por meio do mandado de segurança.

Ante o exposto, denego a segurança, de acordo com o parecer, ficando expressamente revogada a medida liminar.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 3º VOGAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves, Tânia Garcia de Freitas Borges e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.034512-5 - Nova Andradina
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – APLICABILIDADE DO CDC – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE MANEIRA MAIS BENÉFICA AO CONSUMIDOR – INCLUSÃO DE CÔNJUGE – ACEITAÇÃO DA SEGURADORA – CLÁUSULA DE TÉRMINO DA COBERTURA POR SEPARAÇÃO JUDICIAL DOS BENEFICIADOS – NULA – AUSÊNCIA DE DIVÓRCIO – CASAMENTO EXISTENTE – ART. 1.571 DO CC – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, conforme dispõem o artigo 6º, incisos IV e V, e o artigo 51, ambos do CDC, sendo até mesmo possível a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas um dos direitos básicos do consumidor.

A seguradora assumiu o risco de sua atividade ao aceitar a inclusão do cônjuge do titular, ainda que haja cláusula de término da cobertura no caso de separação judicial, porquanto esta condição dos segurados já era existente na época da contratação do seguro.

Ainda que haja separação judicial dos segurados, sem divórcio, o casamento é existente, já que continua a haver vínculo matrimonial, sendo que a separação põe termo apenas à sociedade conjugal, nos termos do artigo 1.571, III e § 1º, do Código Civil.

Interpretação mais favorável ao consumidor (artigo 47 do CDC).

Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de janeiro de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Companhia de Seguros Aliança do Brasil, irresignada com a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial referente à ação de cobrança proposta por Manoel Ribeiro Teixeira e Maria Irenilde dos Santos, interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma do *decisum*.

No apelo de f. 224-34, a seguradora aduz que houve o descumprimento das cláusulas contratuais pelos apelados, o que justifica a negativa da apelante no pagamento da indenização securitária, porquanto a cláusula para condição de inclusão do cônjuge como segurado no contrato é facultativa.

Sustenta que o segurado principal deveria ter requerido a inclusão do cônjuge, não havendo falar em contratação automática, de maneira que não pode ser condenada a indenizar um risco totalmente excluído.

Destaca que o apelado, ao omitir informações, não agiu com boa-fé, consoante o disposto no art. 766 do CC, uma vez que *"os apelados, após a separação, reconciliaram-se, retomando a vida em comum, em regime de união estável, deveriam ter noticiado a seguradora por ocasião da renovação do contrato, vez que a apólice prevê expressamente na citada cláusula 7.1. o obrigatório término da cobertura no caso de separação judicial ou divórcio."*

Menciona que a negativa de pagamento de indenização com fundamento em risco expressamente excluído do contrato securitário visava a resguardar o fundo mútuo de reserva para pagamento das indenizações.

Afirma que o contrato pactuado tem força de lei entre as partes, pois entendimento contrário feriria o princípio do *pacta sunt servanda*.

Ao final, pugna pelo prequestionamento expresso dos artigos 765, 766, 884, 1.432, 1.434, 1.443 e 1.444 do Código Civil.

Remata, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de, em reformando a sentença recorrida, julgar improcedente a ação e inverter os ônus da sucumbência.

Intimados, os recorridos deixaram de apresentar contrarrazões (f. 240).

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Companhia de Seguros Aliança do Brasil contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial referente à ação de cobrança proposta por Manoel Ribeiro Teixeira e Maria Irenilde dos Santos.

No apelo de f. 224-34, a seguradora aduz que houve o descumprimento das cláusulas contratuais pelos apelados, o que justifica a negativa da apelante no pagamento da indenização securitária, porquanto a cláusula para condição de inclusão do cônjuge como segurado no contrato é facultativa.

Sustenta que o segurado principal deveria ter requerido a inclusão do cônjuge, não havendo falar em contratação automática, de maneira que não pode ser condenada a indenizar um risco totalmente excluído.

Destaca que o apelado, ao omitir informações, não agiu com boa-fé, consoante o disposto no art. 766 do CC, uma vez que *"os apelados, após a separação, reconciliaram-se, retomando a vida em comum, em regime de união estável, deveriam ter noticiado a seguradora por ocasião da renovação do contrato, vez que a apólice prevê expressamente na citada cláusula 7.1. o obrigatório término da cobertura no caso de separação judicial ou divórcio."*

Menciona que a negativa de pagamento de indenização com fundamento em risco expressamente excluído do contrato securitário visava a resguardar o fundo mútuo de reserva para pagamento das indenizações.

Afirma que o contrato pactuado tem força de lei entre as partes, pois entendimento contrário feriria o princípio do *pacta sunt servanda*.

Ao final, pugna pelo prequestionamento expresso dos artigos 765, 766, 884, 1.432, 1.434, 1.443 e 1.444 do Código Civil.

Remata, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de, em reformando a sentença recorrida, julgar improcedente a ação e inverter os ônus da sucumbência.

Intimados, os recorridos deixaram de apresentar contrarrazões (f. 240).

Pois bem. O cerne das questões postas em discussão cinge-se em saber se a recorrida Maria Irenilde dos Santos faz *jus* ao recebimento da indenização pela invalidez permanente nos termos do contrato de seguro realizado por seu cônjuge, Manoel Ribeiro Teixeira, uma vez que estavam separados judicialmente na época da contratação.

Na sentença vergastada, o magistrado assim decidiu (f. 216-20):

> Posto isso, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido deduzido na presente Ação de Cobrança ajuizada por Manoel Ribeiro Teixeira e Maria Irenilde dos Santos em face de Companhia de Seguros Aliança do Brasil para o fim especial de condenar a ré a pagar autora Maria Irenilde dos Santos indenização securitária fixada em R$ 7.140,07 (sete mil, cento e quarenta reais e sete centavos), valor correspondente a 25% do capital segurado, corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV desde a data da negativa de cobertura (27.7.2006) e sujeito a juros moratórios no percentual de 1% ao mês, a partir da data da citação.
>
> Atento ao princípio da sucumbência, e sendo ela recíproca, as partes arcarão cada qual com 50% das custas processuais, bem como com os honorários de seus respectivos patronos.

Ora, tenho que a sentença objurgada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Inicialmente, vale destacar que a aplicabilidade das normas consumeristas ao caso em tela é inquestionável. Observe que foi instaurada entre as partes uma relação contratual de seguro de vida e de acidentes pessoais. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, temos que:

> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção e montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> [...].
>
> § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Segundo Cláudia Lima Marques:

> [...] a jurisprudência brasileira interpreta hoje os contratos de seguro à luz do Código de Defesa do Consumidor, como ensina a decisão do STJ: 'Seguro – Competência – Ação de cobrança da indenização – Código de Defesa do Consumidor – O descumprimento da obrigação de indenizar é fato ilícito contratual e gera a responsabilidade civil do infrator. Ocorrendo na relação de consumo (serviço de seguros), pode a ação dela derivada ser proposta no foro de domicílio do autor, nos termos do art. 101, I do Código de Defesa do Consumidor (STJ, REsp n. 193.327, MT, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 10.5.1999).[1]

Não se pode olvidar que no Direito Civil Brasileiro vige a autonomia de vontade no negócio jurídico, devendo-se observar que essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos, quais sejam, (a) pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou (b) pelo prisma da escolha da modalidade do contrato.

Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes, faz valer, portanto, o princípio *pacta sunt servanda*, consolidando a tese de que o acordo de vontade faz lei entre as partes.

A ideia de força obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, possuindo direitos e obrigações. Com isso, não se desvinculam, a não ser por meio de outro acordo de vontades ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos que escapam à vontade do homem). Essa força obrigatória é reconhecida pelo direito e se impõe ante a tutela jurisdicional.

Entretanto, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, embora a vontade continue essencial à formação dos negócios jurídicos, sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, conforme dispõem o artigo 6º, incisos IV e V, e o artigo 51, ambos do CDC. Sendo assim, tem-se que é possível a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, bem como sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas ao consumidor.

Portanto, não resta dúvida de que a vedação de prática ou inserção de cláusulas abusivas tem por fim promover a igualdade dos contratantes, busca, por conseguinte, amenizar as eventuais distorções e os desequilíbrios que decorrem da natural primazia que detêm os grandes prestadores de serviços sobre o público consumidor em geral.

De asseverar, ainda, que as normas constantes no Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública, que tutelam interesses sociais, sendo impossíveis de derrogação pela simples convenção dos interessados, salvo se houver autorização legal expressa.

Logo, quando o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 1º, preceitua o estabelecimento de norma de ordem pública e interesse social para reger a relação de consumo, buscou o legislador proporcionar o equilíbrio dentro do qual o consumidor possa se equiparar ao fornecedor, sem que este último se valha de sua vontade para obter vantagens mediante acordos contratuais.

Desta forma, o contrato em apreço merece ser analisado sob a ótica consumerista, inclusive com a aplicação da regra prevista no artigo 47 do CDC, a qual determina que *"as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor"*.

Assim, a meu ver, em que pese constar na cláusula 7 do contrato de seguro avençado entre as partes que, no caso de separação judicial ou divórcio do casal, a cobertura de qualquer segurado, cônjuge ou companheiro, terminaria obrigatoriamente (f. 81), entendo que as alegações da seguradora recorrente não devem ser consideradas.

1 MARQUES. Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor -** O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 397.

Ora, verifica-se dos autos que a separação judicial dos recorridos deu-se em 9.4.1997 (f. 23), ou seja, antes do início de vigência do contrato de Seguro Ouro Vida (Apólice n. 9634) realizado entre a seguradora recorrente e Manoel Ribeiro Teixeira em 4.8.1998, o qual previa a seguridade do titular e seu cônjuge, no caso, Maria Irenilde dos Santos (f. 10).

Dessa forma, tenho que a seguradora assumiu o risco de sua atividade ao aceitar a inclusão do cônjuge do titular, ainda que haja cláusula de término da cobertura no caso de separação judicial, porquanto esta condição dos segurados já era existente na época da contratação do seguro.

Mesmo assim, a seguradora realizou o contrato de seguro aceitando a inclusão da segurada como beneficiária do prêmio contratado, está configurado, portanto, o risco inerente à prática de sua atividade, o que afasta a validade da cláusula de cancelamento da cobertura em razão da mera separação dos recorridos.

Aliás, tem-se que, nos termos do § 1º do artigo 1.571 do Código Civil, *"O casamento válido só de dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente."*

Ora, a teor do supracitado dispositivo, é de se reconhecer que, ainda que haja a separação judicial do casal, sem divórcio, o casamento é existente, já que continua a haver vínculo matrimonial, sendo que a separação põe termo apenas à sociedade conjugal, nos termos do já citado artigo 1.571, III, do Código Civil[2].

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

> RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – NÃO-OCORRÊNCIA – CLÁUSULA SUPLEMENTAR DE INCLUSÃO DE CÔNJUGE – DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE ABRANGE, TAMBÉM, O SEPARADO JUDICIALMENTE QUE NÃO TENHA SE DIVORCIADO – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
>
> 1. Não existe negativa de prestação jurisdicional no acórdão que, a despeito de adotar fundamento diverso daquele pretendido pela parte, efetivamente decide de forma fundamentada toda a controvérsia.
>
> 2. A separação judicial, diversamente do divórcio, não põe termo ao vínculo matrimonial, senão apenas à sociedade conjugal.
>
> 3. Em se tratando de contrato de seguro, a melhor exegese orienta a que a cláusula de inclusão de cônjuge na qual se emprega o verbete "cônjuge", deve abranger também o beneficiário que, separado judicialmente, não tenha convertido a separação em divórcio, como sucede *in casu*.
>
> 4. Recurso especial improvido. (STJ, REsp n. 1129048/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ de 3.2.2010 – Grifei).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – IRREGULARIDADE FORMAL DO RECURSO – PRELIMINAR REJEITADA – SEGURO DE VIDA – ILEGITIMIDADE ATIVA – REJEITADA – PAGAMENTO DEVIDO DO VALOR SEGURADO – TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.
>
> 1. Para declarar a nulidade do ato processual, é necessário demonstrar, de modo objetivo, os prejuízos dele resultantes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa.

2 *"Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:*
[...]
III – pela separação judicial;"

> 2. Constando do instrumento de adesão ao contrato de seguro que os beneficiários são, *in litteris*, "o cônjuge, e na falta os filhos do casal em partes iguais e com reversão entre si", esse ajuste sobrepõe-se à limitação prevista na Cláusula Suplementar de Inclusão Facultativa de Cônjuges, e impõe a conclusão de que o casal supramencionado gozava de tratamento idêntico como segurados e tinha como beneficiários o cônjuge e, na falta deste, os filhos de ambos, motivo pelo qual os filhos têm legitimidade ativa para cobrar o pagamento do valor segurado.
>
> 3. Embora o casal estivesse separado judicialmente na época do falecimento da segurada, a apólice foi renovada automaticamente após o primeiro ano de vigência do contrato, e a seguradora continuou a cobrar o valor integral do prêmio mensal do seguro mesmo após o fato que ensejaria o término da cobertura em relação à cônjuge falecida. Esse comportamento da seguradora, consubstanciado na prática de atos de claro reconhecimento da vigência do contrato e tendentes à presunção de aceitação de seus dispositivo originários, não deixa dúvida sobre a subsistência dos termos iniciais da apólice de seguro firmada pelo pai dos requerentes.
>
> 4. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora contam-se da citação. (TJMS, AC n. 2007.0092163-3, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 25.3.2008 – Grifei).

Portanto, tendo em vista que a seguradora assumiu os riscos inerentes a sua atividade ao aceitar a inclusão da cônjuge do segurado titular, somando ao fato de que a mera separação judicial não põe termo ao casamento, uma vez que este dissolve-se apenas por divórcio ou morte, é de se considerar nula a cláusula contratual que prevê o cancelamento da cobertura em razão da separação judicial dos recorridos.

Por fim, quanto ao prequestionamento feito pela seguradora, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*.

Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> No princípio em estudo está contido o brocardo narra *mihi factum, narro tibi ius,* que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz.[3]

Com isso, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:

> O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais. (TJMS, ED n. 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, DJ de 24.2.1999).

A propósito, eis o escólio de Nelson Nery Júnior:

> Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida.[4]

3 PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 240.

4 NERY JÚNIOR, Nelson. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2001. p. 859.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto e nego-lhe provimento, mantendo *in totum* a sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 11 de janeiro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.000479-6 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR ARGUÍDA EM CONTRARRAZÕES – INOVAÇÃO DA LIDE – ACOLHIDA – MÉRITO – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO À PARTE DO RECURSO – AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL – EXECUÇÃO GARANTIDA POR HIPOTECA DEVIDAMENTE REGISTRADA – DIREITO DE SEQUELA – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUIR O BEM DA PENHORA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

A análise da matéria suscitada somente no recurso de apelação fere os princípios dispositivos, da concentração e da eventualidade, implicando, outrossim, inovação da lide em sede recursal, o que é vedado pelo sistema processual e, em especial, pelo aparato recursal em razão do efeito devolutivo.

Para que o juízo *ad quem* possa proferir o julgamento do mérito do recurso, faz-se mister que estejam presentes determinados requisitos intrínsecos e extrínsecos. Dentre os pressupostos intrínsecos da admissibilidade do recurso, está o interesse recursal, que se consubstancia na idéia de que a decisão atacada causa algum prejuízo ao recorrente. Assim, não se conhece da parte do recurso que se insurge contra pretensão já concedida.

A alegação de posse do imóvel é insuficiente para obstar a penhora, legitimamente realizada em razão da garantia hipotecária oferecida e devidamente registrada, que concede ao credor a possibilidade de perseguir o bem em poder de quem quer que ele se encontre (direito de sequela).

Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos.

Recurso parcialmente conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de março de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Francisco Manoel Maia apela da sentença que julgou improcedentes os pedidos realizados nos autos dos embargos de terceiro opostos em face de Associação de Poupança e Empréstimo – Poupex**.**

Nas razões recursais de f. 110-8, menciona que é terceiro de boa-fé e, nessa condição, detém a posse do imóvel objeto da ação, devendo ser nela mantido até o término da ação executiva, já que ficou demonstrado nos autos que a embargada tinha conhecimento de que estava na posse do imóvel, conforme o documento de Rerratificação ao Contrato Particular de Compra e Venda com Pacto Adjeto de Hipoteca, juntado à f. 36.

Sustenta que *"a embargada não pode alegar que a posse é de má-fé, ou mesmo clandestina, se tinha conhecimento e aceitação tácita da condição de possuidor do embargante."*

Alega que a exequente, ora embargada, não possui o direito de invocar os ditames contidos no art. 4º, *caput*, § 1º, da Lei n. 5.741/71.

Aduz que o magistrado *a quo* deixou de verificar que o contrato particular de cessão de direitos de imóvel financiado firmado com os devedores hipotecários foi elaborado no ano de 1991, ou seja, há mais de 10 anos da propositura da ação executiva, o que, por si só, caracteriza a sua boa-fé.

Esclarece que, quando da aquisição do bem objeto, não havia nenhuma ação impeditiva para que o negócio deixasse de se realizar, principalmente, se após a aquisição, passou a efetuar os pagamentos e negociar diretamente com a embargada, conforme documentos de f. 37-40.

Destaca que a cláusula quarta é nula, já que o agente financeiro não pode alterar condições contratuais que levem o devedor a enfrentar prejuízos, caso haja necessidade de discussão de direito pelas vias judiciais, bem como pelo fato de que o instrumento foi firmado por pessoa que não detinha poderes para representar os devedores do contrato original.

Remata, pugnando pelo conhecimento e provimento ao recurso, a fim de, em reformando a sentença objurgada e suspendendo a ação de execução, reconhecer a boa-fé do embargante para mantê-lo na posse do imóvel até o final do julgamento do processo de execução e declarar nulo e sem efeito o Instrumento de Rerratificação de f. 36, uma vez que lhe foi imposto de forma abusiva.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões às f. 124-41, arguindo preliminar de não conhecimento do recurso por inovação da lide, pois é inviável a alteração do pedido ou da causa de pedir em sede recursal.

Alega, ainda, o não cabimento da discussão acerca da nulidade do contrato em sede de embargos de terceiro.

No mérito, rebate os fundamentos do apelo e pugna pelo improvimento do recurso com a manutenção integral da sentença e o prequestionamento da matéria recursal ventilada.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Francisco Manoel Maia contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos realizados nos autos dos embargos de terceiro opostos em face de Associação de Poupança e Empréstimo – Poupex.

Nas razões recursais de f. 110-8, menciona que é terceiro de boa-fé e, nessa condição, detém a posse do imóvel objeto da ação, devendo ser nela mantido até o término da ação executiva, já que ficou demonstrado

nos autos que a embargada tinha conhecimento de que estava na posse do imóvel, conforme o documento de Rerratificação ao Contrato Particular de Compra e Venda com Pacto Adjeto de Hipoteca, juntado à f. 36.

Alega que *"a embargada não pode alegar que a posse é de má-fé, ou mesmo clandestina, se tinha conhecimento e aceitação tácita da condição de possuidor do embargante."*

Sustenta que a exequente, ora embargada, não possui o direito de invocar os ditames contidos no art. 4º, *caput*, § 1º, da Lei n. 5.741/71.

Aduz que o magistrado *a quo* deixou de verificar que o contrato particular de cessão de direitos de imóvel financiado firmado com os devedores hipotecários foi elaborado no ano de 1991, ou seja, há mais de 10 anos da propositura da ação executiva, o que, por si só, caracteriza a sua boa-fé.

Esclarece que, quando da aquisição do bem objeto, não havia nenhuma ação impeditiva para que o negócio deixasse de se realizar, principalmente, se após a aquisição, passou a efetuar os pagamentos e negociar diretamente com a embargada, conforme documentos de f. 37-40.

Destaca que a cláusula quarta é nula, já que o agente financeiro não pode alterar condições contratuais que levem o devedor a enfrentar prejuízos, caso haja necessidade de discussão de direito pelas vias judiciais, bem como pelo fato de que o instrumento foi firmado por pessoa que não detinha poderes para representar os devedores do contrato original.

Remata, pugnando pelo conhecimento e provimento ao recurso, a fim de, em reformando a sentença objurgada e suspendendo a ação de execução, reconhecer a boa-fé do embargante para mantê-lo na posse do imóvel até o final do julgamento do processo de execução e declarar nulo e sem efeito o Instrumento de Rerratificação de f. 36, uma vez que lhe foi imposto de forma abusiva.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões às f. 124-41, arguindo preliminar de não conhecimento do recurso por inovação da lide, pois é inviável a alteração do pedido ou da causa de pedir em sede recursal.

Alega, ainda, o não cabimento da discussão acerca da nulidade do contrato em sede de embargos de terceiro.

No mérito, rebate os fundamentos do apelo e pugna pelo improvimento do recurso com a manutenção integral da sentença e o prequestionamento da matéria recursal ventilada.

Da preliminar.

Da inovação da lide em sede recursal.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise da prejudicial de mérito arguidas nas contrarrazões do apelo.

Sustenta a recorrida que na exordial e em nenhum momento dos autos o apelante alegou a suposta nulidade do documento de f. 36, tampouco que fora coagido a assiná-lo, razão pela qual é impossível o conhecimento da referida questão.

De fato, vejo que, nesta parte, não é de ser conhecido o pedido por se tratar de inovação da lide.

A simples análise das razões recursais e da inicial revela ter o embargante inovado na lide, porquanto acrescentou pedido novo, ofendendo, dessa forma, o princípio da estabilidade objetiva da demanda.

É sabido que pelo princípio da estabilidade objetiva da demanda, ao autor só é lícito promover a alteração dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) antes da citação do réu. Após isso, o autor somente poderá substituir seu pedido ou sua causa de pedir com a anuência do réu, ainda que revel, que terá novo prazo de resposta, pois, a toda evidência, a demanda foi alterada. Outrossim, após o saneamento do feito, é vedada qualquer alteração ou substituição, ainda que com o consentimento do réu.

Portanto, não é possível alterar objetivamente o processo em fase recursal, porque, além de não ter sido oportunizado à parte contrária a defesa com relação às novas alegações, haverá supressão de instância.

Nesse sentido são os ensinamentos do professor Fredie Didier Jr:

> É direito processual do autor promover a alteração (substituição) dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) antes da citação do réu (art. 264 do CPC). Após a citação, o autor somente poderá fazê-lo com o consentimento do demandado, ainda que revel (art. 321 do CPC), que terá novo prazo de resposta, pois a demanda terá sido alterada.[1]

Prossegue o autor:

> Após o saneamento, é vedada qualquer alteração objetiva promovida pelo autor, mesmo com o consentimento do réu. Em razão disso, não se pode alterar objetivamente o processo em fase recursal, até mesmo para que não haja supressão de instância. A única alteração objetiva do processo possível após o saneamento é a que ocorre em razão da oposição interventiva (art. 59, CPC), que, além de ser promovida por terceiro, deverá ser feita até o inicio da audiência de instrução e julgamento (sobre a distinção entre oposição interventiva e oposição autônoma, ver o capítulo sobre a intervenção de terceiro).[2]

Ademais, como ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> O efeito devolutivo da apelação faz com que seja devolvido ao tribunal *ad quem* o conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo apelante nas suas razões de recurso. [...]. A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como conseqüências: a) a limitação do conhecimento do tribunal que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (*tantum devolutum quantum apellatum*); b) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido).[3]

Na espécie, a causa de pedir do embargante está apoiada no reconhecimento da sua posse de boa-fé sobre o imóvel objeto da ação executiva.

Todavia, quando da apresentação de suas razões recursais, houve o acréscimo de pedido do reconhecimento da nulidade do documento do Instrumento de Rerratificação de f. 36, uma vez que alega ter-lhe sido imposto de forma abusiva, questão, esta que nem sequer foi analisada pelo magistrado de instância singela na sentença ora vergastada.

Ora, como dito, a simples análise das razões recursais evidencia estar o embargante inovando a lide ao trazer pretensão nova, afrontando, assim, o princípio da estabilidade objetiva da demanda e do duplo grau de jurisdição que exige a apreciação por dois órgãos diferentes.

Efetivamente, a insurgência suscitada somente no recurso de apelação, fere, ainda, os princípios dispositivo da concentração e da eventualidade, implicando, outrossim, em inovação da lide em sede recursal, o

1 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 381-2. v. 1

2 Ibidem.

3 NERY JUNIOR, Nelson . NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 741.

que é vedado pelo sistema processual e, em especial, pelo aparato recursal em razão do efeito devolutivo.

A vedação à supressão de instância deriva diretamente do princípio do duplo grau de jurisdição. Com isso, não é permitido à parte demandar diretamente perante o Tribunal providência que deveria postular em grau inferior de jurisdição, existindo verdadeiro óbice de incompetência de o Tribunal apreciar, originariamente, providência não pedida em primeiro grau, sob pena de admitir-se um verdadeiro alargamento do objeto ou do pedido do processo.

Sobre o tema, confiram-se os seguintes julgados:

> Não se conhece do recurso, sob pena de inovação da lide e supressão e instância, no tocante às matérias que não foram objeto do pedido da inicial, portanto não apreciadas pelo magistrado de primeiro grau. (TJMS, AC n. 2009.005607-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 29.6.2009).
>
> A análise da matéria suscitada somente no recurso de apelação fere os princípios dispositivos, da concentração e da eventualidade, implicando, outrossim, inovação da lide em sede recursal, o que é vedado pelo sistema processual e, em especial, pelo aparato recursal em razão do efeito devolutivo.
>
> Há verdadeiro óbice de incompetência do Tribunal em apreciar, originariamente, providência não pedida em primeiro grau, sob pena de admitir-se o alargamento do objeto ou do pedido do processo, evidenciando-se, a supressão de instância. (TJMS, AC n. 2007.031767-6, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 17.3.2008).
>
> Não se conhece das matérias que somente foram deduzidas em grau de recurso, caracterizando pretensa inovação da lide, até porque é defeso no apelo suscitar questões de fato não propostas no juízo inferior. (TJMS, AC n. 2006.000948-4, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 1.8.2006).

Logo, acolho a preliminar de inovação da lide e deixo de apreciar referido pedido.

Do mérito.

Da ausência de interesse quanto à parte do recurso.

Inicialmente, há de se esclarecer que falta ao apelante interesse recursal em relação ao pedido de concessão de efeito suspensivo aos embargos de terceiro para determinar a suspensão da ação de execução.

Como é cediço, o recurso se consubstancia em medida destinada a provocar o reexame ou integração de decisão judicial e, conforme destaca Nelson Nery Júnior, é um procedimento em continuação, já que se verifica dentro do mesmo processo [4].

Contudo, há de se observar que, para que o juízo *ad quem* possa proferir o julgamento do mérito do recurso, faz-se mister que estejam presentes determinados requisitos. O juízo de admissibilidade do recurso antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito, e formado de questões prévias, cuja ausência de um desses requisitos faz com que o recurso não seja conhecido. Conforme leciona José Carlos Barbosa Moreira, o juízo de admissibilidade, se positivo, tem como efeito precípuo o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão *ad quem*; se negativo, o de trancar-lhe essa via[5].

4 NERY JÚNIOR, Nelson **.Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 252.

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 262. v. V

Valendo-se da classificação de José Carlos Barbosa Moreira, esses pressupostos de admissibilidade podem ser classificados em pressupostos intrínsecos, concernentes à própria existência do poder de recorrer (cabimento, legitimação para recorrer e interesse em recorrer), e pressupostos extrínsecos, relativos ao modo de exercer o poder de recorrer, fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar (tempestividade, regularidade da forma, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo).

Dentre os pressupostos intrínsecos da admissibilidade do recurso, está o interesse recursal.

Tem interesse recursal aquele que, legitimado para tanto, tenha sofrido um prejuízo com a decisão que pretende impugnar na via do recurso. Tal prejuízo traduz-se numa posição de desvantagem para a parte, caso a decisão recorrida venha a prevalecer. Daí por que o interesse recursal encontra-se ligado à idéia de sucumbência.

Frise-se, por oportuno, que, em um contexto mais genérico, tem-se a sucumbência como parâmetro balizador do interesse recursal. Nesse sentido leciona Vicente Greco Filho:

> É pressuposto subjetivo dos recursos a sucumbência. A sucumbência, que se identifica com o interesse de recorrer, é a situação de prejuízo causada pela decisão. Não, porém, no sentido material de dano, mesmo porque, como o direito de ação é abstrato, para demandar e para recorrer não se exige que alguém esteja realmente prejudicado, porque é a própria decisão jurisdicional que vai definir quem tem razão; prejuízo, para fins de recurso, tem um sentido comparativo, de relação entre a expectativa da parte e o que foi decidido. Não apenas é sucumbente aquele que pediu e não foi atendido integralmente; é também aquele que poderia esperar algo explicita ou implicitamente da decisão e não obteve. Basta para que haja sucumbência e, portanto, interesse em recorrer, que a decisão não tenha atendido a uma expectativa, explícita ou implícita, justa ou injusta. Assim é sucumbente aquele que teve ganho parcial na causa, como aquele que venceu, mas teve honorários advocatícios fixados em 10 %, quando o juiz poderia fixar até 20 %. Como se vê, para fins de recurso a sucumbência tem um significado bastante amplo, não exigindo nenhuma análise externa sobre o direito que cada parte tenha, mas simplesmente uma relação desfavorável entre o que podia ser obtido e o que foi decidido. A sucumbência, pois, decorre do desatendimento de uma expectativa juridicamente possível.[6]

In casu, verifica-se que, à f. 50 dos autos, o magistrado *a quo* proferiu o seguinte despacho*: **"Recebo os embargos e suspendo o curso do processo de execução."***

Assim, inexistindo prejuízo ao apelante nesse ponto, não deve o recurso nem sequer ser conhecido nessa parte.

Pois bem, feitos esses esclarecimentos, passo à análise da matéria devolvida com as razões recursais.

Do recurso de apelação

Inicialmente, cumpre fazer alguns esclarecimentos acerca dos fatos que deram origem à presente demanda.

Consta dos autos que o apelante opôs embargos de terceiro, visando a ser mantido na posse do imóvel matriculado sob n. 47.489 no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Comarca, penhorado nos autos da Execução Hipotecária n. 001.04.125415-6 apensada, bem como desconstituir a penhora ali realizada.

O magistrado de instância singela, destacando que o embargante tinha incontestável conhecimento do contrato de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca que os executados, Gualter Ferreira dos Santos

6 GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. p. 279-80. v. II.

Junior e Almira Coeli Britto G. dos Santos, celebraram com a embargada, deixou de acolher os embargos de terceiro opostos pelo apelante.

Pois bem, como é cediço, os embargos de terceiro são remédio processual posto à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial. Têm por finalidade a proteção da posse ou propriedade daquele que, não tendo sido parte no feito, tem um bem de que é proprietário ou possuidor, apreendido por ato judicial originário de processo de que não foi parte.

O artigo 1.046 do Código de Processo Civil, de clareza solar, disciplina quem é legitimado a propor os embargos de terceiro, bem como os casos em que é cabível:

> Art. 1046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

Na forma estabelecida neste dispositivo, são os embargos de terceiro ação de conhecimento que objetiva a proteção da posse de bem, ou direito de posse, da constrição judicial injusta. Busca o senhor ou legítimo possuidor, por meio deles, evitar a alienação do bem ou conseguir sua liberação.

Portanto, evidencia-se que, basta a ameaça ao direito de posse ou propriedade para que o terceiro possa vir, mediante embargos de terceiro, defender a reintegração ou manutenção de sua posse no bem objeto de constrição. Isso porque, a mera ameaça ao direito de posse ou propriedade já caracterizam turbação e, assim, atendem às exigências da lei.

Como explica Humberto Theodoro Júnior:

> Os próprios termos do enunciado legal deixam claro que a relação nele contida é de caráter meramente exemplificativo. Se o fim do instituto é preservar a incolumidade dos bens de terceiro em face do processo de que não participa, qualquer ato executivo realizado ou ameaçado, indevidamente, pode ser atacado por via dos embargos de terceiro.
>
> [...]
>
> A ameaça, em si, já é a turbação de que fala o art. 1.046, pois leva o terceiro a se avizinhar, diante da sentença, da sua natural eficácia constritiva. No caso de sentença constitutiva, ela mesma produz de imediato o prejuízo ao direito do terceiro, representado pela invasão, indevida, de sua esfera jurídica[7].

E, ainda, Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

> Os embargos de terceiros são a ação atribuída àquele que não é parte, para fazer cessar a constrição judicial que indevidamente recaiu sobre um bem do qual é proprietário ou possuidor[8].

Transportando tais conceitos para o caso em epígrafe, tem-se que no contrato particular de cessão de direitos de imóvel financiado, juntado às f. 41-2 dos autos, datado de 10.5.1991, o embargante adquiriu os direitos e as obrigações dos executados referentes ao imóvel penhorado, qual seja, Matrícula n. 47.489, localizado à Rua Pedro Celestino, nesta capital.

Já a garantia que recai sobre referido imóvel, advinda do Contrato por Instrumento Particular de Compra

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 280. v. 3.

8 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 386.

e Venda e Financiamento, com pacto adjeto de hipoteca, foi registrada na matrícula imobiliária, contudo, em 21.10.1988, conforme f. 11-2.

Com isso, tenho que agiu com acerto o magistrado em não acolher os embargos, já que o imóvel adquirido pelo recorrente já estava devidamente contristado, não merecendo prosperar a sua pretensão de desconstituir a penhora do imóvel objeto de garantia hipotecária da dívida executada.

Por mais que se reconheça a condição de possuidor do apelante, fato é que tal direito pessoal não pode se sobrepor ao direito real de garantia representado pelo crédito hipotecário, direito esse que confere à embargada recorrida, Poupex – Associação de Poupança e Empréstimo – o direito de sequela, pelo qual é possível perseguir a coisa hipotecada nas mãos de quem quer que seja, para nela valer a sua garantia.

A respeito do tema, orienta Arnaldo Rizzardo:

> A hipoteca adere ao imóvel, acompanhando-o em seu futuro, não importando a transferência de domínio. Enquanto não satisfeita a dívida, perdura o ônus, sejam quais forem as transformações que ocorrerem ao imóvel[9].

Complementando o ensino, Maria Helena Diniz:

> A hipoteca é um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo, a este, o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferentemente, se inadimplente o devedor[10].

Francisco Eduardo Loureiro também nos traz que:

> O art. 1.227 do Código Civil de 2002 é claro ao dispor que o registro é constitutivo dos direitos reais sobre imóveis, adquiridos por atos derivados e inter vivos. Disso decorre, segundo Clóvis Bevilaqua, que "sem inscrição não há hipoteca: o instrumento público pelo qual se constitui é apenas uma declaração de vontade, criadora de um direito que se perfaz, tornando-se real, com a inscrição. Antes da inscrição, a escritura documenta uma obrigação, é título de direito pessoal. A inscrição dá-lhe força contra todos, com direito de sequela e preferência". (**Direito das coisas**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. II, p. 269). [11]

Nessa linha de raciocínio, a alegação de posse do imóvel é insuficiente para obstar a penhora, legitimamente realizada em razão da garantia hipotecária oferecida e devidamente registrada, que concede ao credor a possibilidade de perseguir o bem em poder de quem quer que ele se encontre, prevalecendo sobre eventual direito pessoal que a ela sejam opostos.

Neste sentido, segue julgado do STJ:

> COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. PENHORA EM EXECUÇÃO HIPOTECARIA. NÃO PODE SER OPOSTO O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA, ALIAS NÃO REGISTRADO, CONTRA PENHORA EM EXECUÇÃO POR CREDITO HIPOTECARIO. PREVALENCIA DO DIREITO REAL DE GARANTIA CONTRA O DIREITO PESSOAL DO POSSUIDOR. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp n. 2414/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, julgado em

9 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense. p. 1074.

10 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** - direito das coisas. São Paulo: Saraiva. p. 369.

11 LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Manole. p. 1421.

5.6.1990, DJ de 6.8.1990, p. 7340).

A respeito desse assunto, esta Egrégia Terceira Turma Cível também já decidiu:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL – EXECUÇÃO GARANTIDA POR HIPOTECA – DIREITO DE SEQUELA – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUIR O BEM DA PENHORA – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – EXISTÊNCIA DE RITO PRÓPRIO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> A alegação de posse do imóvel é insuficiente para obstar a penhora, legitimamente realizada em razão da garantia hipotecária oferecida e devidamente registrada, que concede ao credor a possibilidade de perseguir o bem em poder de quem quer que ele se encontre (direito de sequela).
>
> A ação de usucapião tem rito próprio e incompatível com os presentes embargos de terceiros. (TJMS, AC n. 2009.032687-7, Camapuã, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 29.3.2010).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO CONFORME ESTADO DA LIDE – NULIDADE DA SENTENÇA – PROVAS DOCUMENTAIS DO FATO – PRELIMINAR AFASTADA – CONSTRIÇÃO JUDICIAL SOBRE BEM IMÓVEL – PACTO ADJETO DE HIPOTECA ANTERIOR AO CONTRATO DE AQUISIÇÃO CELEBRADO PELA EMBARGANTE – DIREITOS REAIS – INCIDÊNCIA DO DIREITO DE SEQÜELA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, não ocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia.
>
> A apelante foi negligente ao adquirir o direito sobre o imóvel *sub judice*, pois era objeto de pacto adjeto de hipoteca, e, como é cediço, a hipoteca é direito real que recai sobre a coisa, a qual incide o direito de seqüela, transferindo seu ônus para quem se encontra com o imóvel, tornando a avença celebrada entre a apelante e o executado sem efeito perante o apelado, por isso os embargos opostos são improcedentes. (TJMS, AC n. 2003.003206-1, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 5.4.2004).

Merece destaque, ainda, a conclusão do magistrado *a quo*: *"[...]a constrição judicial do bem não causou gravame ao embargante, mas foi simples consectário lógico-jurídico do direito de sequela, ínsito à hipoteca, e ao art. 655, § 1º, do CPC, a teor do qual, na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia."*

Por fim, quanto ao prequestionamento, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*.

Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> No princípio em estudo está contido o brocardo narra *mihi factum, narro tibi ius,* que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz. [12]

12 PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 240.

Com isso, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:

> O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais (TJMS, ED n. 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, DJ de 24.2.1999).

A propósito, eis o escólio de Nelson Nery Júnior:

> Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida. [13]

Ante o exposto, conheço em parte do recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E, NESTA EXTENSÃO, NEGARAM-LHE PROVIMENTO, 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, 15 de março de 2011.

***

13 NERY JÚNIOR, Nelson. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2001. p. 859.

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.008150-9 - Chapadão do Sul
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA – SAFRA FUTURA – CONTRATO ALEATÓRIO – RISCO INTRÍNSECO AO NEGÓCIO – TEORIA DA IMPREVISÃO – INAPLICABILIDADE – INTEMPÉRIES PREVISÍVEIS – *PACTA SUNT SERVANDA* – OBSERVÂNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

A aleatoriedade (risco) do contrato de compra e venda de safra futura, existe para ambos os contraentes, uma vez que o produtor deve suportar os ônus das intempéries, das pragas inerentes a cada tipo de lavoura e região, bem como a quantidade de produção de grãos; e o comprador da soja deve arcar com a variação do dólar e, também, da cotação da saca de soja no mercado nacional e internacional.

No tocante à teoria da imprevisão, em regra, não é possível rever judicialmente um contrato aleatório, seja pela ocorrência de uma imprevisibilidade, seja em virtude da simples onerosidade, pois o risco, em tais casos, é da essência do negócio celebrado.

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, 22 de fevereiro de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

João Olímpio Firmani, inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de rescisão contratual que move em face de Cerealista Jacutinga Ltda., interpõe apelação, pugnando pela reforma do julgado.

Alega, em síntese, que firmou contrato com a empresa apelada, em 20 de setembro de 2003, pelo qual ficou obrigado a entregar a esta a quantia de 5.000 sacas de soja, pelas quais receberia o equivalente a US$ 11,00 (onze dólares americanos) por saca.

Aduz que, ao tempo em que foi firmado o contrato, a saca da soja era cotada em preço condizente com o contratado. Já ao tempo da entrega, fatores climáticos imprevisíveis e extraordinários e o aparecimento de pragas fizeram com que a cotação da saca chegasse a US$ 15,37 (quinze dólares americanos e trinta e sete centavos).

Sustenta, embasado na teoria da imprevisão, que há a possibilidade da revisão/rescisão contratual, pois ocorreu enriquecimento sem causa da apelada, visto que contratos dessa natureza, mesmo possuindo uma

característica de variabilidade por condições de mercado, nesta última safra o que ocorreu foi extraordinário e foge o equilíbrio contratual.

Afirma, ainda, que o grupo comercial a que pertence a recorrida possui diversas dívidas em atraso perante vários agricultores, tendo sido acionada judicialmente várias vezes, o que conduziu ao não adimplemento do negócio.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por João Olímpio Firmani em face da sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de rescisão contratual que move em desfavor de Cerealista Jacutinga Ltda.

Extrai-se dos autos que, em 20 de setembro de 2003, as partes celebraram contrato de compra e venda com preço fixo, pelo qual o apelante se obrigou a entregar à apelada 3000.000 kg ou 5.000 sacas de soja, até 20 de abril de 2004, pelas quais receberia o equivalente a US$ 11,00 (onze dólares americanos) por saca (f. 61-2).

Em suas razões recursais, aduz o apelante que, ao tempo em que foi firmado o contrato, a saca da soja era cotada em preço condizente com o contratado. Já ao tempo da entrega, fatores climáticos imprevisíveis e extraordinários e o aparecimento de pragas fizeram com que a cotação da saca chegasse a US$ 15,37 (quinze dólares americanos e trinta e sete centavos).

Sustenta, embasado na teoria da imprevisão, que há a possibilidade da revisão/rescisão contratual, pois ocorreu enriquecimento sem causa da apelada, visto que contratos dessa natureza, mesmo possuindo uma característica de variabilidade por condições de mercado, nesta última safra o que ocorreu foi extraordinário e foge o equilíbrio contratual.

Afirma, ainda, que o grupo comercial à que pertence a recorrida possui diversas dívidas em atraso perante vários agricultores, tendo sido acionada judicialmente várias vezes, o que conduziu ao não adimplemento do negócio.

A irresignação recursal não merece prosperar.

Com efeito, a avença firmada entre as parte trata-se do chamado contrato aleatório, sendo que este vocábulo, segundo esclarece Carlos Roberto Gonçalves (in **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 134. v. III), "*é originário do latim álea, que significa sorte, risco, azar, dependente do acaso ou do destino, como na célebre frase de Júlio César, ao atravessar o rio Rubicão: ale jacta est (a sorte está lançada). Daí o fato de o contrato aleatório ser também denominado contrato de sorte*."

Como é cediço, o contrato aleatório é aquele que tem por objeto coisas futuras, sendo que o comprador se obriga a pagar a quantia avençada, esteja o valor de mercado abaixo ou acima dela e o vendedor a entregar a coisa - no caso sacas de soja - na quantidade contratada.

A aleatoriedade (risco) existe para ambos os contraentes, uma vez que o produtor deve suportar os ônus das intempéries, das pragas inerentes a cada tipo de lavoura e região, bem como a quantidade de produção de grãos; e o comprador da soja deve arcar com a variação do dólar e, também, da cotação da saca de soja no mercado nacional e internacional.

No caso em espécie, comprador e vendedor assumiram seus respectivos riscos diante do citado pacto, mas ambos almejaram a mesma finalidade: o escoamento da produção e a obtenção de lucros mútuos.

No tocante à teoria da imprevisão, em regra, não é possível rever judicialmente um contrato aleatório, seja pela ocorrência de uma imprevisibilidade, seja em virtude da simples onerosidade, pois o risco, em tais casos, é da essência do negócio celebrado.

A teoria da imprevisão, consagrada no artigo 478 do Código Civil, admite a resolução ou revisão do contrato por reconhecer que acontecimentos novos e imprevisíveis rompem a base econômica ou a execução do pacto, afastando, assim, a força vinculante deste.

No vertente caso, afirma o apelante que a prolongada estiagem em parte do Estado, o excesso de chuvas em outra parte, o fungo denominado "ferrugem asiática" e o uso de fungicida, devido ao referido fungo, são fatos imprevisíveis que geraram onerosidade excessiva, ensejando, para tanto, a revisão contratual pleiteada.

A alegação não merece guarida. A toda evidência, a ocorrência de estiagem em excesso em parte do Estado e chuvas em outra e de praga na agricultura são fatos totalmente previsíveis, uma vez que suscetíveis de ocorrerem em toda e qualquer safra. Não é diferente quanto à "ferrugem asiática", visto que, infelizmente, este tipo de fungo já por diversas vezes ocorreu nas lavouras do nosso Estado.

No mesmo sentido, o preço do fungicida pode ser elevado caso ocorra oscilação nos valores de sua produção. Variação esta que, entretanto, não caracteriza questão superveniente, imprevisível e extraordinária, mas, ao contrário, previsível e que invariavelmente ocorre em todas as safras.

Assim, diante da ausência de qualquer imprevisibilidade e fatos extraordinários, deve-se aplicar o princípio do *pacta sunt servanda*, sendo fundamental o estrito cumprimento do contrato em questão.

De igual modo, a elevação do preço da soja no mercado, ocorrida entre a data da avença e a data prevista para a entrega do produto, não é fato imprevisível e extraordinário. Ao contrário, a variação do preço da soja é plenamente previsível, uma vez que se trata de *commodity* agrícola cotada em moeda estrangeira, qual seja, dólar norte-americano, e em bolsa de mercadorias e futuros.

Com efeito, a soja é produto com destino ao mercado nacional e internacional, o que, de acordo com o princípio da oferta e da demanda, pode gerar, por si só, a oscilação, positiva ou negativa, no preço da saca do referido produto.

Ademais, a elevação no preço deste produto não significa onerosidade excessiva tampouco prejuízo para o produtor. Este apenas deixará de lucrar, a mais, por não ter comercializado seu produto no momento da alta dos preços.

Por outro lado, quando do pacto, o produtor garantiu o escoamento de sua produção, resguardando-se das dificuldades e problemáticas com a venda da soja, enquanto o comprador assegurou-se de possuir a mercadoria em determinada época, assumindo o risco de eventual queda/aumento de seu preço. É justamente aí que reside a aleatoriedade intrínseca ao contrato de compra e venda futura, não cabendo à parte posteriormente alegar prejuízo, já que assumiu para si o risco do negócio.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

> DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. MULTA COMPENSATÓRIA. COMPRA E VENDA DE SOJA PARA ENTREGA FUTURA. EVOLUÇÃO POSITIVA DO PREÇO PREVIAMENTE FIXADO. PÁGINA 212 DE 1253. INADIMPLEMENTO INTEGRAL. PRODUTO NÃO ENTREGUE. ONEROSIDADE EXCESSIVA E DESEQUILÍBRIO NÃO CONFIGURADOS. *ÁLEA* PRÓPRIA DO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. MULTA DEVIDA. APELAÇÃO CÍVEL NEGADA. 1. Dado ao caráter aleatório que lhe é próprio, o contrato de venda futura de soja em grãos envolve riscos para ambas as partes, sendo previsível a possibilidade de

que o preço praticado no mercado à época da colheita possa ser maior ou menor do que o estipulado quando da contratação, não havendo espaço para se falar em onerosidade excessiva em caso de majoração positiva, impedindo o reconhecimento de eventual desequilíbrio entre os contratantes, e, consequentemente, não sendo possível aplicar-se aí, a teoria da imprevisão. 2. Na relação jurídica de compra e venda de produto agrícola (soja futura), firmada entre agricultor e cooperativa agrícola, o comprador não adquire o produto para sua própria utilização, mas visa o repasse à indústria, com finalidade econômica, fruto de sua própria atividade, não se configurando relação de consumo (art. 3º/CDC). 3. Apelação cível à que se nega provimento. (TJPR, AC n. 0373799-1, Salto do Lontra, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Marco Antonio de Moraes Leite, DJ de 8.5.2009, p. 212).

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO ALEATÓRIO. VENDA ANTECIPADA DE SOJA. ALTA DO DÓLAR. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. Os requisitos para que se possa invocar a teoria da imprevisão são basicamente a ocorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários, que venham a tornar a relação jurídica demasiadamente onerosa para uma das partes. O contrato aleatório tem no risco o seu principal elemento e neste ponto reside a inaplicabilidade da teoria da imprevisão a essa modalidade contratual, ainda mais quando se leva em conta a previsibilidade da oscilação da moeda americana. Mantida a decisão invectivada, não há que se falar em inversão do ônus da sucumbência. Recurso improvido. (TJMT, AC n. 116238/2007, Campo Verde, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Gilperes Fernandes da Silva, Julgado em 17.3.2008, DJ de 3.4.2008, p. 27) (Publicado no DVD Magister n. 24 - Repositório Autorizado do TST n. 31/2007).

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÕES. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA. CONTRATO ALEATÓRIO. VARIAÇÃO POSTERIOR DA COTAÇÃO DO SOJA. PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA FLUTUAÇÃO DE MERCADO. LEI DA OFERTA E DA PROCURA. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. RISCO BILATERALMENTE ASSUMIDO, POR AMBAS AS PARTES. ONEROSIDADE EXCESSIVA. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO REAL DE PREJUÍZOS. FRUSTRAÇÃO DE MERA EXPECTATIVA DE GANHO. SENTENÇA REVERTIDA. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Considerando a natureza aleatória do negócio jurídico firmado pelas partes, afeito à compra e venda de safra futura, sujeito a variação mercadológica da cotação da saca de grãos do produto negociado, não se aplica ao presente contexto a teoria da imprevisão com o fito de rescindir a avença em face da valorização posterior do produto, eis que verificado, pelo alienante, o risco inerente a natureza aleatória do contrato, também assumido pelo comprador diante de uma eventual desvalorização. 2. Também não se verifica no presente contexto a incidência da onerosidade excessiva, ante a ausência de reais prejuízos suportados pela apelada, diante da mera frustração quanto a expectativa de lucro maior, pois certamente os custos de sua atividade produtiva foram bem considerados quando da formalização da respectiva avença. (TJPR, AC n. 351286-5, AC n. 17511, Marilândia do Sul, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Waldemir Luiz da Rocha, julgado em 6.3.2007, DJ de 23.3.2007) (Publicado no DVD Magister n. 18 - Repositório Autorizado do TST n. 31/2007).

A toda evidência, o aumento do lucro da empresa apelada também não caracteriza onerosidade excessiva, mas *álea* assumida por esta no instante do pactuado. Afinal, da mesma forma que a apelada arcou com o risco de lucrar com a venda do produto, também, o assumiu diante da possibilidade de perder com a baixa na cotação da soja no mercado.

Por derradeiro, como bem anotou o douto magistrado sentenciante, *"não pode ser admitida a alegação de descumprimento do contrato pelo requerente, fundada no fato de que tão-somente temia que não fosse receber o valor que era devedor. Cabia-lhe primeiramente cumprir sua parte na relação obrigacional para somente depois exigir a contraprestação da requerida."*

Ora, diante do alegado temor, era perfeitamente possível que o apelante realizasse o depósito judicial da coisa, eximindo-se de sua obrigação, a fim de evitar a mora, resguardando-se de eventual inadimplemento por parte da recorrida.

Sendo assim, o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser observado, uma vez que não há no contrato nenhum vício a descaracterizá-lo.

Destarte, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, devendo ser mantido intacto, por seus próprios termos.

Ante o exposto, conheço o recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Rêmolo Letteriello e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.015792-5 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – LEI DE *SOFTWARE* – TITULARIDADE DA OBRA – APLICAÇÃO DO ART. 4º DA LEI N. 9.609/98 – CONTRATAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

O Direito Autoral protege a obra resultante do gênio inventivo do ser humano. No que se refere aos programas de computador criados a partir de relação laboral, deve incidir a norma do art. 4º da Lei 9.609/98, que confere ao empregador os direitos exclusivos de propriedade.

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, 25 de janeiro de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

S & A Construções e Serviços Ltda apela da sentença proferida pelo Juiz da1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Reparação de Danos Materiais n. 001.99.034175-9, que julgou improcedente a pretensão formulada

Enfatiza que a ocorrência de equívoco na sentença proferida, já que através da resolução n. 147/89, houve sim convocação de técnicos da empresa Engefort, a qual cedeu todos os direitos ao recorrente.

Aduz que a apelada confessou em outro processo, de n. 98.35250-3, a propriedade do programa software PROCIS (Procedimentos Comerciais Integrados da Sanesul) como sendo da ora apelante, sendo realmente a titular de direitos patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu.

Sustenta que quem editar software, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço do que tiver utilizado, conforme art. 102 da Lei n. 9.610/98.

Ao final requer o provimento do recurso, para anular a sentença de primeiro grau e julgar procedente o pedido inicial.

O apelado apresentou contra-razões (f. 326-368), manifestando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Cuida-se de apelação cível (f. 333-54) interposto por S & A Construções e Serviços Ltda., contra a sentença (f. 325-8) do Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente a Ação de Indenização por Danos Materiais movida em face do Município de Campo Grande.

Consta que o autor/apelante propôs a presente ação de indenização por danos materiais em face do Município de Campo Grande, sob alegação de que a ré/apelada violou os direitos autorais relativos a um *software* denominado Procis (Procedimentos Comerciais Integrados da Sanesul), sendo que sua antecessora, a empresa Engefort Projetos e Construções Ltda., celebrou um contrato com a Sanesul (antecessora do réu) no ano de 1989, de prestação de serviços de consultoria, assistência técnica, geração e transferência de tecnologia.

Ressaltou o autor que teve apenas o direito de uso cedido, assim os direitos autorais nunca teriam sido objeto de venda ou comercialização, pelo que o réu não poderia, em nenhuma hipótese, comercializar, locar, sublocar, emprestar, doar, ceder a quem quer que fosse, a título oneroso ou gratuito.

Sustentou que teve conhecimento que o *software* estava sendo utilizado por prepostos da empresa municipal Águas de Campo Grande (antecessora do réu e sucessora da Sanesul) sem nenhuma autorização dos autores do programa, o que caracteriza violação do direito autoral.

A ré/apelada apresentou contestação (f. 157-68), sustentando que o Procis (Procedimentos Comerciais Integrados da Sanesul) era de propriedade da Sanesul (sua antecessora), por isso mesmo poderia ser alienado, sendo que o Diretor-Presidente daquela empresa à época expediu a Resolução n. 147-89, pela qual nomeou os técnicos responsáveis pelo desenvolvimento do programa, bem como em data 19.6.1992, após o vencimento do contrato em questão, a Sanesul, na qualidade de proprietária do Procis, firmou contrato com a empresa GB Informática Ltda., vencedora da Concorrência Pública n. 003/92, para que esta procedesse à manutenção do programa, pelo prazo de 30 meses.

O magistrado de primeiro grau (f. 325-7), julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que: I - a Sanesul publicou a Resolução n. 147-89, pela qual nomeou técnicos que são servidores para desenvolverem o programa em questão (f. 200), pelo que se pode concluir que a Sanesul pretendia, desde o início, adquirir a propriedade sobre o *software* em tela; II - firmou contrato de empreitada com a empresa GB Informática Ltda., vencedora da Concorrência Pública n. 003/92, que depois repassou o encargo à autora, sendo que em nenhum momento reclamou para si a propriedade do *software*; III - não há no contrato (f. 37-42) em nenhuma das cláusulas menção expressa de que a autora reserva, para si, o direito de propriedade sobre o *software*; IV - o contrato (f. 37-42) foi elaborado sob o regime jurídico do Decreto-Lei n. 2.300/86, que em seu artigo 77, *caput*, e parágrafo único, que a Administração só poderia pagar projeto desde que o autor cedesse os direitos patrimoniais a ele relativos.

Conforme relatado, nas razões de apelo, a recorrente enfatiza que a sentença de primeiro grau equivocou-se, já que a Resolução n. 147-89 convocou, sim, técnicos da empresa Engefort, que cedeu todos os direitos ao recorrente (f. 333-54).

Aduz que a apelada confessou em outro processo (n. 98.35250-3) que a propriedade do programa *software* Procis (Procedimentos Comerciais Integrados da Sanesul) é da ora apelante.

Alega que é titular de direitos patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu.

Sustenta que quem editar *software* sem autorização do titular perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço do que tiver utilizado, conforme art. 102 da Lei n. 9.610/98.

É cediço que o programa de computador é uma obra intelectual, objeto de proteção como direito autoral, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.609/98 – que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador – combinado com o art. 7º, inciso XII, da Lei n. 9.610/98 – que trata dos direitos autorais –, o critério de indenização em violação a direitos de autor encontra-se regulado neste último diploma legal.

Pois bem, prescreve o art. 102 da Lei n. 9.610/98 que "*O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.*"

Observa-se que o Diretor Presidente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul – Sanesul – (f. 200), publicou a Resolução n.º 147/89, nomeando técnicos para o desenvolvimento do Procis – Procedimentos Comerciais Integrados da Sanesul.

Nota que o contrato de prestação de serviços firmado entre a Sanesul e a empresa contratada (f. 37-42) tem "*o objetivo de prestação de serviços de consultoria, assistência técnica, geração e transferência de tecnologia, sob o regime de administração, para o desenvolvimento do sistema comercial da contratante, de acordo com proposta da contratada, anexada ao processo administrativo n. 00689/89/Sanesul*", conforme cláusula 1º do contrato, sendo que em nenhum dispositivo do contrato (f. 37-42) foi mencionado que a propriedade era da empresa contratada.

Ausentes, pois, elementos comprobatórios de a propriedade do *software* ser da apelante, pois a empresa foi contratada pela Sanesul para prestar consultoria, assistência técnica, geração e transferência de tecnologia, em regime de administração, sendo que a contratante publicou a Resolução n. 147/89, nomeando técnicos para o desenvolvimento do Procis, certo que, caso não houvesse a intenção da Sanenul de agir como proprietária haveria de constar no contrato (f. 37-42) que a propriedade era da empresa contratada.

A Lei n. 9.609/98 em seu art. 4º, *caput,* deixa claro que, nestes casos, a propriedade do programa de computador pertence ao empregador ou tomador do serviço, conforme se observa, *in verbis*:

> Art. 4º. Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência do contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esse vínculo.
>
> § 1º. Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado.

Logo, mesmo que a contratada tenha desenvolvido o *software* em parceria com os técnicos designados pela Resolução n. 147/89, o fez a mando e como contratada da Sanesul, o que não lhe assegura nenhum direito de propriedade, pelo que deixa claro o mencionado art. 4º da lei em comento.

Nesse sentido, vê-se a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – LEI DE SOFTWARE – TITULARIDADE DA OBRA – RELAÇÃO DE EMPREGO – APLICAÇÃO DO ART. 4º DA LEI N. 9.609/98 – CONTRATAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS – MAJORAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

> O Direito Autoral protege a obra resultante do gênio inventivo do ser humano. No que se refere aos programas de computador criados a partir de relação laboral, deve incidir a norma do art. 4º da Lei n. 9.609/98, que confere ao empregador os direitos exclusivos de propriedade. (AC n. 2005.009798-1, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 6.3.2006).

Ainda se a autora fosse realmente proprietária do *software*, certo que deveria registrá-lo no Conselho Nacional de Direito Autoral, conforme determina a Lei Federal n. 5.988/73, no artigo 17, parágrafo terceiro, *in verbis*:

> Art.17. Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.
>
> Parágrafo Terceiro – não se enquadrando a obra nas entidades nomeadas neste artigo, o registro poderá ser feito no Conselho nacional de Direito Autoral.

Conforme já dito, o programa em questão era pertencente à Sanesul, tendo iniciado o seu desenvolvimento pela Resolução n. 147/89 do Diretor Presidente da empresa, muito embora a apelante alegue ser proprietária do programa, evidenciado está, pelos documentos carreados aos autos, que, posteriormente ao contrato em questão (f. 37-42), houve a contratação de diversas empresas para a prestação de serviços de consultoria, assistência técnica e modernização do sistema Procis, não havendo acolher a tese defendida pela recorrente.

Nesse contexto, da leitura atenta da motivação esposada na sentença impugnada, constata-se que, na verdade, a apelante pretende reabrir a discussão acerca da propriedade do *software*, uma vez que todas as alegações consignadas na peça inaugural foram minuciosamente analisadas e confrontadas com as provas carreadas e as circunstâncias factuais afeitas à controvérsia estabelecida.

Ao contrário do que afirmado pela apelante, a conclusão lógica alcançada pelo magistrado está alicerçada em premissas seguras, decorrentes das normas aplicáveis à espécie e dos fatos apresentados no cotejo probatório, não havendo reparo a ser promovido no tocante ao reconhecimento da real propriedade do programa, uma vez que os elementos constantes dos autos não endossam a tese da parte autora e sim do requerido.

Posto isso, nego provimento ao recurso, mantendo sentença pelos seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 25 de janeiro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.036381-7 - Iguatemi
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE ARRENDAMENTO DE PASTAGEM – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL POR PARTE DO ARRENDADOR/AUTOR – DESTOCA DA ÁREA REALIZADA ANTES DO PRAZO PACTUADO – DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL PELO ARRENDATÁRIO/RÉU MEDIANTE COMUNICAÇÃO E ACEITAÇÃO DO ARRENDADOR – PAGAMENTO DO ALUGUEL PELOS MESES RESTANTES DO CONTRATO – DESNECESSÁRIO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO.

Se, no contrato de arrendamento de pastagem, o descumprimento da obrigação se der por culpa do arrendador, faz jus à desocupação do imóvel pelo arrendatário sem que este realize o pagamento dos alugueis restantes.

Caso a parte ocorra em algumas das hipóteses do art. 17 do Código de Processo Civil, deve ser penalizada por litigância de má-fé.

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, 18 de janeiro de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Antônio Cardoso recorre da sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Iguatemi, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de cobrança ajuizada em desfavor de Fernando Carlos Raffagnato, por entender que a rescisão do contrato de arrendamento de pastagens ocorreu por descumprimento das cláusulas contratuais pelo autor, o qual efetuou a destoca na propriedade antes do prazo pactuado. Além disso, condenou o requerente ao pagamento de multa, por litigância de má-fé, no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, em favor do réu.

Sustenta, em suma, que não descumpriu o contrato, uma vez que a cláusula décima do instrumento firmado pelas partes autorizava o apelante a realizar a destoca no bem arrendado a qualquer tempo. Assevera, outrossim, que a destoca realizada sobre a área arrendada não pode ser imputada como causa de inadimplemento por parte do arrendador, ora apelante, sendo que esta situação jamais poderia autorizar o apelado a considerar como rescindido o contrato e sair da propriedade, até porque havia previsão contratual. Salienta, também, que inexiste nos autos provas de que o recorrente tenha concordado com a desocupação da área pelo apelado,

pois não há nenhuma notificação por escrito, sendo que mera prova testemunhal não serve para caracterizar a rescisão do contrato de forma consensual. Alega, ainda, pela exclusão da multa aplicada a título de litigância de má-fé. Pede, ao final, para que seja reconhecido que a inadimplência contratual ocorreu por culpa do apelado, o qual rescindiu o contrato de arrendamento de forma unilateral, desocupando a propriedade arrendada sem pagar os meses restantes. Dessa forma, requer provimento ao recurso, a fim de que seja julgada procedente a presente demanda.

O apelado, apesar de regularmente intimado, deixou de apresentar as contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por Antônio Cardoso em desfavor de Fernando Carlos Raffagnato, sob a alegação de que os litigantes firmaram um contrato de arrendamento de pastagens do imóvel rural denominado Fazenda Santa Clara, de propriedade do requerente, com início em 15 de setembro de 2002 e término no dia 15 de setembro de 2003. Relatou, também, que o valor do arrendamento era de 86,96 arrobas de boi, a serem pagos até o dia 15 de cada mês. Afirmou, ainda, que o requerido deixou de cumprir o avençado, sendo que pagou somente até o mês de março de 2003, estando inadimplente com o restante do prazo contratual. Em face disso, pleiteou a condenação do réu ao pagamento no valor de R$ 26.088,00 (vinte e seis mil e oitenta e oito reais), devidamente corrigidos.

O magistrado de instância singela julgou improcedente o pedido contido na exordial, por entender que a rescisão do contrato de arrendamento de pastagens ocorreu por descumprimento das cláusulas contratuais pelo autor, o qual efetuou a destoca na propriedade antes do prazo pactuado. Além disso, condenou o requerente ao pagamento de multa, por litigância de má-fé, no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, em favor do réu.

Dessa decisão, apela o requerente, sustentando, em resumo, que não descumpriu o contrato, uma vez que a cláusula décima do instrumento firmado pelas partes autorizava o apelante a realizar a destoca no bem arrendado a qualquer tempo. Assevera, outrossim, que a destoca realizada sobre a área arrendada não pode ser imputada como causa de inadimplemento por parte do arrendador, ora apelante, sendo que esta situação jamais poderia autorizar o apelado a considerar como rescindido o contrato e sair da propriedade, até porque havia previsão contratual. Salienta, também, que inexiste nos autos provas de que o recorrente tenha concordado com a desocupação da área pelo apelado, pois não há nenhuma notificação por escrito, sendo que mera prova testemunhal não serve para caracterizar a rescisão do contrato de forma consensual. Alega, ainda, pela exclusão da multa aplicada a título de litigância de má-fé. Pede, ao final, para que seja reconhecido que a inadimplência contratual ocorreu por culpa do apelado, o qual rescindiu o contrato de arrendamento de forma unilateral, desocupando a propriedade arrendada sem pagar os meses restantes, razão pela qual requer que ele seja condenado ao pagamento da importância pleiteada na peça inaugural.

Inicialmente, cumpre frisar que é incontroverso nos autos que os litigantes celebraram um contrato de arrendamento de pastagens, vigente por um ano, com termo *a quo* em 15 de setembro de 2002, sendo que o apelado desocupou o imóvel antes do prazo pactuado (abril de 2003), deixando de pagar os meses que ainda restavam.

Analisando os elementos probatórios existente no presente feito, bem como o contrato de arrendamento celebrado pelas partes (f. 7-8), mais especificamente as cláusulas nona e décima, conclui-se claramente que foi o recorrente quem descumpriu o contrato, ao realizar a destoca antes do tempo previsto no contrato.

As mencionadas cláusulas contratuais estipulam o seguinte:

> **CLÁUSULA NONA:** Caso o ARRENDADOR desejar efetuar o plantio de cereais o ARRENDATÁRIO, compromete-se desde já de liberar uma área de aproximadamente 100 (cem) alqueires paulista, em local designado pelo ARRENDADOR, da área ora arrendada, no final do mês de agosto de 2003.
>
> **CLÁUSULA DÉCIMA:** O ARRENDADOR, se reserva o direito de entrar na propriedade para efetuar uma destoca, bem como fazer curvas de nível para a conservação de solo se assim o desejar.

Na verdade, as supracitadas cláusulas foram mal elaboradas, pois, percebe-se nitidamente que a intenção dos contratantes quando da realização da avença era de que o arrendador, ora apelante, somente poderia efetuar qualquer benfeitoria na propriedade no sentido de preparar a terra arrendada para a lavoura ou destoca no final do mês de agosto de 2003.

Entretanto, pelas provas dos autos, observa-se que a destoca realizada pelo recorrente ocorreu a partir do mês de março de 2003, o que certamente causou prejuízos ao apelado, uma vez que é notório que tal procedimento diminuiu a área de pastagem, fazendo com que o arrendatário (apelado) desocupasse a área arrendada em abril do mesmo ano.

Dessa forma, não assiste razão ao apelante quanto à alegação de que a destoca poderia ser realizada em qualquer momento da vigência do contrato de arrendamento, porquanto o arrendatário não se sujeitaria a essa situação, porque sofreria grande prejuízo, deve, portanto, prevalecer a data em que as partes estipularam no contrato, ou seja, final de agosto de 2003.

Logo, não tendo o arrendador, ora recorrente, obedecido à supracitada data, foi ele quem deu causa ao descumprimento do que fora pactuado no contrato de arrendamento de pastagem entre as partes, e não o arrendatário (apelado), portanto o fato de este ter desocupado a área sem pagar os meses restantes do contrato não caracteriza débito contratual ou inadimplência, já que qualquer pessoa faria a mesma coisa diante dessa situação.

Ademais, vale ressaltar que, pelas provas testemunhais, mais precisamente pelo depoimento do Sr. Alvino Luiz de Matos, o qual prestou compromisso com a verdade, o apelante, ao ser comunicado da desocupação do imóvel pelo recorrido, concordou, já que pretendia preparar a terra para a plantação de soja, senão vejamos:

> [...] que o Sr. Fernando reclamou com o depoente sobre a morte do gato e o depoente foi conversar com o Sr. Antônio e informou que o Sr. Fernando desocuparia o imóvel; que o Sr. Antônio concordou com a desocupação do imóvel; que logo depois que o Sr. Fernando desocupou o imóvel foi feita a plantação de soja na Fazenda Santa Clara [...].

Em que pese a afirmação do recorrente de que a prova testemunhal não é o suficiente para comprovar que tenha concordado com a desocupação do imóvel pelo apelado, tal argumentação não merece prosperar, pois, além de não ter anexado aos autos nenhuma prova em sentido contrário, ante a ausência de provas documentais a respeito desse fato, as provas testemunhais podem supri-las, desde que não sejam contraditórias, como no caso em tela.

Assim sendo, considerando que quem deu causa à rescisão contratual foi o autor/apelante, tendo este, ainda, concordado com a desocupação do imóvel por parte do apelado, não há falar em inadimplência deste pelos aluguéis que não foram pagos após a desocupação da área.

Diante disso, a manutenção da sentença de improcedência é medida que se impõe.

Melhor sorte não socorre o apelante quanto à exclusão da multa por litigância de má-fé, porquanto resta configurado nos autos que o autor/recorrente alterou a verdade dos fatos, infringindo o disposto no art. 17, inciso II, do Código de Processo Civil, pois quem descumpriu a obrigação contratual foi o próprio autor/apelante, o qual também concordou com a desocupação da área pelo réu/apelado, porém, mesmo assim, pretendeu receber o valor contratual de 5 (cinco) meses de aluguel, sustentando que houve inadimplemento contratual por parte do arrendatário/recorrido, o que, como vimos acima, é inverídico.

Pelo exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 18 de janeiro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.031678-4 - Amambai
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE ATIVA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AFASTADAS – MÉRITO – CONTRATAÇÃO–CARGOSCOMISSÃO–COMPANHEIRA–HONORÁRIOSADVOCATICÍOS – RECUROS PROVIDO EM PARTE.

Não há falar em ilegitimidade ativa por parte do promotor de justiça de primeiro grau, porquanto não se trata de matéria processual, mas, sim, de mera divisão de atribuição interna do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, que não pode ferir o princípio de que o Ministério Público é uno e indivisível.

A Lei de Improbidade Administrativa aplica-se a agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores.

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente, conforme art. 11 da Lei n. 8.429/92.

A prática do nepotismo viola os princípios da moralidade, da impessoalidade e da legalidade, todos de índole constitucional, violando também regra contida no art. 27, §§ 7º e 8º, da Constituição Estadual.

Dentre as vedações constitucionais dirigidas ao membro do Ministério Público está a de receber, a qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais (art. 128, § 5°, II, "a", CF).

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, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de março de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Ney Kuasne e outro, inconformados com a sentença do Juiz da 2ª da Vara Cível da Comarca de Amambaí, que julgou procedente a Ação Cível Pública que lhe move Ministério Público Estadual, apelam para este Tribunal de Justiça.

Aduzem preliminarmente ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual de primeiro grau para propor a presente ação, entendem que somente a Procuradoria-Geral de Justiça tem competência para ajuizar.

Alegam também em preliminar inadequação da via eleita.

No mérito, enfatizam que inocorreu ato ímprobo, não ocorrendo ofensa aos princípios da moralidade e impessoalidade.

Sustentam que os fatos narrados não se enquadram nas prescrições da Súmula Vinculada n. 13 do STF.

Ressaltam que não há ser aplicada a Constituição Estadual ao caso presente, uma vez que o Município está adstrito a sua própria legislação.

Ventilam que não devem ser condenados aos honorários advocatícios na ação civil pública em favor do Ministério Público.

Ao final, requerem o provimento do recurso, para reformar a sentença de primeiro grau, devendo ser extinta a ação civil pública, bem como prequestionam as matérias ventiladas.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 196-225), manifestando pelo provimento parcial ao recurso, para reformar tão somente a verba quanto aos honorários advocatícios.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso para, tão somente, reformar a sentença na parte que fixou os honorários advocatícios ao Ministério Público Estadual.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Ney Kuasne e outro, inconformados com a sentença do Juiz da 2ª da Vara Cível da Comarca de Amambaí, que julgou procedente a Ação Cível Pública que lhe move Ministério Público Estadual, apelam para este Tribunal de Justiça.

Aduzem preliminarmente ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual de primeiro grau para propor a presente ação, entendem que somente a Procuradoria-Geral de Justiça tem competência para ajuizar.

Querem crer os recorrentes que somente o Procurador-Geral de Justiça tem legitimidade para propor a presente ação, conforme artigo 30, X, da Lei n. 72/94. Vejamos:

> Art. 30: Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:
>
> X - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, bem como da probidade e legalidade administrativas, quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado, em razão de suas funções, por:
>
> d) Prefeito Municipal;

Em que pese o julgamento da ADIn n. 1916/MS pelo STF, declarando a constitucionalidade do artigo 30, inciso X, da LC n. 72/94, certo é que à época da propositura da ação civil pública, em 18.8.2006, encontravam-se suspensos os efeitos do referido artigo desde 26.10.2001, por força de liminar concedida na Medida Cautelar da ADIn n. 1916/MS.

Note-se que a liminar deferida na cautelar suspendeu com eficácia *ex nunc*, até decisão final da ação direta, a execução e a aplicação da expressão "e a ação civil pública" do referido dispositivo.

Logo, a vigência da norma que legitima tão somente o Procurador-Geral de Justiça para a propositura da Ação civil Pública, encontrava-se suspensa, não há, portanto, falar em defeito de representação do Ministério Público no presente caso.

A propósito, trago à baila excerto do voto prolatado pelo Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, por ocasião dos Embargos de Declaração n. 2008.038235-3/0001.00, de relatoria do Des. Sideni Soncini Pimentel:

> Apesar do STF ter julgado totalmente improcedente a ADIn n. 1916/MS, conforme se depreende do Informativo de n. 582, declarando a constitucionalidade da expressão "e a ação civil pública", contida no inciso X do art. 30 da Lei Complementar n. 72/94, do Estado de Mato Grosso do Sul, que estabelece ser da competência do Procurador-Geral de Justiça a propositura da referida ação em face das autoridades estaduais – Secretário de Estado, Membro de Diretoria ou do Conselho de Administração de entidade da Administração Indireta do Estado, Deputado Estadual, Prefeito Municipal, Membro do Ministério Público e Membro do Poder Judiciário, não se há falar, no caso específico destes autos, de incompetência funcional do Promotor de Justiça Estadual para a propositura da ação civil pública.
>
> É que, ao ser interposta a ADIn n. 1916-MS, também foi formulado pedido liminar para a suspensão dos efeitos do art. 30, X, da Lei Complementar Estadual n. 72/94, oportunidade em que o STF proferiu a seguinte decisão:
>
> "O Tribunal, por votação unânime, **deferiu** o pedido de medida cautelar, para **suspender**, até a decisão final da ação direta, com eficácia ***ex nunc***, a execução e a aplicabilidade da expressão "**e a ação civil pública**", contida no inciso X do art. 30 da Lei Complementar n. 72 (Lei Orgânica do Ministério Público), de 18.1.1994, do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em relação à matéria, aduz PEDRO LENZA na sua obra **Direito Constitucional**, 11. ed. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 233, enfatiza que:

> Desde que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, poderá ser concedida a liminar, suspendendo a eficácia do ato normativo.
>
> E quais seriam os efeitos da concessão da medida cautelar? De acordo com os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei n. 9.868/99, em total consonância com o posicionamento do STF, a medida cautelar terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (*ex tunc*) [...] **A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário**.

Afora isso, em consulta à referida legislação estadual é possível verificar a seguinte observação:

> [...] X - promover o inquérito civil e a ação civil pública (suspenso os efeitos da expressão e a ação civil pública, por força da liminar concedida pelo STF, na ADIn n. 1916, de 26 de outubro de 2001).

Ora, considerando-se que o inquérito civil em apenso foi aberto em 2004 e que a presente ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público Estadual, representado pelo Promotor Público Estadual, em junho/2006, não resta dúvida de que por força da liminar concedida pelo STF na ADIn n. 1916/MS, **a vigência da norma que legitimava tão somente o Procurador-Geral de Justiça para a propositura da presente Ação Civil Pública, encontrava-se suspensa**, ou seja, sem qualquer validade jurídica.

Eis, portanto, a motivação pela qual improvê-se este declaratório. (TJMS, ED n. 2008.038235-3/0001.00, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 17.6.2010).

Ademais, deve-se considerar que "*A legitimação para propositura da ação civil pública nos termos do artigo 129, III da Constituição do Brasil, é do Ministério Público enquanto instituição una e indivisível, não do Procurador-Geral de Justiça ou de qualquer outro de seus membros em particular*", como bem lembrado pelo Ministro Eros Grau, relator da ADIn, por ocasião da retificação de voto que fez para julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade referida.

Assim sendo, não há falar em nulidade, porquanto não se trata de matéria processual, mas, sim, de mera divisão de atribuição interna do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, que não pode ferir o princípio de que o Ministério Público é uno e indivisível.

Assim, mera irregularidade de atribuição não pode ser levada ao grau de nulidade processual, sob pena de se homenagear a impunidade e a falta de efetividade normativa.

Igualmente, não há falar em impossibilidade de cumulação de ações pelo Ministério Público em sede de ação de improbidade administrativa.

Logo, rejeito tal preliminar.

Alegam também, em preliminar, inadequação da via eleita, pois entendem ser impossível a responsabilidade do prefeito municipal por atos de improbidade administrativo, em razão de a conduta estar descrita no Decreto-Lei n. 201/67.

Isto porque, ainda que se defenda o entendimento de que a ação civil pública por ato de improbidade administrativa não se aplica a agentes políticos, entendimento este que não mais encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cumpre anotar que o referido posicionamento não deve, salvo melhor juízo, ser invocado na hipótese, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DA LEI N. 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS: CABIMENTO - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO, VERIFICAÇÃO DE DOLO OU CULPA DO AGENTE POLÍTICO - IMPOSSIBILIDADE: SÚMULA N. 7/STJ - APLICAÇÃO DA PENA - FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.
>
> 1. A Lei de Improbidade Administrativa aplica-se a agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores.
>
> Precedentes desta Corte.
>
> 2. Não há como esta Corte emitir juízo de valor sobre teses que demandam revolvimento do acervo fático-probatório dos autos.
>
> Incidência da Súmula n. 7/STJ.
>
> 3. Acórdão do Tribunal de origem que, para manter as penas aplicadas na primeira instância, valeu-se de fundamentação suficiente e adequada.
>
> 4. Recurso especial não provido. (REsp n. 1199004/SC, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 2.9.2010).

Assim, não há falar em inadequação da via eleita, pois a ação civil pública é, em tese, apta para apurar eventual ato de improbidade praticado.

Desse modo, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita.

Passo ao mérito.

No caso presente, o representante do Ministério Público propôs a presente ação civil pública em face dos réus Ney Kuasne e Élida Ifran Flores, sob alegação de que a requerida Élida ocupava, desde 1.1.2005, cargo na Administração Púbica do Município de Coronel Sapucaia-MS, sendo chefe de assessoria executiva, diretamente subordinada ao Prefeito Municipal Ney Kuasne, recebendo a quantia de R$ 1.221,00 (mil, duzentos e vinte e um reais) a título de vencimentos.

Sustentou que os requeridos convivem em união estável, sendo o réu Ney responsável pela investidura de Élida no referido cargo. Dessa forma postulou liminarmente fossem suspensos os efeitos dos atos de nomeação e investidura da requerida no cargo comissionado, sendo ainda vedado o recebimento de quaisquer valores decorrentes da nomeação, sendo ao final declarada a nulidade dos atos de nomeação e investidura no cargo, tendo sido ainda os requeridos condenados pela prática de ato de improbidade administrativa prevista no art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92, aplicando-se ainda as sanções previstas no art. 12, III, da mesma Lei.

O r. Juiz da causa julgou procedentes os pedidos formulados na inicial da presente ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual para condenar Ney Kuasne e Élida Ifran Flores às seguintes sanções: **a)** suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos a partir do trânsito em julgado desta sentença; **b)** multa civil de 50 (cinquenta) vezes o valor da remuneração pela requerida percebida no período em que exercia a função de chefe de assessoria executiva apurável por meio de liquidação nos termos do art. 475-E do CPC, com acréscimo de correção monetária pelo índice do IGPM a partir da data da expiração de sua nomeação e juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação, revertendo-se em favor do Município de Coronel Sapucaia-MS como receita extraordinária; **c)** proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos a partir do trânsito em julgado desta sentença.

Enfatiza que inocorreu ato ímprobo, não ocorrendo ofensa aos princípios da moralidade e impessoalidade, sendo que os fatos narrados não se enquadram nas prescrições da Súmula Vinculada n. 13 do STF, bem como não há ser aplicada a Constituição Estadual ao caso presente, uma vez que o Município está adstrito a sua própria legislação.

Melhor sorte não socorre os recorrentes.

Desse modo, é forçoso concluir que o recorrente não observou os princípios da legalidade, moralidade, isonomia e impessoalidade, ao contratar a ré Élida Ifran Flores sem prévia aprovação em concurso público, conduta esta que se amolda ao art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, a seguir transcrito:

> Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

E mais, conforme se extrai do disposto no artigo 11 da lei acima citada, configura-se ato de improbidade administrativa a conduta que atenta contra os princípios da Administração Pública independentemente de dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

Logo, ainda que não tenha havido dano ao erário ou enriquecimento ilícito, mormente levando em consideração o afastamento da servidora do cargo em comissão para o qual foi nomeada, por meio de liminar de f. 24-9, não há afastar a improbidade do ato imputado aos réus.

Compulsando os autos, tenho que, no presente caso, restou configurado o ato de improbidade administrativa imputado aos réus, consistente na contratação e nomeação da companheira do prefeito, para exercer cargo de chefe de assessoria executiva, diretamente subordinada ao réu Prefeito Municipal Ney Kuasne.

Isto porque, embora não tenha havido enriquecimento ilícito, ou prejuízo ao erário, o ato imputado aos réus encontra-se tipificado no inciso I do artigo 11 da citada Lei de Improbidade Administrativa, visto que a contratação e nomeação da convivente do prefeito atenta contra os princípios da Administração Pública.

A prática do nepotismo viola os princípios da moralidade, da impessoalidade e da legalidade, todos de índole constitucional, violando também regra contida na Constituição Estadual, em seu art. 27, §§ 7º e 8º, assim redigido:

> Art. 27:
>
> [...]
>
> § 7º No âmbito de cada Poder do Estado bem como do Ministério Público Estadual, o cônjuge, o companheiro e o parente consangüíneo ou afim, até o terceiro grau civil, de membros ou titulares de Poder e de dirigentes superiores de órgãos ou entidades da administração direta, indireta ou fundacional, não poderão, a qualquer título, ocupar cargo em comissão ou função gratificada, esteja ou não o cargo ou a função relacionada a superior hierárquico que mantenha referida vinculação de parentesco ou afinidade, salvo se integrante do respectivo cargo de pessoal em virtude de concurso público de provas ou provas e títulos.
>
> § 8º É vedado a qualquer servidor o exercício de cargo, emprego ou função sob as ordens imediatas de superior hierárquico, de que seja cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau civil.

A regulamentação do serviço público em nível municipal vincula a Administração Municipal, e vigora no Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2002, pelo preceito constitucional acima previsto, que proíbe a contratação de parentes até terceiro grau.

Ademais disso, como bem observado pelo Exmo. Des. Julizar Barbosa Trindade, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 2010.015086-3:

> No Supremo Tribunal Federal é assente que a proibição ao nepotismo na nomeação para cargos em comissão decorre da própria Constituição Federal, dispensada, pois, a normatização estadual ou municipal específica sobre a matéria.
>
> Tratando do assunto, fez editar a Súmula Vinculante n. 13, que dispõe: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.
>
> Desse modo, é certo que a prática de nepotismo constitui grave ofensa aos princípios da administração pública, já que remete à idéia de favorecimento e imoralidade, e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992.
>
> E nem se fale em violação ao art. 37, II, da CF ante a discricionariedade da nomeação atribuída ao Prefeito para o provimento dos cargos de comissão, pois, como sabido, discricionariedade não se confunde com liberdade total, existindo limites ao seu exercício. (TJMS, AC n. 2010.015086-3, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 13.7.2010).

Assim, no tocante à contratação da companheira do Prefeito para exercer cargo comissionado no âmbito da Administração Pública, ambos os réus incorreram na conduta tipificada como ato de improbidade administrativa, insculpida no artigo 11, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, *in verbis:*

> Art. 11: Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
>
> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Tem-se, portanto, que o ato imputado aos réus constitui-se prática de nepotismo que, além de proibido por lei, ofende os princípios da Administração Pública, visto que envolta em favorecimento e imoralidade, configurando ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

A prática do nepotismo, consistente na nomeação da companheira do Prefeito para exercer cargo em comissão, constitui ação em relação ao prefeito, atentando contra os princípios da administração pública, razão pela qual devem os réus ser penalizados pela Lei de Improbidade Administrativa.

Sendo assim, agiu com o melhor direito o juiz da causa, quando julgou procedente o pedido da autora, determinando que os réus fiquem com os direitos políticos suspensos pelo prazo de 3 anos, multa civil 50 vezes o valor da remuneração auferida pela apelante no período em que exercia a função de chefe de assessoria executiva apurável por liquidação conforme art. 475-E do CPC.

Por último insurgem os recorrentes quanto à condenação aos honorários advocatícios em R$ 10.000,00, que serão destinados ao Fundo de Desenvolvimento do Ministério Público.

Quanto ao pagamento dos honorários advocatícios, a Lei Estadual n. 1.861/98 criou o Fundo Especial de Apoio e Desenvolvimento do Ministério Público, dispondo que uma das receitas são os honorários advocatícios, contudo tenho entendimento firmado de que não são devidos honorários em favor do Ministério Público Estadual.

Dentre as vedações constitucionais dirigidas ao membro do Ministério Público, está a de receber, a qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais (art. 128, § 5°, II, "a", CF).

Ademais, os honorários são verbas pertencentes e asseguradas ao advogado (Lei n. 8.906/94), não havendo falar em seu pagamento ao órgão ministerial.

Para elucidar a questão, cito julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. RECURSOS ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 54 DA LEI N. 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356/STF. APLICAÇÃO DO CDC. POSSIBILIDADE. LIMITES DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR DA DECISÃO. SUCUMBÊNCIA DA PARTE RÉ. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO *PARQUET*, QUE É FINANCIADO PELOS COFRES PÚBLICOS. DESTINAÇÃO DA VERBA A QUE SE REFERE O CPC, ART. 20. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DA PARTE SUCUMBENTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUANDO A PARTE ADVERSA É O MINISTÉRIO PÚBLICO.
>
> [...]

> V. O Ministério Público tem por finalidade institucional a defesa dos interesses coletivos e individuais indisponíveis (CF, art. 127).
>
> A Lei n. 8.906/94, a seu turno, dispõe que os honorários sucumbenciais pertencem aos advogados, constituindo-se direito autônomo (art. 23), determinação que está na base da Súmula n. STJ/306. Nessa linha, não há título jurídico que justifique a condenação da parte sucumbente à remessa dos honorários para o Estado quando não se verifica a atuação de advogados no pólo vencedor. A par de não exercer advocacia, o Ministério Público é financiado com recursos provenientes dos cofres públicos, os quais são custeados, por entre outras receitas, por tributos que a coletividade já suporta.
>
> VI. Nega-se provimento ao Recurso Especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, mantendo a não incidência de honorários, e dá-se parcial provimento ao Recurso Especial da BRASIL TELECOM S/A, restringindo os efeitos da decisão proferida na ação civil pública aos limites da competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, órgão prolator do julgamento. (STJ, REsp n. 1034012/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 22.9.2009).

Portanto, tenho que nesse ponto merece ser acolhido o recurso, extirpando da sentença a condenação dos apelantes ao pagamento de honorários advocatícios em prol do Ministério Público.

Por tais razões, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento, tão somente para que seja excluída a condenação dos apelantes aos honorários advocatícios em favor do Ministério Público, conforme o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR 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. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 15 de março de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.033924-9 - Dourados
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – CONTRATAÇÃO DE *INTERNET* BANDA LARGA – SERVIÇO NÃO DISPONIBILIZADO – COBRANÇA INDEVIDA – INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL DEVIDO – *QUANTUM* MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

Comprovada a conduta lesiva da empresa requerida em inscrever o nome do autor nos cadastros de restrição ao crédito por débito indevido, está caracterizado o ato ilícito, capaz de gerar o dever de indenizar.

Fixado valor da indenização a título de dano moral que cumpre a sua dupla finalidade, compensatória e inibitória, em obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, deve ser mantido o *quantum* arbitrado.

Recurso improvido.

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, 15 de março de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Americel S/A, inconformada com a r. sentença proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados nos autos da Ação Indenizatória c/c Pedido de Danos Morais e de Antecipação de Tutela promovida por Crystalina Comércio de Bebidas Ltda., que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para declarar a nulidade do contrato que trata a inicial de fornecimento de *internet* banda larga pelo Plano 3G, bem como para condenar a requerida ao pagamento da importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, acrescidos de correção monetária pelo INPC/IBGE e de juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir da prolação da sentença, e ainda ao pagamento das custas processuais já desembolsadas pela autora, na proporção de 66,66%, ante a parte que sucumbiu, e honorários advocatícios estes fixados em 15% sobre o valor da condenação, e por fim, para condenar a parte autora a pagar honorários advocatícios em favor do patrono da ré, fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), determinando a compensação dos honorários nos termos do art. 21, *caput*, do CPC e orientação da Súmula n. 306 do STJ, interpõe dois recursos de Apelação Cível (f. 124-39 e 140-54), visando à reforma integral da r. sentença, aduzindo, em síntese, que, contrário ao consignado na r. sentença, a apelante não praticou nenhum ato ilícito que gerasse a obrigação de indenizar a apelada em danos morais.

Insiste que inexistiu conduta lesiva por parte da apelante, razão pela qual não poderá ser responsabilizada por eventuais prejuízos sofridos pela apelada.

Assevera que não restou devidamente comprovado o dano moral indenizável e, consequentemente, desobrigada a apelante de qualquer responsabilidade.

Por fim, sustenta que o valor fixado na condenação a título de danos morais é excessivo e desproporcional para um mero desconforto sofrido pela apelada, e que não foi causado pela apelante.

A apelada ofertou contrarrazões às f. 160-8 dos autos, pugnando, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso interposto por ofensa ao princípio da dialeticidade (art. 514 CPC), e no mérito pelo seu improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de apelo interposto pela requerida Americel S/A, objetivando a improcedência integral da ação ou, no caso de não ser esse o entendimento, a redução do valor fixado a título de dano moral.

Inicialmente, cumpre esclarecer que deixo de conhecer do recurso de apelação cível interposto às f. 140-54, pela requerida, pois nada mais é do que uma réplica do apelo interposto anteriormente a este às f. 124-39, operando-se quanto ao segundo recurso a preclusão consumativa, senão vejamos:

> DUPLICIDADE DE RECURSOS DA MESMA PARTE – PRECLUSÃO CONSUMATIVA.
>
> Verificando-se que a parte interessada apresentou dois recursos de apelação (sob o patrocínio de postulantes diversos), não se conhece do recurso interposto por último, uma vez que operada a preclusão consumativa (TJMS, AC n. 2006.012890-4, Rio Negro, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 5.6.2007).

Com relação à preliminar de inadmissibilidade do recurso por afronta ao princípio da dialeticidade, suscitada pela apelada, tal não procede.

Alega a apelada que o recurso não pode ser conhecido (inadmissível), uma vez que a apelante não atacou diretamente os fundamentos da sentença tampouco demonstrou os fundamentos de fato e de direito que aconselhariam a reformada da irretocável decisão (art. 514, II, CPC), o que caracteriza violação ao princípio da dialeticidade.

Contrária à tese da apelada, não vislumbro nas razões do apelo qualquer violação ao princípio da dialeticidade.

A respeito do princípio da dialeticidade aplicado aos recursos, Nelson Nery Júnior leciona, *in verbis:*

> O recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido da nova decisão. (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais** – Teoria Geral dos Recursos. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 149).

In casu, como se constata das razões recursais da apelação às f. 124-39 dos autos, os motivos pelos quais, ao menos em tese, a recorrente entende que a r. sentença deve ser reformada restaram suficientemente demonstrados, não deixando dúvidas nesse sentido, dando condições para que este Tribunal *ad quem* possa examinar as razões de decidir e confrontá-las com as razões expostas no recurso, visando a infirmá-las, em atendimento à norma processual do art. 514, II, do CPC, razão pela qual não há falar em violação ao princípio da dialeticidade.

Aliás, nesse sentido, consigne-se a jurisprudência desta e. Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ACAUTELATÓRIA – ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE: NÃO OCORRÊNCIA – ILEGITIMIDADE DA APELANTE PARA RECORRER QUANTO À MULTA APLICADA A TERCEIRO – AFIRMADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA CAUTELA – REQUISITOS PRESENTES – RECURSO IMPROVIDO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO RECONHECIDA.
>
> Cumpre o princípio da dialeticidade o apelante que impugna os fundamentos da sentença desfavorável e pede sua reforma.
>
> Não tem o recorrente legitimidade para recorrer de multa imposta a terceiro por desatendimento a comando da sentença.
>
> Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, cabível a concessão de medida acautelatória.
>
> Não é litigante de má-fé o recorrente que apresenta razões sérias para contrariar sentença desfavorável. (TJMS, AC n. 2005.000696-6, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, julgado em 6.12.2005).
>
> VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA.
>
> Rejeita-se a preliminar de não-conhecimento do recurso por afronta ao princípio da dialeticidade (art. 514, II, do CPC), se verificado que da tese recursal bem se inferem os motivos da irresignação, viabilizando o contraditório mediante articulação fática e jurídica contrária. (TJMS, AC n. 2004.008006-9, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 30.8.2005).

Ante o exposto, afasto a preliminar de inadmissibilidade do recurso por violação ao princípio da dialeticidade.

No mérito, tenho que o apelo não merece provimento.

Com relação à tese da apelante no sentido de que esta não pode ser responsabilizada pelo suposto dano moral suportado pela apelada, já que não concorreu de forma culposa ou dolosa, para o evento danoso, esta tese não prospera.

Isto porque o evento danoso foi causado pela indevida inclusão do CNPJ da autora, empresa que atua no comércio de bebidas, como inadimplente nos cadastros de restrição ao crédito, o que gerou a negativação da sua imagem.

De fato, restou comprovado nos autos que a requerida ofertou e celebrou com a autora, ora apelada, contrato de serviço de *internet* banda larga denominado "Plano 3 G", quando tal serviço nem sequer estava disponível para a região de Dourados na data da sua celebração, efetuando a cobrança de tal serviço, e, por consequência, a negativação do nome da apelada nos cadastros de restrição ao crédito.

Assim, como bem ressaltou o magistrado *a quo*: "*O ato ilícito está inegavelmente presente na ação da ré, que inscreveu indevidamente o nome da autora no cadastro de inadimplentes em razão de cobranças indevidas, causando indesmentível dano à autora e havendo claro nexo de causalidade entre esse dano e o comportamento da ré. Tudo como previsto no art. 186 do Código Civil*" (f. 116).

Quanto à alegação da requerida de que não restou devidamente comprovado nos autos o dano moral suportado pela apelada, esta não merece melhor sorte.

O nexo de causalidade é a relação entre a conduta culposa e o dano, ou seja, para que exista o dever de reparar é necessário que o dano tenha nascido da conduta, o que de fato ocorreu.

Como afirmado, o evento danoso foi causado pela indevida inclusão do CNPJ da autora como inadimplente nos cadastros de restrição ao crédito, por um débito que não existiu, já que não houve a disponibilização e, por consequência, a utilização do serviço cobrado.

Dessa forma o dano moral ficou presente e comprovado nos autos, pela ocorrência da inscrição indevida do nome da autora nos cadastros de inadimplentes.

Isto porque, como ensina Humberto Theodoro Júnior:

> A lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado. Daí por que não se exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial. Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar o dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida.

Quer dizer que a vítima do dano deve provar apenas o ato ilícito ou a culpa, mas o resultado lesivo, o sofrimento decorrente dessa lesão, não exige prova alguma, uma vez que os bens morais são próprios da pessoa, de foro íntimo, e, sendo assim, resultam naturalmente do fato.

A propósito a jurisprudência desta e. Corte de Justiça e do STJ tem pacificado a existência de dano moral quando da negativação indevida:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ENCERRAMENTO DE CONTA-CORRENTE COM QUITAÇÃO DE TODOS OS DÉBITOS PENDENTES. 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.
>
> I - O banco é responsável pelos danos morais causados por deficiência na prestação do serviço, consistente na inclusão indevida do nome de correntista nos órgãos de proteção ao crédito, causando-lhe situação de desconforto e abalo psíquico.
>
> II - Em casos que tais, o dano é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato e da experiência comum.
>
> 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 parcialmente provido. (REsp n. 786.239/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 28.4.2009). (grifei).

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DE TELEFONIA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO – DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL, NÃO DEVENDO SER MAJORADO NEM REDUZIDO – RECURSOS IMPROVIDOS.

Sendo as empresas de telecomunicações prestadoras de serviço público na modalidade concessão, possuem responsabilidade objetiva pelos danos causados aos seus consumidores, nos termos do que dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

O dano moral decorrente da ofensa é presumido, não sendo necessária a produção de prova para a sua demonstração. Basta, para tanto, a ocorrência da inscrição indevida do nome de consumidor em órgão de proteção de crédito.

Deve ser mantido o valor da indenização por danos morais quando se verifica que o juiz não o exacerbou a ponto de propiciar o enriquecimento sem causa por parte do autor, nem o fixou em *quantum* diminuto capaz de ilidir o caráter punitivo da indenização. (TJMS, AC n. 2010.027170-3, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 21.9.2010). (grifei).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA – ART. 7º DO CDC – RESTRIÇÃO CADASTRAL NO SPC/SERASA – LESÃO DE CARÁTER EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADA – ORIGEM DA SUPOSTA DÍVIDA DESCONTADA REGULARMENTE NO CONTRACHEQUE DE EMPREGADO EM FUNÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS – DANO MORAL CONFIGURADO – MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I – A instituição financeira tem o dever de diligenciar para que os contratos que preveem desconto de prestação em folha, na modalidade de empréstimo consignado, tenham regularidade em seus repasses por parte da empresa que efetua as deduções, antes de iniciar a cobrança de eventual débito e inscrever o nome do consumidor contratante nos cadastros de maus pagadores do SERASA/SPC.

II – A inscrição indevida e ilegal do nome no cadastro de maus pagadores, por si só, é causa geradora de danos morais, passíveis de reparação, não sendo de se exigir que a vítima venha provar, em juízo, seu sofrimento e sua humilhação.

III – Se o *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais guarda proporcionalidade com a gravidade da ofensa, o grau de culpa e o porte socioeconômico do causador do dano, o importe não pode ser minorado ao argumento de que é excessivo, sob pena de tornar inócuo o fim precípuo da medida. (TJMS, AC n. 2010.028266-5, Nioaque, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 21.10.2010).

Dessa forma, restaram suficientemente comprovados nos autos a conduta lesiva da empresa apelante, o dano moral suportado pela autora e o nexo de causalidade entre um e outro, razão pela qual é devida a indenização a título de dano moral.

No tocante ao *quantum* indenizatório, como cediço, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser fixado a título de indenização por dano moral, esta é uma questão subjetiva, que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

A respeito do tema, o Prof. Caio Mário da Silva Pereira faz o seguinte balizamento para a fixação do ressarcimento no caso de dano moral, que, sem dúvida, correspondente à melhor e mais justa lição sobre o penoso tema:

> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Assim, na quantificação do dano moral, deve-se valer de critérios de razoabilidade, ou seja, devem-se considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

No caso em tela, levando-se em conta as circunstâncias dos autos, ou seja, o valor do débito inexistente e que gerou a indevida negativação do nome da apelada, a conduta lesiva e o tempo que esta perdurou, o seu reflexo na vida da ofendida, a reincidência da atitude da apelante, bem como as condições econômicas da empresa apelada e da requerida, adotando-se os parâmetros estabelecidos pelo STJ para fixação do *quantum* indenizatório, a importância equivalente a 28 salários mínimos, ou seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por dano moral, não se apresenta excessiva, cumprindo satisfatoriamente com sua dupla finalidade compensatória e inibitória, razão pela qual deve ser mantida.

A propósito, veja-se jurisprudência a respeito:

> APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DE TELEFONIA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO – DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL, NÃO DEVENDO SER MAJORADO NEM REDUZIDO – RECURSOS IMPROVIDOS.
>
> [...]
>
> Deve ser mantido o valor da indenização por danos morais quando se verifica que o juiz não o exacerbou a ponto de propiciar o enriquecimento sem causa por parte do autor, nem o fixou em *quantum* diminuto capaz de ilidir o caráter punitivo da indenização. (TJMS, AC n. 2010.027170-3, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 21.9.2010). (grifei).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA – ART. 7º DO CDC – RESTRIÇÃO CADASTRAL NO SPC/SERASA – LESÃO DE CARÁTER EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADA – ORIGEM DA SUPOSTA DÍVIDA DESCONTADA REGULARMENTE NO CONTRACHEQUE

DE EMPREGADO EM FUNÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS – DANO MORAL CONFIGURADO – MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

[...]

III – Se o *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais guarda proporcionalidade com a gravidade da ofensa, o grau de culpa e o porte socioeconômico do causador do dano, o importe não pode ser minorado ao argumento de que é excessivo, sob pena de tornar inócuo o fim precípuo da medida. (TJMS, AC n. 2010.028266-5, Nioaque, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 21.10.2010).

Diante destas razões, conheço do recurso interposto e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 15 de março de 2011.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2010.038968-4 - Capital
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DECADÊNCIA AFASTADA – SERVIDORA PÚBLICA INATIVA – ADICIONAL PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PERIGOSAS OU INSALUBRES – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – LEI ESTADUAL N. 3.877/10 – VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO E A IRREDUTIBLIDADE DE VENCIMENTOS NÃO VERIFICADA – SEGURANÇA DENEGADA.

Impetrada a ação mandamental no prazo de 120 dias contados da ciência inequívoca pelo impetrante do ato coator, não há falar em decadência.

Nas obrigações de trato sucessivo, o prazo de 120 dias para impetração do *mandamus* renova-se periodicamente, mês a mês.

O servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico, sendo-lhe assegurado, apenas, pelo ordenamento constitucional pátrio, a irredutibilidade de vencimentos, de modo que a Administração não está impedida de promover alterações na composição dos seus vencimentos, desde que não haja redução do montante até então percebido

Ordem denegada.

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. Ausentes, justificadamente, os vogais 7º e 8º.

Campo Grande, 16 de março de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Sebastiana Elizabeth Grisolia Strobel impetra o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato que afirma ilegal e arbitrário, praticado pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul e outro, consistente na redução do percentual do adicional pelo exercício de atividades e condições perigosas e insalubres de 150% para 30%, em afronta à norma do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Sustenta que, quando de sua aposentadoria, a impetrante fez *jus* à percepção do Adicional pelo Exercício de Atividades em Condições Perigosas ou Insalubres no percentual de 150% calculado sobre o padrão-base de vencimento, conforme estabelecido pelo art. 2º da Resolução Administrativa TC/MS n. 086/2003, de 19.11.2003.

Ressalta que o pagamento do referido adicional foi realizado normalmente até o mês de abril de 2010, quando então foi reduzido para 30% como se verifica dos holerites anexados aos autos, oportunidade em que requereu perante a autoridade coatora a continuidade do pagamento do adicional em questão no percentual de 150%, tal como vinha ocorrendo, o que lhe foi negado (TC/AP – 00368/2010).

Esclarece que a impetrante quando da passagem para a inatividade, incorporou o adicional pelo exercício de atividades perigosas ou insalubres no percentual de 150%, sendo assim, evidente que tal percentual jamais poderia ser reduzido, visto que se trata de uma vantagem adquirida pelo trabalho já feito (*pro labore facto*), portanto irretirável, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da CF.

Insiste que, considerando que a impetrante foi aposentada conforme as regras vigentes à época em que se concretizou o ato de aposentação, por certo que devem ser preservados todos os seus direitos, porquanto se trata de uma relação jurídica perfeita e acabada.

Assevera ainda que o fato de aparentemente a remuneração como um todo não haver diminuído deve-se ao reajuste salarial concedido a todos os servidores no mesmo período em que se implementou a redução e exclusão das verbas nos proventos da impetrante.

Por fim, alega que presentes os requisitos necessários à concessão de liminar, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requer a concessão da medida liminar, a fim de ordenar à autoridade apontada como coatora que restabeleça, de imediato, o pagamento do adicional pelo exercício de atividades perigosas e insalubres, no percentual de 150% sobre o vencimento-base da servidora, ora impetrante.

A liminar foi indeferida (f. 83).

O Estado de Mato Grosso do Sul requereu o seu ingresso no feito como litisconsorte passivo necessário e prestou as devidas informações (f. 90-124), aduzindo, preliminarmente, a decadência do direito à impetração, uma vez que, como o ato impugnado decorre dos efeitos concretos da Lei n. 3.877, de 31.3.210, que entrou em vigor em 5.4.2010, reduzindo o percentual do adicional em questão, o direito de impetrar o presente *writ* já havia se encerrado em 3.8.2010, portanto mais de quatro meses da data de sua impetração (f. 2 - 14.12.2010).

No mérito, defende a legalidade do ato praticado sob o fundamento de que não há direito adquirido a regime jurídico estatutário ou ao sistema remuneratório dos servidores públicos, portanto inexiste direito líquido e certo a ser amparado.

Afirma que a Lei Estadual n. 3.877/10, que diminuiu o percentual do adicional pelo exercício de atividades perigosas ou insalubres de 150% para 30%, além de ter sido aplicada tanto aos servidores ativos como aos inativos, também não implicou afronta ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos, uma vez que houve a manutenção do valor nominal dos proventos da impetrante, que, aliás, passou a receber mais com as alterações advindas da referida lei.

Salienta que, com a Lei Estadual n. 3.877/10, foi assegurada à impetrante remuneração superior a que percebia anteriormente, de modo que não há falar em redução de remuneração, visto que esta na realidade não ocorreu, tampouco em violação a direito liquido e certo, razão pela qual a ordem deve ser denegada.

Se não bastasse, argumenta que a pretensão inicial encontra óbice no ordenamento jurídico, que não pode ser relevado pelo julgador em razão do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, sob pena, ainda, de contrariar a Súmula n. 339 do STF.

A autoridade apontada como coatora também prestou informações às f. 128-82, pugnando pela legalidade do ato impugnado, sob o argumento de que agiu em estrita observância aos princípios constitucionais da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer (f. 187-98), opinando pelo acolhimento da preliminar de decadência e, no mérito, pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Sebastiana Elizabeth Grisolia Strobel contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na redução do percentual do adicional pelo exercício de atividades perigosas e insalubres, já incorporado pela impetrante, servidora aposentada, de 150% para 30%.

Para tanto, aduz que o ato coator viola o princípio da irredutibilidade dos vencimentos e o disposto art. 5º, XXXVI, da CF.

A autoridade impetrada e o Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, alegam a preliminar de decadência e, no mérito, a inexistência de direito líquido e certo, pugnando pela denegação da ordem.

Admito o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul na qualidade de litisconsorte passivo.

Por questão de ordem de prejudicialidade, passo à análise da preliminar de decadência.

Da decadência

As autoridades coatoras aduzem a preliminar de decadência do direito ao *writ* sob o argumento de que a impetração se deu além do prazo legal de 120 dias, considerando o seu início a data da vigência da Lei n. 3.877/10, ou seja, 5.4.2010.

Contudo, contrária à tese das autoridades impetradas, o ato combatido é o indeferimento do requerimento administrativo de continuidade do pagamento do adicional em questão no percentual que vinha sendo anteriormente pago, ou seja, 150%.

Assim, sendo a impetrante intimada do ato coator combatido (decisão administrativa), em 18.8.2010 (f. 66), o presente *mandamus* é tempestivo.

Ainda que assim não fosse, entendo que a redução do percentual do adicional pelo exercício de atividades perigosas ou insalubres, percebido pelos impetrantes é ato de trato sucessivo, ou seja, vem se repetindo mês a mês, desde a data de vigência da lei que o reduziu, sendo assim, é ato comissivo continuado (sucessivo), razão pela qual o prazo decadencial se renova mensalmente a cada ato.

Na doutrina, colhe-se a lição do sempre lembrado Prof. Hely Lopes Meirelles, de que "*nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo se renova a cada ato*".

Esta e. Corte de Justiça, apreciando hipótese jurídica idêntica, assim julgou, *in verbis*:

> MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – ALEGAÇÃO PELO IMPETRADO DE DECADÊNCIA DO DIREITO – PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO – INOCORRÊNCIA – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO SEM REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS, POR LEI NOVA – POSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA.

> Rejeita-se alegação de decadência do direito de impetração de *mandamus*, quando este tem por objeto prestações de trato sucessivo, renovando-se mês a mês o direito à impetração.
>
> Os servidores públicos não detêm direito adquirido à forma de pagamento e composição de seus vencimentos, razão por que pode a Administração Pública alterar a forma de cálculo de adicional por tempo de serviço, desde que não importe tal conduta, em redução deles. (TJMS, MS n. 2006.004478-7, Capital, Tribunal Pleno, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 10.1.2007). (grifei).

No mesmo sentido, é o entendimento no Superior Tribunal Justiça:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. SUPRESSÃO DE PARCELA REMUNERATÓRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO. DECADÊNCIA. ART. 18 DA LEI N. 1.533/51. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRECEDENTES.
>
> Nas obrigações de trato sucessivo, o prazo de 120 dias para impetração do *mandamus* se renova periodicamente, não havendo que se falar em decadência do direito de impetração. Recurso desprovido. (STJ, REsp n. 497.726/PB, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 8.11.2004).

Assim, ante essas razões, rejeito a preliminar de decadência.

Mérito

A questão principal a ser apreciada e sustentada, de um lado, pela impetrante e resistida, por outro, pelos impetrados, cinge-se no pagamento ou não do adicional pelo exercício de atividades perigosas ou insalubres no percentual de 150% fixado anteriormente à Lei Estadual n. 3.877/10, que reduziu esse percentual para 30%.

De fato, até a vigência da Lei n. 3.877/10, o referido adicional incorporado pela impetrante vinha sendo pago com fulcro na Resolução Administrativa TC/MS n. 086/2003, de 19.11.2003, em seu art. 2º, ou seja, no percentual de 150%, consoante se verificam dos holerites anexos.

> Art. 2º. O adicional pelo exercício de atividades em Condições Perigosas ou Insalubres será concedido ao servidor pertencente ao Campo Ocupacional VII – Apoio Operacional e administrativo e VIII – Serviços Auxiliares no percentual de 150% (cento e cinqüenta por cento), calculado sobre o padrão-base de vencimento que, mediante comprovação de laudo pericial equivalente, estiver no exercício de atividades perigosas ou insalubres. (f. 31).

No entanto, com o advento da Lei n. 3.877/10, referido percentual sofreu a redução de 150% para 30%, senão vejamos:

> Art. 15. O servidor que trabalhe permanentemente em condições de risco acentuado terá direito ao acréscimo de 30% (trinta por cento) sobre o seu vencimento básico. (f.112)

Ocorre que tal redução, contrária à tese da impetrante, não resultou em violação ao direito adquirido tampouco ao princípio da irredutibilidade de vencimento, pois, como se conclui facilmente dos holerites anexados aos autos por ambas as partes, o vencimento-base da impetrante de R$ 690,19 (f. 59) passou para 2.781,58 (f. 62), e sua remuneração total bruta de 3.845, 47 (f. 59) passou para R$ 4.376,99 (f. 62), ou seja, houve uma significativa majoração de vencimentos.

Portanto, evidente que o fato a redução do percentual do adicional pelo exercício de atividades perigosas ou insalubres, por si só, não ilustra nenhuma violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, uma vez que, como é sabido, não possui o servidor direito adquirido ao regime estatutário, conjectura que permite à

Administração alterar o cálculo de um adicional desde que tal modificação não resulte na redução do vencimento, realidade fática verificada na hipótese em exame.

Aliás, nesse sentido, oportuna a transcrição do trecho do ilustre parecer do Procurador-Geral de Justiça às f. 195-6, *in verbis*:

> Assim, tem-se que o Estado pode alterar unilateralmente a situação de seus servidores, ativos ou inativos, não havendo que se falar em direito adquirido a regime jurídico do servidor.
>
> A ressalva que se faz diz respeito ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos, segundo o qual as alterações efetuadas pela Administração Pública, no regime jurídico de seus servidores não pode resultar em qualquer redução no valor nominal da totalidade de seus vencimentos.
>
> [...]
>
> No caso dos autos, temos que a impetrante não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de qualquer redução no valor de tal remuneração.
>
> Pelo contrário, pelo que se vê, houve um acréscimo nos vencimentos da impetrante, não havendo, por conseguinte, como se falar em ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

Outro não é o posicionamento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO O RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES ESTADUAIS INATIVOS. LEI ESTADUAL N. 14.683/2003 E LEI DELEGADA ESTADUAL N. 175/2007. REGIME REMUNERATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. ABSORÇÃO DE VANTAGENS FINANCEIRAS CONCEDIDAS NAS VIAS ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. PRESERVAÇÃO DA IRREDUTIBILIDADE DE PROVENTOS.
>
> [...]
>
> 4. Assim, como acertadamente consignou o acórdão recorrido, os recorrentes, servidores aposentados, não têm direito que seus proventos sejam reajustados aos mesmos níveis dos valores estabelecidos para os atuais cargos comissionados, ocupados pelos servidores em exercício, uma vez que a Lei Delegada n. 175/2007, determinou a realização de revisão, na forma do artigo 17, já que a Lei Estadual n. 14.863/2003, ao transformar em vantagem pessoal a diferença dos vencimentos decorrentes da apostila, desvinculou, vez por todas, a remuneração dos servidores efetivos apostilados ao vencimento básico do cargo comissionado.
>
> 5. Consoante entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, não existe direito adquirido do servidor público a regime jurídico, sendo-lhe assegurada, tão somente, a irredutibilidade de vencimentos. Observada essa condição, é possível que se altere sua composição remuneratória, retirando ou alterando a fórmula do cálculo de vantagens, gratificações e reajustes. Precedentes: MS n. 30118/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 23.11.2009; MS n. 29.177/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 17.8.2009; MS n. 24317/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 17.11.2008. [...]. (STJ, AgRg nos ED no MS n. 32676/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 9.11.2010). (grifei)

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 266.2006, p. 186).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 324781/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 23.3.2010).(grifei)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. GRATIFICAÇÃO. ADICIONAL DE FUNÇÃO. ALTERAÇÃO. DECRETO ESTADUAL N. 11.562/2004. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA DE IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça consolidaram o entendimento de que o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico, mas apenas a garantia da irredutibilidade de seus vencimentos. Precedentes do STF e do STJ.

2. As alterações efetuadas na sistemática de remuneração não implicaram na irredutibilidade dos vencimentos dos servidores estaduais, pois ainda que tenha ocorrido a redução do valor relativo ao adicional de função, houve reajuste no vencimento-base, que, em consequência, majorou o valor da respectiva remuneração.

3. Recurso ordinário improvido. (STJ, MS n. 21932/MS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16.3.2010). (grifei)

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal há muito já assentou o entendimento segundo o qual não há direito adquirido ao regime jurídico, mas apenas à manutenção do *quantum* remuneratório do servidor público, a fim de garantir a irredutibilidade de seus vencimentos.

Sobre o tema, transcrevo a iterativa jurisprudência do Excelso Pretório:

EMENTA: Servidor público militar: supressão de adicional de inatividade: inexistência, no caso, de violação às garantias constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV). É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não há direito adquirido a regime jurídico e que a garantia da irredutibilidade de vencimentos não impede a alteração de vantagem anteriormente percebida pelo servidor, desde que seja preservado o valor nominal dos vencimentos. (STF, Ag n. 618777/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 3.8.2007).

Diante do exposto, acolho o parecer ministerial e denego a segurança pleiteada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 7º E 8º.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, Josué de Oliveira, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 16 de março de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.033780-5 - Campo Grande
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO – COAÇÃO MORAL – NÃO REALIZAÇÃO DE CASAMENTO – TEMOR DE DANO IMINENTE E CONSIDERÁVEL – INEXISTENTE – SIMULAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO – PARTE NO NEGÓCIO JURÍDICO E NÃO TERCEIRO PREJUDICADO – IMPOSSIBLIDADE DE RECONHECIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

Segundo a lei adjetiva civil, não basta a simples coação moral para viciar o negócio jurídico, que deve também incutir fundado temor de dano iminente e considerável.

Eventual ameaça de não realização de casamento marcado para mais de um mês não pode ser considerada coação apta a gerar a nulidade do negócio jurídico de transmissão de parte de um bem para que a celebração se concretize, por não ser dano iminente nem considerável sob a ótica das condições da parte que se trata de pessoa com educação superior e não pode ser considerada leiga ou indefesa ante a situação imposta que poderia se resolver em perdas e danos.

O receio de desgostar a família e convidados se não houvesse as bodas pode ser considerado até mesmo temor reverencial, que não é considerado como coação nos termos do art. 153 do Código Civil.

Para se caracterizar a simulação, deve-se provar a declaração enganosa da vontade a produzir efeito diverso do indicado e não pode a parte do negócio jurídico alegar o próprio ato indevido em seu favor para ter desfeito o negócio, considerando que não é terceiro prejudicado em relação ao negócio jurídico celebrado.

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, 31 de janeiro de 2011.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Gilmara Saraiva Sampaio interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação declaratória de ato jurídico que move em face de Amâncio Cortes Júnior, julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa, observado o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Alega, em síntese, que o recorrido não adquiriu por meio de compra e venda a parcela do imóvel que lhe foi transferido pela apelante, mas mediante coação moral, que acarretou na simulação de venda às vésperas do casamento de ambos, sob pena deste não se realizar.

Argumenta que ficou desesperada com a possibilidade de não ocorrer o casamento com a pessoa com quem já havia convivido há quase 12 anos e cujos convites já haviam sido distribuídos e cedeu à exigência para transferir o imóvel para o apelado sem que lhe fosse efetuado nenhum pagamento pelo bem que adquiriu exclusivamente com suas economias em data anterior ao casamento.

Pugna pelo provimento do recurso para que seja declarada a nulidade da escritura de compra e venda do imóvel em questão, considerando que realizada mediante coação moral e simulação.

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Gilmara Saraiva Sampaio contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação declaratória de ato jurídico que move em face de Amâncio Cortes Júnior**,** julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa, observado o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Alega, em síntese, que deve ser declarada a nulidade da escritura de compra e venda de 50% do imóvel que transferiu ao apelado, considerando que, realizada mediante coação moral e simulação, ocorrida às vésperas do casamento de ambos, sob pena de este não se realizar.

O recurso não merece prosperar.

Extrai-se dos autos que a apelante transferiu por meio de contrato de compra e venda 50% de um imóvel ao apelado pouco antes da realização do casamento entre ambos.

Alega a recorrente que o negócio foi celebrado em decorrência da coação moral exercida pelo recorrido às vésperas da data marcada para o casamento no sentido de que, se não houvesse a referida transferência não haveria o casamento, cujos preparativos já haviam sido providenciados pela autora.

Segundo o art. 151 do Código Civil *"a coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens."*

Dessa forma, segundo a lei adjetiva civil, não basta a simples coação moral para viciar o negócio jurídico, que deve também incutir fundado temor de dano iminente e considerável.

Nestor Duarte[1] ao comentar o referido artigo leciona que *"não é, porém, qualquer ameaça hábil a configurar coação, devendo preencher os seguintes requisitos: a) gravidade; b) incutir no paciente temor fundado; c) tratar-se de dano iminente; d) o dano terá de ser considerável; e) ser a ameaça injusta; e f) ser causa determinante do negócio."*

Não vislumbro, *in casu,* temor capaz de gerar a nulidade por coação do ato de transferência de metade do imóvel da recorrente ao recorrido, seja a que qualidade, doação ou compra e venda, isso porque a alegada coação moral que supostamente teria sofrido a recorrente consistente na ameaça de não realização de casamento não é

1 PELUSO, Cezar; LOUREIRO (Coord.), NESTOR, Duarte et alii. **Código Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010, p. 123.

dano considerável que possa ser imputado à pessoa, especialmente no presente caso considerando as condições da apelante que inclusive possui nível de escolaridade superior, não se tratando de alguém leigo ou indefeso e, ainda que por outros motivos que não o alegado pela autora, poderia o outro nubente ter desistido do ato e as consequências jurídicas poderiam ser dirimidas em eventual ação de perdas e danos.

Também não se trata de dano iminente, pois o negócio jurídico foi celebrado em 4.4.2005 (f. 120) e o casamento encontrava-se marcado para o dia 13.5.2005 no civil e 14.5.2005 no religioso, ou seja, entre os referidos fatos transcorreu mais de um mês.

Além disso, o receio de desgostar sua família e convidados se não houvesse as bodas pode ser considerado até mesmo temor reverencial, que não é considerado como coação nos termos do art. 153 do Código Civil.

Certo é que, ao que transparece dos relatos da autora, houve arrependimento do negócio jurídico diante da dissolução da união, não havendo se falar em anulação do negócio, pois se o casamento das partes não tivesse culminado na separação, por certo jamais haveria de pleitear o desfazimento da transmissão do bem, demonstrando a ocorrência de arrependimento que não constitui defeito do ato jurídico apto a levar à sua anulação ou nulidade.

Conforme lições de Orosimbo Nonato[2] *"[...] a lei tem em vista o mêdo como capaz de viciar o ato jurídico somente quando deriva de coação qualificada. O mêdo, em si, por intenso que seja, desconstitui defeito do ato jurídico se não deriva de pressão brutal e injusta desenvolvida por vontade estranha armada para tomar o consentimento do agente."*

No tocante à alegada simulação, por afirmar que não se tratou de compra e venda, não vislumbro que tal afirmativa tenha o condão de levar à nulidade do negócio, pois, além de não ter comprovado a suposta falta de recebimento do valor do negócio, se entendeu por bem transmitir o bem por meio diverso do realmente ocorrido, pois se não receberia o valor se trataria de doação, não pode vir a juízo alegar a própria atitude indevida em seu favor para ter desfeito o negócio, considerando que não é terceiro prejudicado em relação ao negócio jurídico celebrado.

Logo, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido autoral.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 31 de janeiro de 2011.

***

2 NONATO. Orosimbo. **Da coação como defeito do ato jurídico**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 119.

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.001255-9 - Bandeirantes
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – DESCONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – CONFUSÃO PATRIMONIAL COMPROVADA – RECURSO IMPROVIDO.

Constatando-se que as duas empresas possuem nome empresarial semelhantes, são controladas pelo mesmo sócio e ocupam o mesmo endereço, tendo concentração de patrimônio em apenas uma delas, tem-se configurada a situação de promiscuidade social, autorizando o acionamento da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica como instrumento para a satisfação dos direitos reconhecidos em Juízo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2011.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Elma Engenharia, Construções e Comércio Ltda., inconformada com a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro interpostos em face do Posto Raffa Ltda., em trâmite pela Vara Única da Comarca de Bandeirantes, interpõe recurso de apelação, sustentando, em síntese, que o crédito penhorado nos autos da execução é de empresa diversa da executada. Afirma que o recorrido moveu ação monitória contra a empresa Elma Construção e Transportadora Ltda. (CNPJ n. 16.037.665/0001-00) e, na fase de cumprimento de sentença, a penhora efetivada recaiu em crédito decorrente de contrato firmado entre a empresa Elma Engenharia e Construções Ltda. (CNPJ n. 24.600.447/0001-60), ora apelante e a Agesul, motivo pelo qual não pode prosperar. Sustenta que o simples fato de que ambas as empresas possuem o mesmo endereço e o mesmo representante legal não permite a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, pois, sendo medida de caráter excepcional, somente pode ser aplicada quando comprovado o propósito de fraudar credores ou execução.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro interpostos por Elma Engenharia, Construções e Comércio Ltda. em desfavor do Posto Raffa Ltda.

Transparece do exame dos autos que o embargante, ora apelante direciona a sua irresignação contra a tutela jurisdicional que assim dispôs:

> [...] o presente caso, portanto, entendo que há abuso da personalidade jurídica pelos seguintes motivos: I) concentração de patrimônio em uma empresa em detrimento da outra; II) abuso no uso do nome empresarial, confundindo os credores; III) mesmos sócios e mesmo endereço, prejudicando a distinção entre as pessoas jurídicas; IV) atuação no mesmo ramo de atividade (construção de rodovias e ferrovias), conforme f. 26 e 27-32. Pelas razões expostas, desconsidero a personalidade jurídica da empresa embargante, permitindo que as dívidas da empresa Elma Construção e Transportadora Ltda sejam suportadas pela empresa Elma Engenharia Construções e Comércio Ltda. [...].

Sustenta, em apertada síntese, que o crédito penhorado nos autos da execução é de empresa diversa da executada, ou seja, o recorrido moveu ação monitória contra a empresa Elma Construção e Transportadora Ltda. (CNPJ n. 16.037.665/0001-00) e, na fase de cumprimento de sentença a penhora efetivada, recaiu em crédito decorrente de contrato firmado entre a empresa Elma Engenharia Construções e Comércio Ltda. (CNPJ n. 24.600.447/0001-60), ora apelante e a Agesul, motivo pelo qual não pode prosperar.

Sustenta ainda que o simples fato de que ambas as empresas possuem o mesmo endereço e o mesmo representante legal não permite a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, pois, sendo medida de caráter excepcional, somente pode ser aplicada quando comprovado o propósito de fraudar credores ou execução.

A irresignação não prospera.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicado com meio hábil para evitar os crescentes abusos praticados por sócios que utilizam da estrutura autônoma e independente da pessoa jurídica para a prática de negócios fraudulentos e desvinculados da finalidade desta.

Por pertinente, registro que a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial n. 279.273/SP, proferiu voto em que discorreu, com notável precisão, a questão relativa à desconsideração da personalidade jurídica, diferenciando os requisitos necessários ao seu deferimento, seja quando invocada com base no art. 28 e § 5º do Código de Defesa do Consumidor, seja quando invocada com base no art. 50 do Código Civil.

Dessa forma se manifestou a eminente Ministra:

> A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quanto aos pressupostos de sua incidência, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da desconsideração. A teoria maior não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial. A prova do desvio de finalidade faz incidir a teoria (maior) subjetiva da desconsideração. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica. A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a teoria (maior) objetiva da desconsideração. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas. A teoria maior da desconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do CC/02. A teoria menor da desconsideração, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou

> administradores da pessoa jurídica. No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconsideração foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (Lei n. 9605/98, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5º). (STJ, REsp n. 279.273/SP, Terceira Turma, Relª. p/acórdão Minª. Nancy Andrighi, julgado em 4.12.2003).

In casu, como bem salientado pelo magistrado *a quo,* as empresas possuem nome empresarial semelhantes, atuam no mesmo ramo de negócio e no mesmo endereço, bem como, possuem o mesmo sócio, o que por certo, prejudica a distinção entre as pessoas jurídicas.

Se não bastasse, percebe-se que a empresa Elma Construção e Transportadora Ltda. (CNPJ n. 16.037.665/0001-00) não quitou seu débito com a recorrida, deixando de oferecer bens à penhora, ocasionando o trâmite dos processos por mais de dez anos (ação monitória e cumprimento de sentença).

Desta feita, nos termos do artigo 50 do Código Civil, comprovado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pela confusão patrimonial entre a empresa executada e a embargante, com o objetivo de frustrar o crédito da apelada, já reconhecido por decisão judicial, impõe-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa embargante, possibilitando que a obrigação de pagar o débito executado seja arcada pela empresa apelante.

Nesse sentido:

> AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ATOS FRAUDULENTOS. COMPROVAÇÃO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA DO MESMO GRUPO FAMILIAR. CONFUSÃO PATRIMONIAL. CARACTERIZAÇÃO. PENHORA. POSSIBILIDADE. Uma vez evidenciada a ação fraudulenta engendrada pelo sócio e representante legal da executada, com a criação, no curso da ação, de nova empresa tendo à frente membros da mesma família, estabelecida no mesmo endereço e gerida pelo mesmo administrador, o que torna transparente a confusão patrimonial entre ambas as sociedades empresárias, fica autorizada a decretação da desconsideração da personalidade jurídica da executada, cujos atos de constrição devem atingir os sócios da devedora e também da pessoa jurídica. (TJMG, Ag n. 1.0024.00.016899-7/0021, Belo Horizonte, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, julgado em 23.3.2009, DJ de 7.4.2009).

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.004034-5 - Campo Grande
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTO – HIGIDEZ E VALIDADE ASSENTADAS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA QUANTO À DISPARIDADE DA BASE DE CÁLCULO – SENTENÇA ORIGINÁRIA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA – RECURSO DA CONCESSIONÁRIA PROVIDO.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) tem assentado que a contraprestação relativa aos serviços de água e esgoto não tem natureza jurídica tributária, mas de preço público.

É válida a base de cálculo adotada para a cobrança do preço público, pautada, dentre outros aspectos, por percentual adstrito ao consumo mensal de água do usuário do sistema, tal como estipulado pela fustigada Lei Municipal n. 3928/01, art. 7º e pelo art. 7º do contrato de concessão administrativa firmado entre a Prefeitura e a Águas Guariroba.

A admissão da revisão deste cômputo depende de prova pericial concreta, indicando a total discrepância entre o serviço prestado e o montante cobrado, sob pena de o autor arcar com o ônus por deixar de evidenciar a veracidade de suas alegações (CPC, art. 333, I).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de março de 2011.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Águas Guariroba S.A. interpõe recurso de apelação (f. 226-48), irresignada com a sentença (f. 219-21) que julgou procedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência cumulada com repetição de indébito promovida por Fábio Hilário Martinez de Oliveira, declarando nula a relação jurídico-tributária em relação à tarifa de esgoto imputada ao recorrido e condenando a apelante a restituir o valor de R$ 324.17 (trezentos e vinte e quatro reais e dezessete centavos), pagos sob tal fundamento, acrescidos de correção e juros, mais honorários arbitrados em R$ 2.000.00 (dois mil reais).

Suscita incorreção e pugna pela reforma.

Recurso tempestivo, preparado, respondido e regularmente processado.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

É apelo tirado por Águas Guariroba S.A. (f. 226-48), irresignada com a sentença (f. 219-21) que julgou procedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência cumulada com repetição de indébito promovida por Fábio Hilário Martinez de Oliveira, declarando nula a relação jurídico-tributária em relação à tarifa de esgoto imputada ao recorrido e condenando a apelante a restituir o valor de R$ 324.17 (trezentos e vinte e quatro reais e dezessete centavos), pagos sob tal fundamento, acrescidos de correção e juros, mais honorários arbitrados em R$ 2.000.00 (dois mil reais).

Suscita incorreção e pugna pela reforma.

A súplica prospera.

Livre de dissenso a disparidade entre a natureza jurídica da taxa e do preço público (tarifa). Taxa é tributo, submetido ao regime público, implicando atuação estatal direta específica dirigida ao contribuinte, enquanto preço público (tarifa) tem origem contratual, infensa à exigência de lei, regida pelo direito privado com influxos do direito público. Tormentosa mesmo é a discussão sobre os critérios de enquadramento concreto entre ambos os institutos ante a prestação de serviço público, dada a pluralidade de fatos possíveis e consequências imputáveis aos beneficiários de seus sistemas.

Conveniente, assim, analisarmos as quatro correntes principais de dissociação de tais espécies jurídicas (Cfr. TJSP, AC n. 7.155.677-5, Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Bedaque, DJ de 12.2.2008):

Para a primeira corrente, os serviços públicos seriam remunerados apenas por taxa, seja por disposição constitucional, seja pelo fato de estar tal atividade afeta ao interesse geral (Cfr. Estevão Horvath, Tarifa de transporte coletivo urbano, *in* **RT** 65/151; Eros Roberto Grau, Taxa – Serviço Público –, *in* **RT** 52/86; Geraldo Ataliba, Taxas e preços no novo texto constitucional, *in* **RT** 47/142; CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. p. 353-64; Luiz Francisco dei Giudice, Taxa e tarifa, *in* **LEX** Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo 109/6; X Simpósio Nacional de Direito Tributário, Taxa e preço público, *in* **RF** 299/398; João Cláudio Couceiro, Taxa e preço público, *in* **RT** 42/198; Marco Aurélio Greco, Distinção entre taxa e preço (tarifa), **RT** 456/39).

A segunda corrente sustenta residir no caráter compulsório, ou não, o elemento a ser levado em conta para determinar a modalidade de remuneração do serviço público. Na primeira hipótese, tratar-se-ia de taxa; se houver facultatividade na prestação, a remuneração dar-se-ia por preço público (Cfr. MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29 ed. São Paulo: Malheiros. p. 432-3; CASSONE, Vitorio. **Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Atlas. p. 79-83; Mariana Oiticica Ramalho, Taxas e preços públicos, *in* **RT** 87/229; Edison Araújo Peixoto, Taxa e preço, *in* **RT** 53/196; Ives Gandra da Silva Martins, Taxa e preço público, *in* **RF** 291/77; Eros Roberto Grau, Tarifa e taxa - FNT, *in* **RT** 33/64).

A terceira corrente defende constituir a taxa uma forma de remuneração somente de serviços públicos inerentes à soberania do Estado, sendo os demais pagos por meio de preço público (Cfr. Hely Lopes Meirelles. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 1; Flávio Bauer Novelli, Taxa – apontamentos sobre seu conceito jurídico –, *in* **RT** 59/95; Hector B. Villegas, Verdades e ficções em torno do atributo denominado taxa, *in* **RDP** 17/322).

Por fim, a quarta corrente preconiza que, estreme do objeto, o pagamento de serviços públicos prestados por meio de permissão ou concessão pode ser realizada mediante preço público (tarifa), tendo em

vista não ser a taxa compatível com a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, devido ao rígido regime tributário a ela inerente (Cfr. PIETRO, Maria Sylvia di. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 5. ed. São Paulo: Atlas. p. 381-94).

Assentadas tais premissas, nada obstante já tenha anteriormente me manifestado pelo critério da compulsoriedade (TJMS, AC n. 2008.008350-3, Ribas do Rio Pardo, Quarta Turma Cível, DJ de 2.6.2009), uma reflexão mais atualizada do tema revela a necessidade de reformulação de meu posicionamento, de modo a acolher a prevalência da quarta corrente para a questão.

Ao cuidar dos princípios gerais da atividade econômica em seu art. 175, a Constituição fez remissão expressa à prestação de serviço público por concessionárias ou permissionárias, estabelecendo regime específico para sua incidência. Sendo assim, estabelece cláusula de exceção à exigência de tributação nesses casos, fazendo com que as salvaguardas do contribuinte (limitações ao direito de tributar) sejam substituídas por outro tipo de controle adstrito a políticas tarifárias definidas em lei. Portanto, os serviços prestados mediante concessão ou permissão submetem-se ao regime de preço público, afastando a exação por taxa (Cfr. PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 30-1; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 17. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. p. 288-9; Araújo Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva; p. 103; ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 4. ed. RJ: Método. p. 70-1).

No mesmo sentido, admoesta Fernando Vernalha Guimarães (Cfr. Concessão de serviço público: **a viabilidade de tarifação dos serviços públicos de fruição obrigatória**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo n. 19 – agosto/setembro/outubro de 2009):

> [...] o legislador constitucional, ao admitir no art. 175 a hipótese de prestação de serviços públicos por concessão ou permissão nenhuma restrição inscreveu para os serviços ditos de fruição compulsória. Isto é: admitiu o texto constitucional que a delegação de serviços públicos por concessão ou permissão (que supõe a viabilidade do regime tarifário) opere-se indistintamente para os serviços públicos de fruição facultativa ou compulsória. Não se proscreveu a delegação dos serviços de fruição obrigatória [...] Supor que tais serviços devam ser remunerados exclusivamente por taxa significa recusar a sua suscetibilidade ao modelo concessório, inconciliável com o sistema tributário. O regime da concessão é informado pelo princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, o que pressupõe a existência no seu bojo de cláusulas financeiras orientadas permanentemente a um certo equilíbrio da relação entre encargos do prestador e remuneração advinda do negócio. Assim e em tese, as cláusulas financeiras da concessão estarão continuamente se adaptando ao dinamismo da realidade econômico-financeira que circunda a execução da concessão, assegurando-se a manutenção do equilíbrio contratual. Mais do que isso, é próprio do regime contratual da concessão o recurso a modelos de remuneração destinados ao incremento da eficiência e à modicidade tarifária, segundo fórmulas de atualização dos valores aptas a gerar conjugadamente o aumento da produtividade e a redução no preço do serviço (IPC-X). Estas técnicas não se compatibilizam com as amarras do sistema tributário da taxa, que não favorece nem admite a exata e permanente readequação dos preços às mutantes condições de prestação [...].

Após alguma oscilação, nos últimos anos a jurisprudência do STF e do STJ, passou a acolher as lições supracitadas, firmando o entendimento de ser cabível a cobrança da denominada tarifa de esgoto, rejeitando, pois, em casos tais, o tratamento tributário destinado à afetação de taxas. Ultrapassada, por conseguinte, a interpretação abraçada pelo juiz, vislumbrando a natureza jurídica de tributo (taxa), tida como inválida, por ausência de critérios de especificidade e divisibilidade no serviço prestado, exigências exclusivas do universo tributário, alheio ao evento *sub judice*.

Condensando essa pacificação, trago excerto do REsp n. 578853-MS, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJ de 14.2.2011, interposto pela recorrente Águas Guariroba envolvendo idêntica controvérsia, o qual foi provido, reformando por completo o acórdão emanado desta própria Quarta Turma Cível, nos autos da AC n. 2004.013196-7, relatada pelo eminente Des. Paschoal Leandro, fixando os seguintes fundamentos:

> O Recorrente alega que o Tribunal *a quo* teria contrariado o art. 175 da Constituição da República. Razão de direito assiste ao Agravante. A jurisprudência deste Supremo Tribunal assentou que a contraprestação relativa aos serviços de água e esgoto não tem natureza jurídica tributária, mas de preço público. Nesse sentido, os seguintes julgados: EMENTA: TRIBUTÁRIO. SERVIÇO DE COLETA OU TRATAMENTO DE ESGOTO. PREÇO PÚBLICO. CONSTITUCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA. I - Ocorrência do necessário prequestionamento, visto que a questão constitucional em debate foi devidamente discutida no acórdão recorrido. II - O quantitativo cobrado dos usuários das redes de água e esgoto é tido como preço público. Precedentes. III - Agravo regimental improvido (AgRg n. 544.289-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 2.5.2009). E: EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Água e esgoto. Cobrança. Natureza jurídica. Preço público. Precedente. 3. Prequestionamento. Ocorrência. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg em Ag n. 516.402, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30.9.2008). E ainda: EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO: TAXA DE ESGOTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR CONCESSIONÁRIA. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. I. - Embargos de declaração opostos à decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se trata de tributo, mas de preço público, a cobrança a título de água e esgoto. Precedentes. III. - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Não-provimento deste" (ED n. 447.536, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26.8.2005). Dessa orientação jurisprudencial divergiu o acórdão recorrido. 5. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1-Aº, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) [...].

Perfilhando essa trilha, também se destaca o REsp n. 627770- SP, julgado em 1 de setembro de 2010, de relatoria do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, adotando as seguintes ponderações:

> [...] a Corte já fixou entendimento no sentido de que a atual Constituição, em seu art. 175, III, da CF, introduziu considerável mudança no tratamento conferido ao sistema tarifário, o qual passou a ser objeto de uma política tarifária, deixando de equivaler a um simples preço público, cujo montante se limitaria ao valor exato do serviço prestado individualmente[...]reconhece a jurisprudência do Tribunal que o cálculo da tarifa para cada usuário pode levar em conta, além do valor do serviço, o custo para melhoria dos serviços prestados, a equidade na repartição dos custos de acordo com o uso, a capacidade contributiva de quem está sujeito ao seu pagamento e outras circunstâncias que revelem o interesse público na prestação do serviço [...].

O Tribunal da Cidadania segue fielmente esse raciocínio, e inclusive já o submeteu ao regime de julgamento de recursos repetitivos, quando apreciou e proveu o REsp n. 1025.728-MS, DJ de 29.01.2010, também manejado pela recorrente Águas Guariroba, assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA/PREÇO PÚBLICO. RECURSO REPETITIVO (REsp n. 1.117.903-RS)

> 1. A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ED em REsp n. 447.53, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 28.6.2005, DJ de 26.8.2005; AgR em Ag n. 516402, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30.9.2008, DJ n. 222 de 21.11.2008; e AgRg em REsp n. 544289, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26.5.2009, DJ n. 113 de 19.6.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 690.609/RS, Primeira Seção, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 26.3.2008, DJ de 7.4.2008; REsp n. 928.267/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12.8.2009, DJ de 21.8.2009; e REsp n. 1.018.060/RS, Primeira Seção, Rel. Min Castro Meira, julgado em 9.9.2009, DJ de 18.9.2009).
>
> 2. Deveras, aos débitos decorrentes da prestação do serviço de água e esgoto não pode ser aplicado o regime tributário previsto nas disposições do CTN, porquanto este apenas se aplica a dívidas tributárias, exatamente por força do conceito de tributo previsto no art. 3º do CTN.
>
> 3. À luz da novel metodologia legal, conforme julgamento do recurso repetitivo (REsp n. 1.117.903-RS), 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).
>
> 4. Recurso especial provido.

Demonstrando que a orientação já tem sido aceita neste Tribunal local, recupero ementa de importante precedente, lançado pelo Douto Desembargador Elpídio Martins, na Segunda Seção Cível:

> SERVIÇO DE ESGOTO – CONTRAPRESTAÇÃO – NATUREZA JURÍDICA DE TARIFA – INSTITUIÇÃO POR DECRETO E PORTARIA – LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE – POSICIONAMENTO PACÍFICO DO STF E STJ – SENTENÇA CONCESSIVA MANTIDA. Conforme o entendimento pacífico do STF e do STJ, o valor exigido como contraprestação pelo serviço de água e esgoto possui natureza jurídica de tarifa, não se submetendo ao regime tributário, especialmente no que diz respeito à observância do princípio da legalidade, tratando-se na realidade de pagamento de caráter negocial devido em razão de regime de concessão, passível, pois, de regulação mediante Decreto. (TJMS, EI em AC n. 2007.001581-3/0001-00, Campo Grande, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, DJ de 13.8.2007).

Outrossim, todas as decisões relatadas têm validado a base de cálculo adotada para a cobrança do preço público em foco, pautada, dentre outros aspectos, por percentual adstrito ao consumo mensal de água do usuário do sistema, tal como estipulado pela fustigada Lei Municipal n. 3928/01, art. 7º e pelo art. 7º do Contrato de Concessão Administrativa firmado entre a Prefeitura e a Águas Guariroba. A admissão da revisão deste cômputo depende de prova pericial, indicando a total discrepância entre o serviço prestado e o montante cobrado, inocorrente na hipótese, limitando-se o recorrido a suscitar, sem nenhum elemento concreto a abusividade abstrata da tarifa, deixando a descoberto o ônus de evidenciar a veracidade de suas alegações (CPC, art. 333, I).

Portanto, observados todos os ângulos da lide, a reforma da sentença é medida que se impõe, merecendo ser preservada a orientação solidificada pelos Tribunais Superiores.

Em face do exposto, provejo o apelo interposto pela Águas Guariroba, dando pela improcedência das pretensões iniciais. Ante o resultado, inverto a sucumbência, imputando ao apelado a responsabilidade pelos custos financeiros do processo já estipulados na origem.

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. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 10 de março de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.034162-2 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – USUCAPIÃO – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA AFASTADA – COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC – PROCEDÊNCIA DA REINTEGRATÓRIA DE POSSE – INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS – DEVIDA – CONSTRUÇÃO EM TERRENO – ACESSÃO – PAGAMENTO DE ALUGUÉIS PELO TEMPO DE USO INDEVIDO DO IMÓVEL – INDEVIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Afastada a prescrição aquisitiva para fins de usucapião e, restando caracterizados os requisitos hábeis e autorizadores à proteção possessória, exigidos pelo art. 927 do CPC, procedente se torna a pretensão reintegratória na posse.

O possuidor esbulhado que, tomando conhecimento do esbulho praticado pelo réu, negligencia por muito tempo, possibilitando a construção no imóvel, é obrigado a indenizar o réu pelas benfeitorias decorrentes dessa inércia, embora a este não assista o direito de retenção.

O possuidor esbulhado, não comprovando a existência de perdas e danos, não tem direito a aluguel pedido na inicial a esse título.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de janeiro de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelação cível interposta por Maria de Brito Batista, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Reintegração de Posse que lhe move o Centro Espírita Discípulos de Jesus, que assim dispôs:

> Pelo exposto, estando os requisitos do art. 927 do CPC e restando configurada a obrigação da ré Maria de Brito Batista no pagamento de aluguéis durante o período em que o autor ficou privado de sua posse, julgo procedentes os pedidos formulados na inicial, para: a) determinar a reintegração do autor na posse do lote de terreno n. 11 da quadra n. 14, do loteamento denominado Vila Albuquerque, situado na Avenida Dr. Olavo Vilella de Andrade, nesta cidade; e b) condenar a ré Maria de Brito Batista no pagamento ao autor de aluguéis, desde 27.11.2006, data em que ficou configurado o esbulho da ré (f. 17), até a efetiva reintegração do autor na posse do lote

> acima descrito, no valor de mercado a ser apurado em liquidação por arbitramento. Por outro lado, considerando que a ré Maria de Brito Batista não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, relativamente à pretensão usucapienda e de indenização por benfeitorias, julgo improcedentes os pedidos contrapostos formulados na contestação de f. 21-24 e declaro resolvido o mérito, com fundamento no art. 269, I, do CPC. (f. 160-1.)

Sustenta a apelante que o requerente, em nenhum momento, comprovou ter a posse do imóvel, a teor do artigo 927, I, do CPC, a ensejar o pedido de reintegração, o que foi comprovado por depoimento pessoal da representante do próprio apelado, Ângela Mara Barsante Santos Moreno.

Entende estar ausente o requisito do art. 927, I, do CPC, sendo o recorrido carecedor da presente ação, porquanto não se trata de possuidor, mas sim de "possível proprietário" do imóvel, sendo certo que a ação cabível não é de natureza possessória, mas sim de cunho petitório.

Em relação ao mérito, argumenta que a recorrente não entrou no imóvel na clandestinidade, tendo a posse mansa e pacífica do bem, desde no ano de 1982, conforme comprovado pelo histórico de faturamento da Enersul, o qual comprova que a unidade consumidora teve sua ligação inicial feita em 17.4.1982, em nome da recorrente, permanecendo cadastrada até os dias de hoje.

Aduz que a ligação de energia elétrica foi realizada no endereço situado na Rua Ramalho Ortigão, 250, porque era a via que passava mais próxima ao lote 11, da quadra 14, inexistindo a avenida que hoje passa em frente do imóvel, qual seja, a Av. Olavo de Vilela Andrade, fato esse que induziu o magistrado a erro.

Assevera que a apelante introduziu benfeitorias úteis e necessárias ao terreno, passíveis de serem indenizadas, sob pena de enriquecimento ilícito do recorrido, inclusive, com direito de retenção do imóvel até o seu efetivo reembolso.

Pugna, também, pela reforma da sentença na parte que condenou a recorrente ao pagamento de alugueis a partir da citação pelo uso do imóvel, argumentando, para tanto, que qualquer indenização pela fruição do imóvel somente será legítima após o trânsito em julgado da ação que julgar procedente a pretensão, decorrido o prazo de desocupação voluntária, sob pena até de desestimular a interposição do presente apelo, pela demora natural do seu processamento.

Requer o provimento do recurso, com a extinção do processo sem resolução de mérito, em razão da carência de ação, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Caso assim não entendam, requer que a sentença seja reformada para reconhecer a aquisição pela usucapião em favor da recorrente e, alternativamente, que o recorrido seja condenado ao ressarcimento do valor das benfeitorias realizadas de boa-fé sobre o imóvel.

Requer, outrossim, que seja afastada a condenação da recorrente ao pagamento de aluguel desde a data da citação, admitindo-se apenas a partir do prazo de desocupação voluntária depois do trânsito em julgado da presente ação.

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

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Maria de Brito Batista, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Reintegração de Posse que lhe move o Centro Espírita Discípulos de Jesus, que assim dispôs:

> Pelo exposto, estando os requisitos do art. 927 do CPC e restando configurada a obrigação da ré Maria de Brito Batista no pagamento de aluguéis durante o período em que o autor ficou privado de sua posse, julgo procedentes os pedidos formulados na inicial, para: a) determinar a reintegração do autor na posse do lote de terreno n. 11 da quadra n. 14, do loteamento denominado Vila Albuquerque, situado na Avenida Dr. Olavo Vilella de Andrade, nesta cidade; e b) condenar a ré Maria de Brito Batista no pagamento ao autor de aluguéis, desde 27.11.2006, data em que ficou configurado o esbulho da ré (f. 17), até a efetiva reintegração do autor na posse do lote acima descrito, no valor de mercado a ser apurado em liquidação por arbitramento. Por outro lado, considerando que a ré Maria de Brito Batista não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, relativamente à pretensão usucapienda e de indenização por benfeitorias, julgo improcedentes os pedidos contrapostos formulados na contestação de f. 21-24 e declaro resolvido o mérito, com fundamento no art. 269, I, do CPC. (f. 160-1)

A apelante sustenta, preliminarmente, carência de ação, por ausência dos requisitos do art. 927, inc. I, do CPC, sob o argumento de que o requerente, em nenhum momento, comprovou ter a posse do imóvel.

A preliminar em questão confunde-se com o mérito e com ele será analisado.

Alega o autor que é o legítimo proprietário do imóvel objeto da presente ação reinvidicatória, qual seja, do lote de terreno n. 11, da quadra 14, do loteamento Vila Dr. Albuquerque, que lhe foi doado por Maria Edwiges de Albuquerque Borges, pela Escritura Pública de Testamento (f. 8-9).

Segundo o autor, em 7 de novembro de 2002, vendeu o imóvel aos primeiros requeridos, cuja venda foi posteriormente desfeita através do, sendo que, embora tenha devolvido a quantia paga, estes não lhe entregaram a posse do imóvel.

Afirma que não conhece a terceira requerida, ora apelante, que é invasora do imóvel, já que nunca teve autorização para se instalar no imóvel.

Por sua vez, os primeiros recorridos alegaram, por depoimento pessoal, que o autor pediu para que cuidassem do imóvel, o qual foi invadido pela ré Maria Batista, que nele edificou um barraco de alvenaria, com 2 peças, no qual passou a residir até a presente data.

Por outro lado, a apelante alega que está na posse do imóvel desde 1985, ou seja, há cerca de 21 (vinte e um) anos, tendo exercido a posse de forma mansa e pacífica, com *animus domini*, que só foi perturbada após a citação da presente ação.

Passo a analisar, inicialmente, a posse alegada pela apelante, para fins de reconhecimento da prescrição aquisitiva para usucapião, já que, se comprovada a posse vintenária, restará prejudicada a análise dos requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, porquanto o apelado não terá direito à reintegração da posse do imóvel.

Embora a apelante tenha sustentado que se encontra na posse mansa e pacífica do imóvel há cerca de 21 (vinte e um) anos, o conjunto probatório constante dos autos demonstra o contrário.

Como bem analisou o julgador de 1º grau, a conta de energia elétrica juntada aos autos pela apelante (f. 27), com o objetivo de comprovar que efetuou a ligação da energia elétrica no imóvel em agosto de 1997, não se refere ao imóvel objeto da presente ação.

Observando-se a planta de f. 96, vê-se que o imóvel ora em discussão confronta-se na lateral esquerda pelo lote n. 12, na lateral direita pelo lote n. 8 e, aos fundos, pelos lotes n. 5, 6 e 7, tendo sua frente voltada para a Avenida Dr. Olavo Vilella de Andrade, enquanto a conta de energia elétrica se refere a um imóvel localizado na Rua Ramalho Ortigão, que fica em localidade bem diversa do lote n. 11, aqui em discussão.

Na verdade, pelos depoimentos constantes dos autos, vê-se que esse era o imóvel que a apelante ocupava antes de invadir o terreno do apelado.

A testemunha do autor, João Victor Carolino de Albuquerque, afirmou que:

> O imóvel de madeira que aparece na foto é um barraco que ela construíra em outro terreno, que não o objeto da lide. Depois de residir no imóvel que aprece na foto, Maria Batista ganhou uma casa da EMHA, na qual residiu por um tempo. Depois, abandonou aquela casa e invadiu o terreno objeto da lide. A rua Ramalho Ortigão não passa em frente ao lote objeto da lide. (f. 103)

Já a testemunha da apelante, Cristina Lourenço de Albuquerque, afirmou que:

> [...] Há cerca de 5 anos, foi aberta no local uma Avenida, havia uma favela, sendo que a ré Maria Batista morava em um dos barracos da favela. A favela foi derrubada para a abertura da avenida e a ré Maria ganhou uma casa da EMHA. Porém, ela vendeu a casa, segundo comentários da região, e invadiu o lote 11, nele construindo um barraquinho, no qual reside e vende bebidas, denominando-o de bar [...] (f. 105).

Por sua vez, a testemunha da apelante, Anilton Bispo de Oliveira, afirmou que:

> Conhece a ré Maria Batista há cerca de 20 anos. Quando a conheceu, ela morava em uma casa que ficava onde hoje se localiza um avenida, cujo nome o depoente não se recorda, que foi aberta há uns 3 ou 4 anos. Com a abertura da avenida, a casa de Maria foi demolida e ela foi morar no terreno onde reside até hoje. Ela construiu uma casa de alvenaria, que fica de frente para a avenida, onde mora com o marido dela. [...] reconhece a ré Maria como a pessoa que aparece na foto de f. 89. A casa que aparece na foto é a que ela morava anteriormente, a que ficava onde hoje é a avenida. As fotos de f. 90 retratam a casa onde a ré reside atualmente e o bar que ela explora. (f. 106)

O mesmo foi afirmado pela testemunha da ré, Minervino Cândido Cardoso:

> Conhece a ré Maria Batista há uns 15 ou 20 anos. Quando a conheceu, ela morava em uma casa de tábua, numa "favelinha", que havia no bairro. Há uns 5 ou 6 anos, sabendo que foi na época do prefeito Puccineli, foi aberta uma avenida no local onde havia a favelinha, tendo as casas da favela sido todas derrubadas. A ré Maria Batista mudou "mais para cima", para um terreno que fica de frente para a avenida. Não sabe de quem ela adquiriu esse terreno. Ela construiu uma casa de alvenaria, na qual reside até hoje. No mesmo imóvel, a ré explora um bar. [...] indagado pelo juiz se a ré Maria já ocupava o local onde hoje está a casa de alvenaria, o depoente respondeu que não. Neste momento, a ré Maria Batista disse "já, sim". Então o depoente se retratou dizendo que depois que passou a avenida, mudou tudo e que ele não sabe. (f. 107)

Embora a testemunha Noemia Ribeiro de Souza tenha contrariado os demais, os outros depoimentos já são suficientes para demonstrar que a apelante não possuía a posse do imóvel por mais de 20 (vinte) anos, como alega, o que impõe, por consequência, a improcedência da pretensão usucapienda.

Ao contrário, as provas dos autos demonstram que foi depois de 2002 que a apelada ingressou no imóvel.

Como bem observou o julgador de 1º grau, restou provado que a ré *"definitivamente não exercia a posse do imóvel desde meados de 1985, mas por volta do ano de 2002, como realmente afirmado na inicial, não restando preenchido, portanto, um dos pressupostos básicos e imprescindíveis para a aquisição da propriedade imóvel pela usucapião, tal seja, o decurso do tempo da posse da ré Maria sobre o lote usucapiendo, in casu, de vinte anos, por força do disposto no art. 550 do Código Civil de 1916."* (f. 157)

Assim, restando demonstrado que a apelante não preenche os requisitos para aquisição da propriedade do imóvel pela usucapião, passo a analisar os requisitos da ação reintegratória de posse.

Como é cediço, a ação de reintegração de posse tem cabimento quando o possuidor sofre esbulho, ou seja, quando é injustamente desapossado da coisa, visando, assim, à obtenção de um provimento jurisdicional que lhe assegure, novamente, o exercício dos direitos inerente à posse.

Dessa forma, havendo a propositura de uma das ações possessórias previstas no Código de Processo Civil, necessário se torna a observância da norma contida no art. 927 do mencionado diploma legal, que assim dispõe:

> Art. 927: Incumbe ao autor provar:
>
> I - a sua posse;
>
> II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
>
> III - a data da turbação ou do esbulho;
>
> IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

No caso *sub judice*, do conjunto probatório constante dos autos, verifica-se que o autor/apelado desincumbiu-se de provar os requisitos do art. 927 do CPC.

Vê-se dos autos que a posse do autor tem origem na escritura pública de testamento (f. 8-9), de 11.7.1995 e, embora tenha vendido o imóvel aos primeiros requeridos, tal negociação foi desfeita através do distrato de f. 10, oportunidade em que a posse lhe foi restituída.

Por sua vez, no seu depoimento, a testemunha João Victor Carolino de Albuquerque, que havia adquirido o imóvel anteriormente, afirmou que o autor havia lhe solicitado, no ano de 2001, ao adquirir o lote n. 12, *"que cuidasse do terreno vizinho, ou seja, do terreno objeto da lide"*.

Sustentou, também, que, *"a pedido do autor, o depoente construiu uma cerca em volta do terreno, para evitar novas invasões, pois os parentes dela também pretendiam invadir o imóvel"*. (f. 103)

Conquanto a testemunha Angela Mara Barsante Santos Moreno tenha afirmado que *"O autor nunca exerceu posse sobre o terreno objeto da lide"* (f. 102), seu depoimento deve ser analisado com certa parcimônia, já que não era a presidente da entidade na época em que foi proposta a presente ação.

Em verdade, a apelante tinha a posse jurídica do imóvel, posse essa adquirida pela doação feita pela Sra. Maria Edwiges de Albuquerque Borges, através da Escritura Pública de Testamento constante à f. 8 dos autos.

Por sua vez, restou demonstrado nos autos o esbulho praticado pela apelante, já que as testemunhas inquiridas em juízo, inclusive aquelas arroladas pela recorrente, confirmaram que o terreno foi invadido pela ré Maria de Brito Batista, sem autorização do autor, que teve sua posse esbulhada.

Como conclui o julgador de 1º grau:

> O documento de f. 17 (aviso de recebimento da citação da ré Maria de Brito Batista) prova a data do esbulho – 27.11.2006 (datas da citação), eis que, embora tenha decorrido tempo mais do que razoável e suficiente para a desocupação, a ré ainda não restituiu o imóvel objeto da lide, estando, assim, atendido o requisito do inciso III, do art. 927 do CPC.

> Por fim, a ré Maria admitiu, na contestação e no memorial de alegações finais, que permaneceu na posse do imóvel litigioso, não dependendo, portanto, de prova (art. 334, II, do CPC), o fato de que o autor perdeu sua posse sobre a coisa, estando, assim, satisfeito, também, o requisito do art. 927, IV, do CPC, impondo-se, dessa maneira, a reintegração do autor na posse do lote de terreno n. 11 da quadra n. 14, do loteamento denominado Vila Albuquerque.

Portanto, satisfeitos os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, impõe-se a reintegração da posse ao autor, senhor e possuidor do imóvel objeto desta ação.

Quanto às benfeitorias realizadas no imóvel, estas devem ser indenizadas.

É sabido que o possuidor de má-fé não tem direito à retenção por benfeitorias, porém isso não quer dizer que as benfeitorias não devam ser indenizadas, principalmente quando provada a negligência do proprietário possuidor.

No caso, a autora, no ano de 2001, havia solicitado à testemunha João Victor Coralino de Albuquerque, *"que cuidasse do terreno vizinho, ou seja, do terreno objeto da lide"*; pediu também à testemunha que construísse *"uma cerca em volta do terreno, para evitar novas invasões, pois os parentes dela (Ré) também pretendia invadir o imóvel."* (f. 103)

Vê-se que a autora só ingressou com a possessória em 2006. Poderia ter evitado que a ré construísse no imóvel, se ingressassem imediatamente com a ação possessória. Demorou para fazê-lo e essa demora, embora não resultasse na perda do direito à reintegração de posse, importou em negligência em relação às benfeitorias.

Cumpre esclarecer que, neste caso, as construções realizadas no imóvel acedem a ele, já que não podem ser levantadas, sob pena de se perderem.

Aqui, segundo os ensinamentos do mestre Humberto Theodoro Júnior, as construções realizadas pela apelante se equiparam à benfeitorias, são, portanto, passíveis de ser indenizadas, *in verbis*:

> Embora tecnicamente as construções e plantações não sejam benfeitorias, mas acessões industriais, a jurisprudência tem equiparado as duas hipóteses para reconhecer a aplicabilidade do *jus retentionis* também no segundo caso. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 284. vol. I)

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

> [...] seja no conceito de benfeitoria, seja de acessão voluntária, o que a lei busca é evitar o injusto enriquecimento. O regime da construção e da semeadura em terreno alheio pode ensejar o direito de retenção ao possuidor de boa-fé, da mesma forma que as benfeitorias, pois a índole é a mesma. Tanto que o próprio Código de 1916 refere-se a benfeitorias ao tratar da má-fé bilateral na semeadura, plantação e construção em terreno alheiro, no art. 548, o que foi reparado pelo atual diploma que se refere nesse mesmo dispositivo a "acessões" (atual, art. 1.256). (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, 4. ed., São Paulo: Atlas. p. 204)

Sendo assim, a ré tem direito à indenização pelas benfeitorias, sob pena de enriquecimento indevido, embora sem direito à retenção do imóvel.

Quanto à condenação da apelante ao pagamento de alugueis pelo tempo de uso indevido do imóvel, tenho que a sentença está a merecer reforma.

Embora seja inafastável a circunstância de que a ré Maria de Brito Batista tenha utilizado o imóvel, por vários anos, não há amparo ao pedido de aluguel, se o autor não comprova ter ocorrido perdas e danos. Na

verdade, o pedido é de indenização decorrente do direito de fruição do imóvel, que, no entanto, nada rendia ao autor no período anterior ao esbulho possessório.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto de dou-lhe parcial provimento para, reformando a sentença, condenar o apelado a indenizar à apelante as benfeitorias realizadas no imóvel; bem como para excluir a condenação da apelante ao pagamento de alugueis mensais pelo tempo que utilizou indevidamente o imóvel.

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, 11 de janeiro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.004348-2 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO TRIBUTÁRIA – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO – ITCMD – DECADÊNCIA – ARROLAMENTO RITO SUMÁRIO – RECURSO IMPROVIDO.

É com o trânsito em julgado da sentença de homologação de inventário, processado na forma de arrolamento sumário que se inicia o prazo para a Fazenda Pública fiscalizar e cobrar o valor correto do ITCMD.

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, 15 de março de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Edemar Antonio Vedana e Noildes Vedana, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Declaratória de Decadência dos Créditos Tributários e Restituição dos valores pagos c/c Apresentação de Documentos que movem em face de Estado de Mato Grosso do Sul, interpõem apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, por não ter ocorrido a decadência do direito de constituir os créditos tributários e, consequentemente, não serem nulos os Autos de Infração n. 016334 e n. 016347, série A, lavrados em desfavor dos ora apelantes.

Os apelantes explicam que seu pai faleceu em 16.1.1992 e que os bens deixados passaram por processo judicial de arrolamento sumário, distribuído na comarca de Iguatemi em 10.12.1992.

Afirmam que o Fisco Estadual alegou que a abertura do arrolamento/inventário foi requerida fora do prazo legal, razão pela qual seria cobrada a multa de 20%, calculada sobre o valor devido a título de Imposto sobre Transmissão *Causa mortis* e Doações – ITCMD –, acrescido de mais 50% por recolhimento fora do prazo regulamentar, com base em artigos de leis do Estado de Mato Grosso do Sul.

Esclarecem que o Fisco, em 18.6.1999, lavrou Auto de Infração para cada um dos apelantes, tendo cada auto gerado um processo administrativo, com redação idêntica, porém com valores diferentes, uma vez que herdaram quinhões diferentes.

Aduzem que, conforme os dois autos, as infrações ocorreram no mês 11 de 1992, sendo que os respectivos valores deveriam ter sido recolhidos em 17.11.1992.

Sustentam que, concluídos os processos administrativos e inscritos em dívida ativa em 17.3.2004, ambos os apelantes quitaram, entre os anos de 2004 e 2005, os valores pelos quais foram autuados. No entanto, alegam que a cobrança de referido tributo já teria decaído, conforme previsto no artigo 73 do CTN.

Afirmam que, segundo aponta o próprio Fisco nos Autos de Infração lavrados em 18.6.1999, a hipótese de incidência ocorreu em 11 de 1992, e o tributo deveria ter sido pago em 17.11.1992. No entanto, somente foram notificados da autuação em junho de 1999. Logo, quando foram autuados, já estava consumada a decadência, pois já teria transcorrido mais de 5 anos entre a data de 1.1.1993 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado – art. 173, I, do CTN), e a data em que se iniciou a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Asseveram que, na ausência de pagamento pelo contribuinte, cabe ao Fisco realizar lançamento de ofício no prazo decadencial de 5 anos previsto no artigo 173, I, do CTN. E, esclarecem que o termo inicial para a contagem do prazo de cinco anos no processo de arrolamento sumário é diverso do processo de inventário.

Explicam que não têm aplicabilidade ao processo de arrolamento os artigos 999 e 1.013, § 2º, ambos do CPC, uma vez que pertinentes apenas aos processos de inventário, sem qualquer margem para se combinarem com o art. 1.031 do CPC.

Asseveram que a hipótese de incidência não se completa com o trânsito em julgado da sentença de homologação da partilha, porque no processo de arrolamento não é a sentença que define a hipótese de incidência, visto que, quando é prolatada, o ITCMD já deve estar pago, por ser condição para ser feita.

Explicam que deve ser afastada qualquer alegação de que, com base no inciso II do art. 173, a decadência tenha sido interrompida em face dos apelantes, por não ser possível dizer que a decadência tenha se interrompido contra uma determinada pessoa só porque fora lavrado um auto de infração contra uma terceira pessoa, no caso o Sr. Vilson Miguel Viana.

Requerem o provimento do presente recurso, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na inicial.

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

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Edemar Antonio Vedana e Noildes Vedana, por não se conformarem com a sentença prolatada pelo Juiz da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Declaratória de Decadência dos Créditos Tributários e Restituição dos valores pagos c/c Apresentação de Documentos que movem em face de Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, por não ter ocorrido a decadência do direito de constituir os créditos tributários e, consequentemente, não serem nulos os Autos de Infração n. 016334 e n. 016347, série A, lavrados em desfavor dos ora apelantes.

Os apelantes explicam que seu pai faleceu em 16.10.1992 e, que os bens deixados passaram por processo judicial de arrolamento sumário, distribuído na comarca de Iguatemi em 10.12.1992.

Afirmam que o Fisco Estadual alegou que a abertura do arrolamento/inventário foi requerida fora do prazo legal, razão pela qual seria cobrada a multa de 20%, calculada sobre o valor devido a título de Imposto sobre Transmissão *Causa mortis* e Doações – ITCMD –, acrescido de mais 50% por recolhimento fora do prazo regulamentar, com base em artigos de leis do Estado de Mato Grosso do Sul.

Esclarecem que o Fisco, em 18.6.1999, lavrou Auto de Infração para cada um dos apelantes, tendo cada auto gerado um processo administrativo, com redação idêntica, porém com valores diferentes, uma vez que herdaram quinhões diferentes.

Aduzem que, conforme os dois autos, as infrações ocorreram no mês 11 de 1992, sendo que os respectivos valores deveriam ter sido recolhidos em 17.11.1992.

Sustentam que, concluídos os processos administrativos e inscritos em dívida ativa em 17.3.2004, ambos os apelantes quitaram, entre os anos de 2004 e 2005, os valores pelos quais foram autuados. No entanto, alegam que a cobrança de referido tributo já teria decaído, conforme previsto no artigo 73 do CTN.

Afirmam que, segundo aponta o próprio Fisco nos Autos de Infração lavrados em 18.6.1999, a hipótese de incidência ocorreu em 11 de 1992, e o tributo deveria ter sido pago em 17.11.1992. No entanto, somente foram notificados da autuação em junho de 1999. Logo, quando foram autuados, já estava consumada a decadência, pois já teria transcorrido mais de 5 anos entre a data de 1.1.1993 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado – art. 173, I, do CTN), e a data em que se iniciou a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Os apelantes alegam que pagaram uma dívida tributária cujo prazo para constituição (lançamento) já estava acobertado pela decadência. Logo, referido pagamento foi uma dívida que nem sequer poderia ter sido constituída.

Afirmam que têm direito de serem restituídos dos valores que pagaram indevidamente.

O recurso não merece provimento.

Ao cotejar os autos, denota-se que os herdeiros do Sr. Remígio José Vedana ajuizaram ação de Inventário, processada na forma de arrolamento sumário, Feito n. 127/92, sendo respectiva partilha homologada por sentença em 1º de novembro de 1994 e lavrado o formal de partilha em 3.5.1995. (f. 31)

Em referida petição de inventário por arrolamento sumário, denota-se que a inventariante à época requereu prazo de 20 (vinte) dias para declararem os títulos dos herdeiros, os bens do espólio e os respectivos valores para fins de partilha, assim como para juntarem a prova da quitação dos tributos relativos aos bens inventariados e as suas rendas.

Sucede que a inventariante, em 6 de setembro de 1993, apenas apresentou petição arrolando os bens com os referidos valores e a partilha dos bens entre os herdeiros, sendo prolatada sentença homologatória da partilha em 1º de novembro de 1994. (f.193)

Por sua vez, cumpre ressaltar que a inventariante, tanto em 1994 quanto em 2000 e 2002, ajuizou pedidos de retificação e homologação dos bens declarados e partilhados entre os herdeiros (f. 424-36).

No caso, nota-se que em 18.6.1999 a Fazenda Pública lavrou Auto de Infração, série A, n. 016334 em face de Edmar Antônio Vedana (f.130) e o Auto de Infração, série A, n. 016347, em face de Noilves Vedana Moreira (f. 281), sob a seguinte descrição:

> Nos termos da Ação de Inventário dos bens deixados por morte de Remigio José Vedana, ocorreu o fato gerador do Imposto *Causa mortis* e Doação – ITCD, cuja base de cálculo incidiu sobre o valor do efetivo pagamento ao herdeiro Edmar Antônio Vedana, no valor de Cr$ 242.592.734,57 (f. 68), que corresponde a 31,3% do valor total na transmissão dos bens, e que sob a incidência da alíquota de 4%, resultou no imposto devido de 1.959,39 UFIR, acrescido de multa de 50%, referente a falta de recolhimento no prazo regulamentar, totalizando 989, digo, 978,20 UFIR, e multa de 20% referente ao requerimento do inventário fora do prazo regulamentar, no montante de 371,41, tudo conforme demonstrativo anexo e dispositivos legais abaixo indicados. (f. 130)

Na hipótese vertente, vê-se que os apelantes pretendem ver declarada a decadência do prazo para a Fazenda Pública cobrar o Imposto sobre Transmissão *Causa mortis* e Doação – ITCMD. Para isto, alegam que o termo inicial para a contagem do prazo quinquenal, previsto no artigo 173 do Código Tributário Nacional, ocorreu no exercício seguinte à data do ajuizamento da ação de inventário.

No caso, o início do prazo decadencial ocorre após a realização do formal de partilha, e não da data da abertura da sucessão, como alegam os apelantes, visto que, para a hipótese vertente, o inventariante à época adotou o procedimento do arrolamento sumário.

Estabelece o artigo 1.031, *caput* e parágrafo 2º, do CPC:

> A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei.
>
> [...]
>
> § 2º. Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos.

Pelo que se observa dos dispositivos acima descritos, a homologação da partilha amigável celebrada entre partes capazes não está sujeita ao pagamento do imposto *causa mortis,* como pretendem os apelantes.

Ao contrário, porque os impostos mencionados no *caput* do referido artigo tratam-se do imposto predial ou territorial e do imposto de renda, conforme leciona Antonio Carlos Marcato:

> Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio (imposto predial ou territorial) e de suas rendas (Imposto de Renda), o juiz homologará a partilha ou a adjudicação, determinando a expedição, respectivamente, do formal ou da carta, e, após, ordenará o arquivamento dos autos (quanto à intervenção da Fazenda Pública, v., infra, n. 147.4).
>
> [...]
>
> 147.4 A utilização da via administrativa para a resolução de questões envolvendo taxas e tributos: o procedimento do arrolamento sumário não é adequado à resolução de questões envolvendo seja a correção do valor estimado dos bens do espólio, seja o pagamento de tributos ou de taxas judiciárias. Sendo necessário resolver-se qualquer desses questões, deverá a Fazenda Pública valer-se da via administrativa (CPC, art. 1.034). (MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais.** 12. ed. São Paulo: Atlas. p. 242)

A respeito do tema, leciona Humberto Theodoro Júnior:

> A sistemática do arrolamento sumário dos arts. 1.031 a 1.035 subtraiu do Judiciário o dever de controlar o recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*. Apenas serão exigidas com a inicial as quitações dos impostos anteriores à sucessão (art. 192 do CTN, art. 1031 do CPC).
>
> A apuração, lançamento e cobrança do tributo sucessório serão realizados totalmente pelas vias administrativas (art. 1.034, § 2º). Isto em nada diminui as garantias do Fisco, uma vez que após a homologação da partilha, o seu registro não se poderá fazer no Registro de Imóveis sem o comprovante do recolhimento do tributo devido (art. 143 da lei dos Registros Públicos). Por outro lado, independentemente de intervir no processo de arrolamento, a Fazenda Pública não estará adstrita aos valores nele declarados pelas partes.
>
> Com isso, tornaram-se estranhas ao arrolamento todas as questões relativas ao tributo incidente sobre a transmissão hereditária de bens. De tal sorte que, nesse procedimento especial, "não pode a Fazenda Pública impugnar a estimativa do valor dos bens do espólio feita pelo inventariante – valor atribuído tão-somente para fins de partilha – e requerer nova avaliação para que se possa proceder ao cálculo do Imposto de Transmissão *causa mortis*, uma vez que este será sempre objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não podendo ser discutido nos autos de arrolamento. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais.** 36. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 281. v. III)

Nesse sentido, confira-se o julgado abaixo:

> RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* - INVENTÁRIO DA GENITORA DOS INVENTARIANTES PROCESSADO SOB A FORMA DE ARROLAMENTO - DISCUSSÃO ACERCA DO PAGAMENTO INTEGRAL DO IMPOSTO E TAXAS JUDICIÁRIAS - IMPOSSIBILIDADE - ART. 1.034 E PARÁGRAFOS DO CPC.
>
> É cediço o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, no sentido de que nos inventários processados sob a modalidade de arrolamento, procedimento de rito sumário, não se admite questionamento pela Fazenda Estadual acerca do pagamento de tributos relativos à transmissão (cf. REsp n. 36758/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 13.2.1995).
>
> Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 466790/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 10.6.2003).

Por outro lado, a expedição do formal de partilha, conforme o disposto no parágrafo 2º do artigo 1.031 do CPC, encontra-se condicionada à comprovação do recolhimento de todos os tributos decorrentes da partilha ou da adjudicação.

Nesse sentido, confira-se o julgado abaixo:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ARROLAMENTO. EXPEDIÇÃO DE FORMAL DE PARTILHA. IMPOSTO CAUSA MORTIS. ISENÇÃO PREVISTA NA LEI ESTADUAL N. 8.927/88. Com a Lei n. 9.280/96, ficou excluída a possibilidade de haver discussão a respeito do pagamento dos impostos perante o juiz do arrolamento, uma vez que devem ser discutidos na esfera administrativa. A expedição dos formais de partilha fica condicionada a comprovação do pagamento de todos os tributos perante a Fazenda Pública (artigo 1.031, § 2º, do Código de Processo Civil) ou do deferimento da isenção pela autoridade competente. Recurso parcialmente provido. (TJPR, AC n. 0117898-3, Terceira Câmara Cível, Rel. Designado Antonio Prado Filho, Rev. Rui Fernando de Oliveira, julgado em 4.6.2002).

Como o formal de partilha foi feito em 3.5.1995 (f. 31) e os autos de infração foram realizados no ano de 1999, então, vê-se que não decaiu o prazo previsto para a Fazenda Pública constituir seus créditos, conforme prevê o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.

Até porque, no arrolamento sumário, a intervenção da Fazenda Pública somente ocorre após a prolação da sentença ou do formal de partilha, tanto que está previsto no § 2.º do artigo 1.034 do CPC que "*o imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.*"

Para melhor elucidar a questão, faz-se necessário esclarecer a regra matriz de incidência do imposto ora em questão. Somente a partir do momento em que forem definidos os sujeitos da relação, o objeto, o momento e o local é que se poderá esclarecer quando surge o direito da Fazenda Pública cobrar o Imposto Sobre Transmissão *Causa mortis* e Doação – ITCMD.

O artigo 35 do Código Tributário Nacional determina a hipótese em que deve ser cobrado o Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos, *in verbis:*

> Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:
>
> I – a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, por natureza ou por acessão física, como definidos na lei;
>
> II – a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

No caso, após o reconhecimento dos sujeitos da obrigação tributária e transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, é que surge o momento para a Fazenda Pública Estadual ter ciência se o Imposto Sobre Transmissão *Causa mortis* – ITCMD – foi recolhido de maneira correta, ou se ainda falta ser complementado, podendo, se for necessário, efetuar o lançamento administrativamente.

O artigo 1.034 do Código de Processo Civil determina que, no arrolamento pelo rito sumário, não são apreciadas questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação dos tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. Ficando tal situação relegada ao lançamento administrativo.

Por sua vez, é no § 2º do artigo 1.031 do Código de Processo Civil que está previsto o momento em que a Fazenda Pública tem ciência do arrolamento sumário e se o tributo foi recolhido corretamente pelos herdeiros.

Alias, assim determina o § 2º do artigo 1.031 do Código de Processo Civil:

> [...]
>
> § 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos.

Deste modo, caduca o direito para Fazenda Pública lançar o imposto *causa mortis* com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte à da data do transito em julgado da sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos.

Portanto, o prazo decadencial para o apelado constituir seu crédito tributário não se iniciou com o ajuizamento do processo de inventário, mas sim após o trânsito em julgado da sentença de homologação da partilha ou adjudicação (proferida no procedimento de arrolamento sumário), visto que anteriormente inexistia a intervenção da Fazenda Pública.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 15 de março de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.005490-4 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TAXA CONDOMINIAL – JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – VENCIMENTO DE CADA PARCELA DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Por tratar-se de obrigação líquida e certa, os encargos dos juros moratórios na cobrança da taxa condominial devem incidir a partir do vencimento de cada parcela devida. É a mora *ex re,* em que o devedor tem ciência do prazo dentro do qual deverá cumprir a obrigação, não necessitando ser interpelado.

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, 15 de março de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Odair Pericles Lobo, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Cobrança que lhe move Condomínio Parque Residencial Monte Castelo, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o ora apelante ao pagamento dos valores condominiais em atraso de 10.9.2002; 10.9.2003 a 10.1.2008, bem como as cotas condominiais que se venceram no decorrer do processo, juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM/FGV, com incidência a partir de cada vencimento, além da multa de 2%. Condena, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do artigo 20 do CPC,

O apelante alega que o termo inicial para a incidência dos juros de mora deve ocorrer a partir da citação, e não da data do vencimento das prestações.

Requer o provimento do presente recurso, para que seja reformada parcialmente a sentença, a fim de que os juros moratórios incidam a partir da citação, por força do artigo 405 do Código Civil.

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

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Odair Pericles Lobo, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Cobrança que lhe move Condomínio Parque Residencial Monte Castelo, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o ora apelante ao pagamento dos valores condominiais em atraso de 10.9.2002; 10.9.2003 a 10.1.2008, bem como as cotas condominiais que se venceram no decorrer do processo, juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM/FGV, com incidência a partir de cada vencimento, além da multa de 2%. Condena, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do artigo 20 do CPC,

O recurso não merece provimento

Com relação aos juros moratórios, deverá prevalecer o determinado na sentença de primeiro grau, pois *"o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor"* (art. 397 do CC/2002).

No caso vertente, por tratar-se de obrigação líquida e certa, o atraso no pagamento constitui o condômino em mora no seu termo. A mora é *ex re,* pois o devedor tem ciência do prazo dentro do qual deverá cumprir sua obrigação, não necessitando ser interpelado.

A respeito do tema, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

> Quando a obrigação é líquida e certa, com termo determinado para o cumprimento, o simples *advendo do dies ad quem*, do termo final, constitui o devedor em mora. É a mora *ex re*, que decorre da própria coisa, estampada no caput do art. 397 do atual Código (antigo, art. 960): "O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.
>
> Na aplicação da mora *ex re,* tem aplicação a regra *dies interpellat pro homine.* O simples advento do dia do cumprimento da obrigação já interpela o devedor. Não havendo prazo determinado haverá necessidade de interpelação para a constituição em mora. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 4. Ed. São Paulo: Atlas. p. 244-5. v. II)

Ademais, no caso vertente deve ser aplicado o disposto na Lei n. 4.591/64, que delibera sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. A propósito, estabelece o artigo 12, § 3º, da mencionada lei:

> Art. 12. Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na convenção, a cota-parte que lhe couber em rateio.
>
> [...].
>
> § 3º O condômino que não pagar a sua contribuição no prazo fixado na convenção fica sujeito ao juro moratório de 1% ao mês, e multa de até 20% sobre o débito, que será atualizado, se o estipular a convenção, com a aplicação dos índices de correção monetária levantados pelo Conselho Nacional de Economia, no caso de mora por período igual ou superior a seis meses.

Nesse sentido, confiram-se os julgados abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DÍVIDAS CONDOMINIAIS. PERCENTUAL DOS JUROS MORATÓRIOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL TIDO COMO VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. *DIES A QUO* DA INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA. VENCIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. No que concerne à correta fixação do percentual dos juros moratórios, verifica-se a ausência da indicação do dispositivo reputado violado, situação que atraí o óbice da Súmula n. 284 do STF.

2. A jurisprudência este Sodalício firmou o entendimento de que, ao se tratar de ação de cobrança de cotas condominiais, os juros moratórios e a correção monetária incidem a partir do vencimento de cada parcela. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 660220/SP (2004/0095183-1), Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJ/RS), julgado em 6.4.2010, DJ de 14.4.2010).

CIVIL E PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA – COTAS CONDOMINIAIS - OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC - INOCORRÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - ADMISSIBILIDADE - MULTA CONDOMINIAL DE 20% PREVISTA NA CONVENÇÃO, COM BASE NO ARTIGO 12, § 3º, DA LEI N. 4.591/64 - CDC - INAPLICABILIDADE - REDUÇÃO PARA 2% QUANTO À DÍVIDA VENCIDA NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL - REVOGAÇÃO PELO ESTATUTO MATERIAL DE 2002 DO TETO ANTERIORMENTE PREVISTO POR INCOMPATIBILIDADE - JUROS DE MORA - NÃO PACTUADO - APLICAÇÃO DA TAXA LEGAL - COBRANÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL - A PARTIR DO VENCIMENTO DE CADA PARCELA – PRESTAÇÃO PERIÓDICA - INCLUSÃO DA PARCELAS VINCENDAS ENQUANTO DURAR A OBRIGAÇÃO.

1 - Inexiste afronta ao art. 535, II, do CPC quando o v. Acórdão recorrido, a par de não mencionar expressamente os dispositivos legais, apreciou a matéria inserta nos mesmos, configurando, pois, o chamado prequestionamento implícito, admitido por esta Corte.

2 - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas existentes entre condomínio e condôminos.

3 - *In casu*, a Convenção Condominial fixou a multa, por atraso no pagamento das cotas, no percentual máximo de 20%, permitido pelo art. 12, § 3º, da Lei n. 4.591/64, que tem validade para as cotas vencidas até a vigência do novo Código Civil, quando então passa a ser aplicado o percentual de 2%, previsto no art. 1.336, § 1º.

4 - Uma vez não pactuada a taxa de 1% ao mês, os juros moratórios devem se ater à taxa legal, ou seja, 0,5% ao mês.

5 - A correção monetária é devida, desde o vencimento do débito, pena de beneficiar a condômina inadimplente em prejuízo daqueles que pagam em dia sua obrigação, bem como de promover o enriquecimento ilícito sem causa do devedor.

6 - Possuindo a cota condominial exigibilidade imediata, porquanto dotada de liquidez e certeza, a simples ausência de pagamento por parte da recorrente já é capaz de configurar a mora *solvendi*. Em se tratando ainda de mora *ex re,* impõe-se a aplicação da regra *dies interpellat pro homine*, consagrada no art. 960 do CC/16, em que o próprio termo faz as vezes da interpelação. Destarte, correta é a estipulação de juros de mora desde o vencimento de cada prestação.

7 - Consistindo as cotas condominiais prestações periódicas, devem ser incluídas na condenação as parcelas vincendas, se não pagas, enquanto durar a obrigação. Precedentes.

8 - Recurso conhecido e provido, em parte, para reduzir os juros moratórios à taxa legal de 0,5% ao mês, bem como limitar em 2% a multa moratória das parcelas vencidas a partir da vigência do novo Código Civil. (REsp n. 679019/SP2004/0107654-4), Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 2.6.2005,DJ de 20.6.2005).

APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA CONDOMÍNIO EM ATRASO – PEDIDO DE CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR – POSSIBILIDADE – CONCESSÃO DA AJG – SUSPENSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – CONSONÂNCIA COM O ART. 12 DA LEI N. 1.060/50 – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA A PARTIR DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO – RECURSOS PROVIDOS.

[...].

Os encargos dos juros moratórios na cobrança de quotas condominiais, por ser obrigação com prazo certo, devem incidir a partir do vencimento de cada parcela devida. (TJMS, AC n. 2005.007477-0, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 27.6.2005).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TAXA CONDOMINIAL – ERRO MATERIAL QUANTO AO PERÍODO DO DÉBITO E A PERCENTAGEM DOS JUROS MORATÓRIOS – CORREÇÃO PELO TRIBUNAL – POSSIBILIDADE – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DA INADIMPLÊNCIA DA OBRIGAÇÃO – MULTA FIXADA EM CONVENÇÃO PELA ASSEMBLÉIA GERAL – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...].

É possível a cobrança de juros de mora e correção monetária, a partir do vencimento da dívida do condomínio, bem como a multa de 10%, uma vez que não se caracteriza como relação de consumo aquela estabelecida entre os condôminos, no tocante ao custeio para manutenção e conservação do prédio e dos seus serviços, sendo inaplicáveis as estipulações do Código de Defesa do Consumidor, à espécie. [...]. (TJMS, AC n 2003.012230-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 24.11.2003).

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, 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, 15 de março de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.005826-3 - Maracaju
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – PRORROGAÇÃO DÍVIDA – SECURITIZAÇÃO – ALONGAMENTO DE DÍVIDA – OBRIGATORIEDADE E NÃO MERA FACULDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – HONORÁRIO ADVOCATÍCIOS – ART. 20, § 4º, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Constitui direito subjetivo do devedor, atendidos os requisitos estipulados na Lei n. 9.138/95, o alongamento de dívida originária de crédito rural.

Conforme dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou em que for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta fatores primordialmente factuais, quais sejam, o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso apenas para fixar os honorários em R$ 200.000,00.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Banco do Brasil S.A. contra sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação declaratória promovida por Germano Francisco Bellan e outros.

O apelante alega, em síntese, que:

Inicia-se, portanto, o presente apelo enfocando a ausência de interesse e impossibilidade jurídica da determinação de prorrogação da CRPH 96/00450-9, uma vez que liquidada com recursos oriundos das CRH 97/00395-6 e 97/003948. Afinal, não se pode prorrogar o que não mais existe (f. 794).

Prorrogação, portanto, em duplicidade ou duplicata. Neste particular, ao contrário do entendimento manifestado pelo eminente magistrado na decisão dos embargos de declaração (f. 774-5), a inclusão do CRPH n. 96/00450-9 vicia, sim, o julgado, na medida em que restabelece cédula liquidada, para prorrogá-la, e arbitra honorários advocatícios também sobre o valor da cédula em questão (o valor da causa é o valor dos contratos objetos da ação) (f. 794-5).

> [...] ressai transparente mais um equívoco do eminente magistrado singular ao determinar o alongamento das CRH 97/00395-6 e 97/00394-8 (f. 57-60 e 61-3), requisitos legais (ausência de índice de atualização monetária). Violou, assim, além das normas insculpidas no *caput* do art. 5º da Lei n. 9.138/95 e no art. 1º, § 1º, inciso III, da Resolução n. 2.471/98, o preceito contido no art. 118 do Código de 1916, representado pelo art. 125 do Código Civil vigente. (f. 800).
>
> Violou, igualmente, a prescrição incrustada no art. 5º, § 6-B, da Lei n. 9.138/95 (f. 752-6), e por consequência o art. 2º da Lei n. 9.866/99 (doc. 1), que o acrescentou no primeiro diploma legal reportado (Lei n. 9.138/95). Afinal, se o dispositivo sob comento restringe o alongamento de dívidas contratadas entre 20 de junho de 1995 e 31 de dezembro de 1997 com ajuste de índice de correção monetária é porque eliminou a possibilidade de alongamento de dívidas sem ajuste de correção monetária contratadas naquele interstício, ou seja, suprimiu sumariamente a possibilidade da inclusão de tais obrigações no programa de alongamento (f. 800).
>
> [...] adquirir títulos do Tesouro Nacional, através da instituição financeira credora, não é o mesmo que realizar depósito judicial em outro banco. Evidentemente, se o pedido de depósito judicial, não houve aquisição dos títulos que, diga-se de passagem, deve figurar na garantia dos empréstimos passíveis de alongamento (parte final do § 2º do art. 1º da Resolução CMN/BACEN n. 2.471/98 (f. 802).
>
> [...] à falta de pedido dos autores de aquisição dos títulos, acompanhado do depósito do numerário no banco credor e do instrumento de procuração ou da determinação judicial para a aquisição dos papéis para a remessa à Secretaria do Tesouro Nacional, inclusive para verificação da existência do limite previsto no Decreto n. 3.859/01, emerge de forma cristalina a dedução de que os autores, ora apelados, não cumpriram a condição imposta pela Lei n. 9.138/95 e seus normativos. Afinal, depósito em conta judicial no Banco do Brasil não atende o pressuposto legal que impõe a compra dos títulos do Tesouro Nacional pelos devedores, através da instituição financeira credora (f. 805-6).
>
> Afora isto, também equivocada se apresenta a decisão legitimar os apelados a receberem o bônus de adimplência referido na Resolução n. 2.666/99 (f. 761-5) [...] (f. 809).
>
> Por outro lado, fato inconteste é que o valor atribuído à causa representa a soma dos contratos debatidos na ação, sendo certo que os autores/apelados obtiveram êxito parcial quanto aos alongamentos pleiteados. Olvidou, destarte, o eminente Juiz de Primeiro Grau que no valor da causa estão embutidos os valores nominais da CRP 96/70172-2 (R$ 170.339,16), CRH 96/70328-8 (R$ 417.769,88) e CRPH 96/00450-9 (R$ 499.537,84), as duas primeiras excluídas da ação em face da ilegitimidade de parte do banco embargante e a terceira por se encontrar liquidada e não haver possibilidade material alongamento (f. 812).
>
> Em decorrência, a incidência do percentual arbitrado sobre o valor da causa constitui condenação sobre importâncias afastadas do feito, por inserção indevida. Significa que a ação não foi julgada totalmente procedente, mas procedente em parte, motivo pelo qual o percentual arbitrado haverá de recair sobre a diferença existente entre o valor atribuído na inicial e o valor das cédulas excluídas do alongamento (R$ 1.302.040,00 – R$ 170.339,16 – R$ 417.769,88 – R$ 499.537,84 – R$ 214.393,12) (f. 812-3).

Ao final, requer

> [...] que essa douta Turma proveja o presente recurso, para, revendo a sentença recorrida: I) acolher a preliminar de ausência de interesse e impossibilidade jurídica relativamente ao alongamento de dívida CRPH 96/00450-9; e II) no mérito, julgar improcedentes os pedidos de alongamento: a) das CRH 97/00395-6 e 97/00394-8, em face do não preenchimento de dois requisitos legais, condições *sine qua non* à prorrogação, quais sejam: - ausência de cláusula de indexação; e, - não aquisição dos Títulos do Tesouro Nacional; b) das cédulas 94/000139-1 em face da comprovada ausência de um dos requisitos legais, qual seja, não aquisição dos Títulos do Tesouro Nacional (f. 814).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Banco do Brasil S.A. contra sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação declaratória promovida por Germano Francisco Bellan e outros.

Para melhor análise da questão posta em apreciação, passo a fazer uma breve digressão fática dos acontecimentos.

Verifica-se dos autos que Germano Francisco Bellan e outros ingressaram com ação declaratória em face do Banco do Brasil S.A., visando a obter os benefícios do alongamento de dívida rural – PESA –, fulcrados nas Leis n. 9.138/97 e n. 10.347/02, bem como nas Resoluções n. 2.471/98 e n. 2.990/02.

Alegaram, para tanto, que requereram administrativamente o alongamento da dívida rural, tendo havido, contudo, recusa da referida instituição financeira em deferir o pedido, sob alegação de existência de obrigações vencidas em nome dos autores, ora apelantes.

O banco, ao tempo, apresentou contestação, sustentando a improcedência do pedido, sob o argumento de que (i) os autores são inadimplentes em relação às prestações anteriores ao objeto da consignação, o que lhes retira o direito de requerer a prorrogação da dívida; e (ii) o alongamento somente é admitindo naqueles casos que atendem aos requisitos estipulados em lei.

O juízo de origem, ao sentenciar, julgou procedente o pedido inicial "*para declarar que o demandante faz jus ao alongamento pretendido, devendo a instituição financeira providenciar a prorrogação dos débitos retratados nas cédulas n. 94/000139-1, n. 95/00011-9, n. 96/00450-9, n. 97/00395-6, n. 97/00394-8, na forma das Leis n. 9.138/97 e n. 10.347/02, bem assim nas Resoluções n. 2.471/98, n. 2666/99 e n. 2.990/02, reconhecendo-se o benefício do alongamento da dívida pelo prazo de 20 (vinte) anos pelo Programa Especial de Saneamento de Ativos – PESA, confirmando as tutelas antecipadas anteriormente deferidas*" (f. 717-8). (grifei).

É contra essa sentença que se insurge o banco apelante.

Preliminar de ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido de determinação de alongamento da CRPH 96/00450-9, pois liquidada com recursos oriundos da CRH 97/00395-6 e 97/00394-8.

Anote-se, por primeiro, que não merece prosperar a alegação dos apelados de que a análise da preliminar arguida pelo banco apelante ofende a coisa julgada, uma vez que a matéria teria sido analisada no julgamento dos Embargos de Declaração em Agravo n. 2003.004469-8, de relatoria do Des. Ildeu de Souza Campos, o qual manteve a decisão *a quo* que concedeu a antecipação de tutela.

Sabido que a tutela antecipada é provisória e a decisão que a concede não faz coisa julgada material ou preclusão, tanto assim que o artigo 273, § 4º, do CPC[1] estabelece possibilidade de revogação ou alteração a qualquer tempo da decisão, desde que fundamentadamente.

Dito isso, passo à análise da preliminar.

No caso, ao contrário do que sustenta o recorrente, não há falar em falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido de determinação de alongamento da Cédula Rural n. 96/00450-9.

Observa-se, com efeito, que as Cédulas n. 97/00394-8 e 97/00395-6, foram contratadas para a quitação de dívida anterior, relativa à operação n. 96/00450-9, conhecida comumente como "mata-mata".

Ora, tanto a Lei n. 9.138/95, quanto as Resoluções/BACEN n. 2.220/95, 2.238/96 e 2.471/98, que normatizam o procedimento em epígrafe, dispõem expressamente sobre a possibilidade de abrangência da operação original, ou seja, exatamente aquela que foi quitada com a que se encontra em aberto. Veja-se:

> § 6º-B. As dívidas originárias de crédito rural que tenham sido contratadas entre 20 de junho de 1995 e 31 de dezembro de 1997 e contenham índice de atualização monetária, bem como aquelas enquadráveis no Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária - Recoop, poderão ser renegociadas segundo o que estabelecem os §§ 6º-A e 6º-C deste artigo. (Lei n. 9.138/95)
>
> b) a revisão deve retroceder à operação original quando os saldos devedores passíveis de alongamento forem resultantes de operações cujos recursos tenham sido empregados na liquidação de dívidas anteriores; (Resolução n. 2.220/95)
>
> VII - para fins do alongamento de dívidas vencidas ou vincendas após 30.11.1995, o total do saldo devedor deve ser calculado com base nos encargos financeiros previstos nos contratos originais para operação enquanto em curso normal, até a data-limite de 30.11.1995; (Resolução n. 2.238/96)
>
> Art. 1º Autorizar a renegociação de dívidas originárias de crédito rural sob condições especiais, vedada a equalização de encargos financeiros pelo Tesouro Nacional. Parágrafo 1º A renegociação pode abranger dívidas: I - passíveis de enquadramento na Resolução n. 2.238,de 31.1.1996, renegociadas ou não, mas que não tenham sido objeto de alongamento/securitização com base naquele normativo; II - de valor excedente a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), referidas no art. 5º, parágrafo 6º, da Lei n. 9.138, de 29.11.1995, e no art. 1º, inciso IX, da Resolução n. 2.238/96; III - decorrentes de empréstimos de qualquer natureza, vencidos ou vincendos, cujos recursos tenham sido utilizados para amortização ou liquidação de operações de crédito rural formalizadas até 20.6.1995. (destaquei)

Além da norma específica, anoto que, quanto à legalidade de integrar contratos findos em procedimento de revisão, já é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

> AGRAVO REGIMENTAL. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. NOVAÇÃO. REVISÃO DOS CONTRATOS FINDOS. POSSIBILIDADE. MORA. DESCARACTERIZAÇÃO.
>
> - A novação não impede a revisão dos contratos findos, para afastar eventuais ilegalidades - Descaracteriza a mora do devedor a cobrança pelo Banco de encargos considerados ilegais.

1 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

- Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada[2]. (grifei)

Por tais razões, afasto a preliminar de falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido no que diz respeito à Cédula Rural n. 96/00450-9.

No mérito, busca o apelante a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos de alongamento, sob o argumento de que (i) as Cédulas Rurais n. 97/00395-6 e 97/00394-8 não preenchem dois requisitos legais, quais sejam, a ausência de cláusula de indexação e a não aquisição dos títulos do Tesouro Nacional; e (ii) as Cédulas Rurais n. 94/000139-1 e 95/00011-9 não preenchem um dos requisitos legais, qual seja, não aquisição dos Títulos do Tesouro Nacional.

Diante dessas observações, verifico que, com relação à matéria trazida no recurso, o acórdão da 1ª Turma Cível desta Corte Estadual, lavrado por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 2003.004469-8, de relatoria do Des. Ildeu de Souza Campos, o qual concedeu o alongamento em sede de tutela antecipada, deve ser mantido por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevo trechos suficientes para embasar a presente decisão:

Quanto ao índice de correção monetária, entendo que, mesmo sendo ele omisso, tal fato não obsta o direito à securitização, pois a jurisprudência majoritária, inclusive deste Tribunal, tem entendido ser o IGPM-FGV o indexador adequado para o cálculo de atualização de dívida rural, *verbis*:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL/DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - ENCADEAMENTO DE CONTRATOS – AUSÊNCIA DE NOVAÇÃO – POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA DÍVIDA DESDE OS CONTRATOS PRIMITIVOS – JUROS REMUNERATÓRIOS – LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DE 12% AO ANO – MULTA CONTRATUAL – REDUÇÃO DE 10% PARA 2% - IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO ANTERIOR À LEI N. 9.292/96 – CORREÇÃO MONETÁRIA NO CRÉDITO RURAL – POSSIBILIDADE (Súmula 16 do STJ) – ÍNDICE A SER UTILIZADO NA CORREÇÃO – IGPM/FGV – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – COMPENSAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – VERBA QUE PERTENCE AO ADVOGADO – SUCUMBÊNCIA PARCIAL DAS PARTES – FIXAÇÃO PROPORCIONAL – PROVIMENTO PARCIAL.

[...]

A teor do disposto na Súmula 16 do Superior Tribunal de Justiça, é perfeitamente possível a incidência da correção monetária no crédito rural; sendo certo que o índice a ser utilizado para a devida correção deve ser o IGPM/FGV, por ser o que melhor reflete a variação inflacionária. (AC n. 1000.074960-8, Segunda Turma, Rel. Des. Divoncir Scheiner Maran).

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. CONSTITUTIVA E ANULATÓRIA DE ATOS JURÍDICOS - ALEGAÇÃO DE SER A SENTENÇA NULA, POR NÃO HAVER O JUIZ SINGULAR APRECIADO TODAS AS QUESTÕES POSTAS PARA JULGAMENTO, PRINCIPALMENTE, ÀQUELA REFERENTE À APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 39 E 51, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, AO CONTRATO CELEBRADO - INOCORRÊNCIA - REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL DE 10% PARA 2% - IMPOSSIBILIDADE - CONTRATO CELEBRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.298, DE 1.8.1996 - ARTIGO 192, § 3º, DA CF - AUTO-APLICABILIDADE - É LEGAL A APLICAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS, DESDE QUE COBRADOS

2 STJ, AgRg no REsp n. 507.551/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006, DJ de 29.5.2006, p. 29.

NO PATAMAR DE 12% AO ANO - COBRANÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA CUMULADA COM COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - INADMISSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA PELO IGPM - PEDIDO DE SECURITIZAÇÃO DO DÉBITO - INCABÍVEL - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA LEI N. 9.138/95 - HONORÁRIOS DEVIDAMENTE FIXADOS - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

[...]

V- O índice de correção a ser aplicado nos contratos de empréstimo pessoal, deve ser o IGPM/FGV, em substituição à comissão de permanência, por ser este o que melhor reflete o valor da inflação. (AC n. 1000.068373-8, Primeira Turma, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, DJ de 18.11.2004).

EMENTA – PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO – CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – SECURITIZAÇÃO – DIREITO DO DEVEDOR – ÔNUS DE PROVAR O PREENCHIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS EXIGIDOS PELA LEI N. 9138/95 – PRINCÍPIO DA *PACTA SUNT SERVANDA* – APLICAÇÃO DO CDC NOS CONTRATOS BANCÁRIOS – AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 192, § 3º, DA CF – CAPITALIZAÇÃO SEMESTRAL ILEGALIDADE DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA – IMPROVIDO.

Nos contratos que tenham por objeto crédito rural, apenas a capitalização semestral de juros é válida. Elege-se o IGPM em substituição à TR. (AC n. 200.000144-9, Segunda Turma, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, DJ de 17.10.2002).

Da mesma forma, é desprovida de fundamento a afirmativa do embargante de que o pedido de alongamento de dívida estava condicionado à aquisição de títulos do Tesouro Nacional, porque o artigo 1°, da Resolução n. 3.078/03, estabelece dever ser apresentada às instituições financeiras a proposta de adesão sem, entretanto, exigir nenhuma condição complementar como a que foi invocada pelo embargante. Veja os termos da referida resolução, *verbis*:

Resolução n. 3.078

Dispõe sobre o prazo de renegociação de dívidas originárias do crédito rural, de que trata a Resolução n. 2.471 de 1998.

[...]

Art. 1°. Estabelecer que a renegociação de dívidas de que trata a Resolução n. 2.471, de 26 de fevereiro de 1998, para os produtores que apresentaram às instituições financeiras propostas de adesão até 31 de março de 2003, pode ser formalizada até 30 de setembro de 2003.

Desta feita, cumpria à instituição financeira recorrente, a teor do artigo 1°, § 3°, inciso II, da Resolução n. 3.078/2003, repassar à Secretaria do Tesouro Nacional, a quantia depositada pelo recorrido, para o fim precípuo de serem emitidos os títulos do Tesouro Nacional. (grifei)

De fato, a ausência do índice de correção monetária não obsta o direito à securitização, pois a jurisprudência majoritária, inclusive deste Tribunal, tem entendido ser o IGPM-FGV o indexador adequado para o cálculo de atualização de dívida rural.

Por outro lado, também não merece prosperar a alegação do banco apelante de que o pedido de alongamento de dívida estava condicionado à aquisição de títulos do Tesouro Nacional, pois, nos termos do

art. 1°, § 3°, inciso II, da Resolução n. 3.078/2003, cumpria à instituição financeira repassar a quantia depositada pelo devedor para emitir os títulos do Tesouro Nacional.

Por tais razões, deve ser mantida a sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais e determinou o alongamento das Cédulas n. 94/000139-1, 95/00011-9, 96/00450-9, 97/00395-6 e 97/00394-8.

Por fim, insurge-se o banco apelante quanto aos honorários advocatícios fixados pelo juízo de origem em 10% sobre o valor da condenação.

De fato, o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil estabelece que, nos casos de inexistência de condenação, o julgador deverá fixar os honorários advocatícios de forma equitativa, balizando-se nas circunstâncias das alíneas a, b e c do § 3º do referido diploma processual, não estando o magistrado vinculado aos limites percentuais ali estabelecidos.

Nesta linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMBARGOS OFERECIDOS PELA PARTE EXECUTADA. EXTINÇÃO. HONORÁRIOS. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO. MATÉRIA SINGELA. FIXAÇÃO COM BASE NO ART. 20, § 4º, DO CPC. VALOR. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> I. Inexistindo condenação e em se tratando de extinção de execução por falta de higidez do título, sem que implique em solução de mérito sobre a dívida, que pode ser exigida por outra via, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma eqüitativa, com base no art. 20, § 4º, do CPC. [...].[3] (Grifei)
>
> PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXTINÇÃO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. FIXAÇÃO EQÜITATIVA. OBSERVÂNCIA ART. 20 §§ 3º E 4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
>
> 1. Nas causas em que não houver condenação, inseridas aí as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, os honorários advocatícios devem ser fixados eqüitativamente pelo juiz, a teor do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, observados os requisitos previstos nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo diploma legal. [...].[4] (Destaquei).

Vale lembrar, ainda sobre o tema, que a fixação dos honorários deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que remunere adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto.

Neste norte, analisando o grau de zelo, o trabalho desenvolvido pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, bem como a natureza, a importância e o valor da causa, e, ainda, atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, fixo o montante dos honorários em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), mostrando-se este valor razoável e compatível com o que dispõe o artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Repise-se, que, no caso, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, portanto adstritos aos limites percentuais estabelecidos no já mencionado § 3º do art. 20 do CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Banco do Brasil S.A. apenas para fixar os honorários advocatícios no valor de R$ 200.000,00, mantendo, no mais, intacta a sentença hostilizada.

3 STJ, REsp n. 904.688/MS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28.10.2008, DJ de 24.11.2008.

4 STJ, REsp n. 596865/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 5.4.2004.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO APENAS PARA FIXAR OS HONORÁRIOS EM R$ 200.000,00.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.024103-3 - Ponta Porã
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MATÉRIA QUE ATRIBUIU FATOS INVERÍDICOS E DISTORCIDOS QUANTO A PROVÁVEL ESTUPRO – LIBERDADE DE IMPRENSA EM CONFLITO COM GARANTIA DA VIDA PRIVADA E DA IMAGEM DAS PESSOAS – PONDERAÇÃO DE VALORES – CAUTELA NO SENTIDO DE AVERIGUAR AS INFORMAÇÕES – DEVER DE INDENIZAR – VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS – VINCULAÇÃO AO SALÁRIO-MÍNIMO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DO AUTOR – CONHECIDO E NÃO PROVIDO – RECURSO DO RÉU – PARCIALMENTE PROVIDO.

A liberdade de manifestação de pensamento, em especial dos meios de comunicação social, não é absoluta, sendo limitada pelo direito à intimidade, à vida privada, à honra e à intimidade das pessoas, com o objetivo de preservar os valores éticos e sociais da pessoa, física ou jurídica, respeitando-a no seu bem mais profundo, que é sua honra, moral, dignidade e imagem.

Aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem deverá reparar o dano causado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Elvis dos Santos Silva e dar parcial provimento ao apelo de Editora Jornalística Fátima Ltda., nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Elvis dos Santos Silva contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais promovida em face da Editora Jornalística Fátima Ltda.

O apelante alega, em síntese, que:

> [...] inconformado se encontra o requerente com relação ao *quantum* a si endereçado na r. sentença. Já que total razão assiste ao requerente, que a demandada cometeu excesso e falta grave não entende porque de indenização tão baixo do pedido. A honra de qualquer cidadão quando atingida, independentemente do cargo que ocupe, é uma só (f. 208).

> Direcionando a sua reportagem diretamente contra a pessoa do requerente e contra a sua reputação, provocou a demandada na sociedade um alarme falso, indigno e cruel e desumano contra sua pessoa do requerente e de toda sua família. A opinião pública foi levada a erro. Cometeu falta gravíssima contra toda sociedade. Posto isto; o dolo é patente na matéria, merecendo a demandada ser responsabilizada a altura pela crueldade jornalística publicada. A demandada ainda senhores desembargadores em momento algum durante a instrução do feito demonstrou qualquer indício de arrependimento. Assumindo, deliberadamente, o risco de produzir o resultado lesivo. Achando-se toda poderosa em razão de sua achada verdade (f. 210).
>
> O importe pedido na sua inicial não é aleatório, pois encontra suporte na média, mensal, de faturamento da requerida (f. 211).

Ao final, requer "respeitosamente, dos Senhores Desembargadores, o reexame da sentença que não teve como suporte os fatos narrados na inicial com relação ao *quantum* pedido e requerido. Ao pagamento dos danos morais, como consta da inicial, é o que requeremos dessa Segunda Instância" (f. 212).

Editora Jornalística Fátima Ltda. também apela, sustentando, em síntese, que:

> [...] é carente de fundamentação a alegação contida na sentença, de que a empresa jornalística "extrapolou os limites da liberdade de imprensa" (f. 199), uma vez que esta apenas **divulgou os fatos contidos do auto de prisão em flagrante (**f. 64-68) (f. 220). (grifo no original)
>
> Não existiu qualquer intenção sensacionalista da apelante em levar ao conhecimento público o fato ocorrido, mas tão somente de cumprir com a finalidade a qual se propõe, de informar os acontecimentos à população, direito que lhe é assegurado pela Carta da República em seus artigos 5º, incisos IX e XIV, e 220 (f. 221).
>
> [...] a matéria veiculada pela empresa jornalística recorrente decorre do exercício regular de um direito (CC, art. 188, I; Lei de Imprensa, art. 27, VI, parágrafo único), o que afasta o dever de indenizar, porque lícita a sua conduta ao transmitir fato policial ocorrido (f. 222).
>
> Ora, se houve lesão à personalidade do apelado, como sustentado na petição inicial e acolhido na sentença, tal decorreu dos atos dos quais o apelado é acusado pelo Poder Público (prisão em flagrante e denúncia). O suposto dano à sua imagem decorre, pois, de ação cuja pratica é atribuída ao apelado, constantes do auto de prisão em flagrante (f. 224).
>
> [...] sendo reconhecido eventual dano moral ao apelado, requer o apelante que seja fixado o quantum de R$ 400,00 (f. 225).
>
> Oportuno aduzir, ainda, que não há possibilidade de se fixar indenização com base no salário mínimo, em face da proibição vedação contida no inciso IV, *in fine*, artigo 7º da Lei Maior, que veda sua vinculação para qualquer fim (f. 226).

Ao final, requer:

> a) seja reformada a sentença para o fim de julgar improcedente o pedido contido na inicial, tendo em conta que a apelante apenas fez uso do exercício regular de um direito, revertendo-se o ônus de sucumbência; b) em sendo mantido o entendimento de que houve excesso na divulgação da notícia, requer a reforma da sentença para o fim de ser revisto e reduzido o valor em condenação a título de indenização por dano moral, **sem vinculação ao salário mínimo**, para o montante de R$ 400,00 [...] (f. 226-7) (grifo no original).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Elvis dos Santos Silva e Editora Jornalística Fátima Ltda., inconformados com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais, interpõem recurso de apelação cível, com a finalidade de verem reformada a referida sentença.

Para melhor análise da questão posta em apreciação, passo a fazer uma breve digressão fática dos acontecimentos.

Verifica-se dos autos que Elvis dos Santos Silva ajuizou ação de indenização por danos morais em face da Editora Jornalística Fátima Ltda., alegando, em síntese, que (i) a empresa jornalística veiculou matéria atribuindo-lhe conduta criminosa que não praticou; (ii) a notícia não retratou a realidade dos fatos, declinando expressões pejorativas quanto a sua pessoa; e (iii) sofreu consequências de ordem moral, razão pela qual merece ser indenizado.

O periódico requerido, por sua vez, apresentou contestação (f. 37-59), sustentando preliminarmente a decadência do direito de ação. No mérito, alegou que (i) o texto veiculado no jornal é consequência do direito constitucional de liberdade de expressão e que sua conduta limitou-se a informar aos seus leitores os fatos, levando em conta os dados fornecidos pelas autoridades policiais; (ii) a retratação da vítima quanto à prática do crime não é capaz de lhe imputar a responsabilidade, porquanto veiculou a notícia conforme a comunicação do flagrante; (iii) não há conduta ilícita, pois encontrava-se no exercício regular de seu direito; e (iv) não se identifica o nexo causal entre a exposição da matéria e os danos alegados.

O juízo de origem, ao proferir sentença, julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial para "condenar a Demandada pagar ao Demandante o valor de 25 (vinte e cinco) salários mínimos vigentes a época do pagamento, a título de indenização por dano moral" (f. 199).

Inconformadas, as partes interpõem recurso de apelação cível.

Pois bem. Dado o entrelaçamento das questões deduzidas, aprecio conjuntamente os recursos.

Anote-se, por primeiro, que a liberdade de imprensa, assim como todo e qualquer direito, ainda que garantido em sede constitucional, não é absoluto, encontrando limite no direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas.

Neste diapasão, cediço que aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem deverá reparar o dano causado, nos termos do disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal[1], bem como nos arts. 186 e 187 do Código Civil[2].

Outrossim, sabido e ressabido que, em ações como a do caso presente, o julgador, dentro do poder de cautela que lhe é exigível, deve analisar as circunstâncias do caso concreto com extremo cuidado, pois encontra-se diante do que se costuma denominar de *hard cases*, hipóteses em que há uma evidente colisão de direitos fundamentais, aparentemente de igual estatura constitucional.

1 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;

2 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No caso, de um lado, mais especificadamente, a liberdade de imprensa e de informação jornalística e, de outro, os direitos à honra e à imagem.

Por qualquer ângulo que se analise a questão, é indiscutível que a defesa da liberdade de imprensa certamente contribui para o fortalecimento das instituições democráticas.

Assim, é dever da sociedade defender a imprensa livre, garantindo suas prerrogativas constitucionais de informar com lealdade, isenção e imparcialidade.

A questão que se coloca, destarte, é, tão somente, se aqueles que fazem uso da informação podem fazê-lo de modo irrestrito, ainda que nessa condição venham causar prejuízos a terceiros, ao praticarem atos que podem revelar-se atentatórios à honra e ao decoro alheios.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, tem anotado com muita propriedade – nas hipóteses em que há colisão de direitos fundamentais – que se deve proceder à ponderação das circunstâncias do caso concreto para, após um juízo pautado na razoabilidade e proporcionalidade, chegar-se a uma conclusão a respeito do prevalecimento de um direito sobre o outro.

Veja-se o que bem salientou, aliás, a Ministra Nancy Andrighi, em voto proferido no julgamento de um caso semelhante ao dos autos:

> A questão insere-se na apreciação conjunta da liberdade de imprensa e do direito ao segredo da vida privada, ambos assegurados pela Constituição Federal – a primeira no art. 5º, IV, IX e XIV e no art. 220; o segundo no art. 5º, X. Nenhum dos princípios mencionados é absoluto, ou seja, eles encontram limite no próprio sistema constitucional no qual estão inseridos. Controvérsia semelhante já foi apreciada pela Terceira Turma do STJ, tendo o i. Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito ressaltado a necessidade de se "ponderar as duas pontas da liberdade, aquela da preservação da dignidade da pessoa humana e aquela da livre circulação da informação pela mídia". (REsp n. 403.639/PR, DJ de 10.3.2003). Na ponderação e aplicação concomitante dos princípios constitucionais mencionados devem ser analisadas as peculiaridades do caso posto à apreciação judicial.[3]" (Destaquei)

Trata-se, como se vê, do denominado juízo de ponderação, cujo propósito é a flexibilização de interesses jurídicos que entram em conflito no caso concreto e que, muito embora sejam todos válidos, um deve preponderar sobre o outro, mediante técnica em que a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade tem fundamental importância.

Diante dessas premissas, para o deslinde da questão posta em julgamento, *mister* analisar se a empresa apelada limitou-se ao exercício do direito de liberdade de imprensa, isto é, o de informar com veracidade e com fidelidade os fatos ou afastou-se dele, ofendendo a honra, a dignidade, a moral e a imagem do autor apelante.

Ora, na questão sob análise, não há dúvidas de que houve um erro na matéria veiculada pela empresa jornalística apelada. Com efeito, extrai-se da sentença atacada (f. 196) que:

> Realmente, dos elementos que instruem o processo, verifica-se que a Requerida publicou matéria em seu jornal descrevendo fatos que não condizem com o relato contido no auto de prisão em flagrante, detectando-se a intenção de produzir sensacionalismo com a notícia.
>
> Constou da matéria que: "as informações dão conta de que a vítima deixou um bar por volta da 2horas e 30minutos e quando voltava para sua casa, foi abordada pelo maníaco, que a seguia a distância.

3 STJ, REsp n. 613374/MG., Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 12.9.2005.

> Ora, o auto do flagrante é claro no sentido que a vítima saiu do local acompanhada do Demandante num táxi (f. 64-68), não se noticiando na peça policial a anunciada "perseguição", conforme constou da matéria.
>
> Além disso, a notícia descreve a seguinte situação: "Armado com uma faca, Elvis dos Santos ao aproximar-se de um lugar ermo, apontou a arma para ela e a obrigou a tirar a roupa, em seguida a estuprou". Não há no auto de prisão em flagrante a descrição de tal situação, mas meramente referência de que a Demandante teria encostado na vítima um objeto pontiagudo, sem precisá-lo.
>
> No entanto, se a própria autoridade policial foi diligente ao não afirmar de que arma se tratava, por certo que não cabia a empresa jornalística precisá-la. Se assim o fez certamente foi no intuito de empregar impacto na notícia que veiculava.
>
> Da mesma forma, o jornal afirma que o acusado confessou o crime no momento do flagrante, o que não é verdade: é perfeitamente aferível que alegou que manteve relações sexuais com a vítima, mediante seu consentimento. (destaquei)

Anote-se, por necessário, que o fato de a empresa jornalística ter recebido a informação das autoridades policiais não a exime de culpa. Ora, em razão da importância e repercussão desse tipo de informação, devem os meios de comunicação tomar toda a cautela no sentido de averiguar as informações, o que, no caso, seria facilmente verificado através do auto de prisão em flagrante.

Resta evidente, portanto, a conduta ilícita da empresa jornalística, pois ultrapassou a barreira do seu direito de informação, distorcendo os fatos para imprimir sensacionalismo ao caso.

Sabido que, aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem deverá reparar o dano causado.

Por tais razões, deve ser mantida a sentença que condenou a empresa jornalística ao pagamento de indenização por danos morais.

Nesse sentido, eis o entendimento da 1ª Turma Cível desta Corte Estadual, em recente julgado de relatoria do Des. Joenildo de Sousa Chaves:

> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MATÉRIA QUE PUBLICOU ERRONEAMENTE O NOME DO AUTOR EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO - LIBERDADE DE IMPRENSA EM CONFLITO COM GARANTIA DA VIDA PRIVADA E DA IMAGEM DAS PESSOAS - PONDERAÇÃO DE VALORES - ATRIBUIÇÃO DE FATOS INVERÍDICOS - CAUTELA NO SENTIDO DE AVERIGUAR AS INFORMAÇÕES - DEVER DE INDENIZAR - RECURSO PROVIDO.
>
> A liberdade de manifestação de pensamento, em especial dos meios de comunicação social, não é absoluta, sendo limitada pelo direito à intimidade, à vida privada, à honra e à intimidade das pessoas, com o objetivo de preservar os valores éticos e sociais da pessoa, física ou jurídica, respeitando-a no seu bem mais profundo, que é sua honra, moral, dignidade e imagem.
>
> Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem, deverá reparar o dano causado[4]. (grifei)

4 AC n. 2008.032266-3, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 7.12.2010, DJ de 16.12.2010, n. 2334.

Fixada essa premissa, passo à análise do *quantum* fixado a título de indenização.

Compulsando os autos, verifica-se que o valor indenizatório foi fixado em 25 salários-mínimos vigentes à época do pagamento. No entanto, é expressamente vedada por nossa Constituição Federal (artigo 7°, inciso IV) a vinculação do salário-mínimo em tais hipóteses.

Portanto, a indenização deve ser fixada em valor certo.

Outrossim, sabido e ressabido que, em relação à quantia arbitrada a título de danos morais, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser fixado a título de indenização por dano moral. De fato, esta é uma questão subjetiva, que obedece a critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao ofensor.

A fixação da quantia devida a título de danos morais fica, assim, ao arbítrio do juiz e deve ater-se aos prejuízos morais sofridos pela vítima.

Portanto, na quantificação do dano moral deve-se levar em conta critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Assim, por um critério de razoabilidade, considerando a repercussão dos fatos na vida do apelado e os transtornos gerados, tenho que o valor da condenação deve ser fixado em R$ 5.000,00, valor que entendo suficiente, pois guarda consonância com os objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição ao ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva, sem gerar um enriquecimento sem causa à vítima.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto por Elvis dos Santos Silva e dou parcial provimento ao recurso de apelação cível interposto por Editora Jornalística Fátima Ltda. para fixar o *quantum* indenizatório no valor certo de R$ 5.000,00, acrescidos de juros de mora de 1% a contar da citação e de correção monetária pelo IGPM, a contar do arbitramento (Súmula n. 362 do STJ).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE ELVIS DOS SANTOS SILVA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE EDITORA JORNALÍSTICA FÁTIMA LTDA., NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.002625-9 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – ALEGADO EXTRAVIO DE BAGAGEM – VIAGEM INTERNACIONAL – BAGAGEM RETIDA PELA AUTORIDADE AMERICANA – OBJETOS CUJO TRASLADO NÃO ERA PERMITIDO – NÃO COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DOS OBJETOS DESPACHADOS – AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há falar no dever de indenizar por parte da empresa aérea se não restou comprovado nos autos que os pertences despachados e retidos pelas autoridades americanas estavam em regularidade com as normas da empresa.

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, 22 de fevereiro de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Alisson Evandro Amaral contra a sentença (f. 104-9) que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais e morais proposta em face de Tam Linhas Aéreas S.A.

Aduz o apelante que:

> - […] não há como negar que o ato de extraviar a bagagem e falta de explicações pela empresa ré, causou ao apelante um prejuízo imensurável, e nenhuma convenção, como salienta a parte ré às f. 62, tem força maior que as leis que regem a responsabilidade civil e a relação de consumo, uma vez que havendo prejuízo, deve o causador responder civilmente pelos seus atos, já que tais atos causaram dano irreparável (f. 119).
>
> - [...] a responsabilidade objetiva apresenta-se como a obrigação de reparar determinados danos causados a outrem, independente de qualquer atuação dolosa ou culposa do responsável, sendo necessário que tenham acontecido durante atividades realizadas no interesse ou sob o controle da pessoa responsável (f. 120).

> - é evidente que o apelante sofreu diversos prejuízos de ordem moral, material, além dos lucros cessantes, haja vista, que além de ter sido constatada a perda dos objetos que estavam em sua bagagem, que serviriam para a execução de sua atividade laboral, o mesmo foi obrigado a ficar um longo período de tempo sem exercer suas atividades, além de só receber o valor pago pelo excesso de bagagem tempos após o ocorrido (f. 121).

Por fim, requer o provimento do presente recurso.

A recorrida, devidamente intimada, apresentou contrarrazões às f. 134-46.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Alisson Evandro Amaral contra a sentença (f. 104-109) que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais e morais proposta em face de Tam Linhas Aéreas S.A.

Consta dos autos que Alisson Evandro Amaral, após residir por quatro anos em Nova Iorque, decidiu retornar ao Brasil, tendo adquirido, ao que afirma, antes do seu regresso, equipamentos diversos para que pudesse desempenhar sua atividade econômica na cidade de Rio Brilhante-MS.

Sustenta que adquiriu a passagem aérea com três dias de antecedência da viagem, tendo feito a pesagem de sua bagagem, o que o levou a pagar excesso de peso no valor de U$ 425,00 relativos a 100 kg extras.

Aduziu que, ao chegar no Aeroporto Internacional de Guarulhos-SP, tomou ciência de que sua bagagem havia sido extraviada, sem maiores esclarecimentos por parte da companhia aérea, que lhe restituiu tão somente o valor pago a título de excesso de bagagem e, isto, apenas um ano após os fatos.

Diante disso, postula a condenação da empresa apelada ao pagamento de danos materiais, morais e lucros cessantes, pois o fato é que sua bagagem não chegou ao Brasil.

O juízo *a quo*, entretanto, examinando a questão, em razão dos elementos contidos nos autos e de sua convicção, entendeu por bem julgar improcedente o pedido.

A sentença está bem lançada e não merece reforma.

Antes, porém, anoto que, como cediço, após um longo período de debates no Congresso Nacional sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que possibilitou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o referido processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar o primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, perfeitamente em consonância com o disposto no art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da própria sentença apelada *"como suporte do acórdão que a confirme",* nos termos de remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, ocorrido em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, na hipótese, com relação à matéria trazida no recurso, como já afirmado, impõe-se a manutenção da sentença por seus próprios fundamentos, os quais utilizo também como razão de decidir, transcrevendo para este fim os seguintes trechos:

> Em análise ao conjunto probatório existente no feito, não se verifica, indene de dúvidas, a ocorrência do propalado extravio das bagagens da parte autora. Isso porque, conforme declinado pela empresa aérea em sua peça defesa, os pertences do demandante, quando da vistoria realizada pela autoridade competente, foram retidos pela "TSA – Transportation Security Administration", visto se enquadrarem nas hipóteses cujo traslado não poderia ser realizado pela aeronave de passageiros, conforme declinado no documento de f. 76-77, onde o informativo da empresa junto ao seu *site* informa quanto a proibição de certos bens para transporte. Aliás, a realização de tal vistoria restou, a princípio, incontroversa nos autos, pois, conforme declinado pelo próprio autor em sua exordial "ao ir embarcar é que houve a versão de que a Bagagem seria vistoriada no dia Seguinte e no outro estava em São Paulo" (f. 4).
>
> Ademais, verifica-se também que a retenção da bagagem do demandante pela autoridade competente em virtude dos bens dela constantes e a alegação da ré de que informou ao autor da retenção da bagagem ainda no aeroporto antes do embarque (f. 61), não fora especificamente impugnada pelo mesmo, pois, quando da sua impugnação à contestação, o autor apenas argumentou que "tais alegações, não excluem o mérito causal" (f. 93 – item 1).
>
> […] Assim, não obstante as peculiaridades que envolvem o caso, tem-se que a não remessa das bagagens do autor para o Brasil se deu por circunstâncias extrínsecas ao procedimento adotado pela empresa aérea, não tendo a parte autora apresentado fato constitutivo do seu direito, ônus que lhe recaía, pois, "Embora o art. 14 da Lei n. 8.078/90 estabeleça a responsabilidade objetiva do prestador de serviço [...] não adotou, contudo, a teoria do risco integral, cumprindo a parte que propõe a ação de ressarcimento de eventuais danos provar a ocorrência do ato ilícito e o nexo causal entre a conduta e o alegado dano" (TJRJ, AC n. 200500148606, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Saldanha Palheiro, julgado em 7.2.2006). Dessa feita, o não transporte da bagagem se mostra claro nos autos, contudo, o fato pelo qual se insurge o autor não pode ser imputado à ré.
>
> […] Assim, ainda que incontroversa a retenção da bagagem do autor pela autoridade internacional, tem-se que não há nos autos elementos que permitam a formação de um sólido juízo de convencimento quanto a identificação, quantificação e valoração dos aludidos equipamentos supostamente acondicionados no interior da bagagem retida.
>
> Outrossim, observa-se que não há qualquer documentação ou princípio de prova a indicar os bens existentes na bagagem, quiçá seu valor. Ainda, tem-se que o autor despachou sua bagagem sem qualquer declaração quanto ao conteúdo da mesma.
>
> Isso posto, com base no art. 269, I do CPC, julgo improcedente a pretensão inicial formulada por Alisson Evandro Amaral nestes autos da ação de indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes que move contra Tam linhas aéreas S/A, já qualificados, e, de consequência, determino a extinção do feito com resolução do mérito. (Destaquei)

A análise do recurso cinge-se, como se vê, à verificação da presença ou não dos requisitos que ensejam a responsabilidade civil e, por conseguinte, geram o dever de indenizar. Neste sentido, dispõem os artigos 186 e 927 do Código Civil que:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, para admitir-se o cabimento da indenização pleiteada, mostra-se necessária a constatação da conduta antijurídica capaz de gerar o dano, bem como o nexo de causalidade entre tal conduta e o prejuízo causado.

Eis a jurisprudência:

> [...] Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, seja por dano moral, seja pelo de caráter material, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. [...][1] (Grifei).

No caso, conforme bem destacou o magistrado de origem, não obstante a responsabilidade da empresa aérea seja objetiva, não há, na hipótese, atribuição automática do dever de indenizar, sendo necessária, para tanto, a comprovação induvidosa pelo autor do dano e do nexo causal entre o dano alegado e a conduta imputada à empresa de transporte aéreo.

Ora, verifica-se dos autos, entretanto, que, conforme demonstrado pela empresa apelada, os pertences do apelante, quando da vistoria realizada pela autoridade competente no exterior, foram retidos pela "TSA – Transportation Security Administration", pois os objetos despachados enquadravam-se nas hipóteses cujo translado não poderia ser realizado conforme comprova o documento de f. 76-7.

A propósito, consta do referido documento que:

> ARTIGOS RESTRITOS PARA TRANSPORTE AÉREO
>
> Para transporte dos artigos relacionados abaixo, será necessário contactar o setor de cargas do aeroporto onde você irá embarcar. Para consultar os telefones, clique aqui.
>
> *Malas/maletas com dispositivo de alarme.
>
> *Explosivos, munições ou fogos de artifícios.
>
> *Gases comprimidos (inflamáveis, não inflamáveis e/ou venenosos), tais como aerosóis.
>
> *Líquidos inflamáveis, tais como recarregadores de isqueiros, tintas e dissolventes.
>
> *Sólidos inflamáveis tais como fósforo, artigos de fácil ignição, combustão espontânea ou que ao contato com água emitam gases inflamáveis.
>
> *Isqueiros de qualquer tipo estão proibidos de embarcar em malas despachadas e ou de mão para os EUA.
>
> *Materiais oxidantes.
>
> *Venenos e substâncias infecciosas
>
> *Material radioativo.
>
> *Materiais Corrosivos, tais como mercúrio (termômetros), ácido, pilhas.
>
> *Materiais magnetizados e outros artigos perigosos.
>
> *Garrafas de oxigênio (veja detalhes aqui).
>
> *Transporte de substâncias líquidas (veja detalhes aqui).

1 TJMG, 1.0701.05.132955-8/002, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, julgado em 21.6.2007.

Ressalte-se, ainda, que a empresa apelada, em sua contestação, afirmou que, no aeroporto, informou o autor ora apelante que os referidos itens despachados não poderiam ser transportados na aeronave, sendo certo que ele deveria procurar a entidade norte-americana de inspeção para a verificação da possibilidade do transporte, fato este não impugnado pelo apelante no momento oportuno.

Ademais, veja-se que os *e-mails* juntados aos autos, pelos quais o autor, ora apelante, no mês seguinte à sua volta ao Brasil, contatou com a empresa aérea -apelada, tão somente solicitam a restituição do valor despendido para pagamento de excesso de bagagens, nada mencionando quanto à questão do extravio dos seus pertences (f. 23-5).

Destarte, apesar dos argumentos trazidos pelo ora recorrente, este não se desincumbiu de realizar a prova necessária capaz de atribuir a culpa à apelada, pois, em momento algum, trouxe aos autos documentos comprobatórios que indiquem a regularidade dos itens despachados, limitando-se a listar em sua inicial os bens alegadamente extraviados.

Com essas considerações, tenho que se encontra, de fato, ausente a indispensável prova da culpa da empresa apelante, além de não ter restado demonstrado o nexo causal entre os atos praticados pela empresa aérea e os danos reclamados na inicial.

A culpa, como cediço, consiste na falta de diligência e inobservância da norma de conduta do agente e, em termos de responsabilidade civil, constitui um elemento objetivo do dever de indenizar que deve, para tanto, ser provado de modo suficiente a caracterizar a responsabilidade de quem cometeu o ato ilícito.

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, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.038901-7 - Nova Andradina
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – CONTRATO DE PECÚLIO – DESISTÊNCIA DO CONTRATANTE – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS – IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO DE RISCO – RECURSO PROVIDO.

No contrato de pecúlio não é possível a restituição dos valores pagos, no caso de cancelamento, com fundamento no princípio geral que veda o enriquecimento ilícito. O contrato de pecúlio é um misto de contrato de seguro e contrato de previdência, de modo que o contratado se obriga ao pagamento de uma indenização ou pensão, desde que ocorrido o evento morte, ao passo que o contratante se obriga ao pagamento das prestações mensais. Tendo a Capemi assumido riscos durante a vigência, não se justifica a restituição das parcelas pagas.

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, 20 de janeiro de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

CAPEMI – Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepios – Beneficente interpõe apelação contra sentença proferida nos autos da Ação de Rescisão de Contrato c/c Restituição de Valores, que lhe move Valentim Loli. Sustenta a inaplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor à espécie, visto que o contrato objeto dos autos é anterior à sua vigência. Noutro vértice, defende, em síntese, a impossibilidade de restituição de valores tendo em vista a natureza do contrato de pecúlio, que envolve a assunção de riscos por morte do segurado pela apelante. Prossegue, alegando que, caso mantida a condenação, deverá ser substituído o IGPM pelo IPC, como indexador da correção monetária. Pede, ao final, o provimento do recurso, a fim de reformar a sentença e julgar improcedente a pretensão inicial ou, ainda, substituir o índice de correção monetária.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Compulsando os autos, verifica-se que o autor/apelado pretende a rescisão e restituição de valores pagos em virtude de contrato de pecúlio celebrado entre as partes, pretensão que foi integralmente acolhida pelo Juízo da causa, o que ensejou a interposição de apelação pela requerida, Capemi.

Entendo que a insurgência merece prosperar.

O contrato objeto destes autos, diferentemente do que sustenta o recorrido, é um misto de contrato de seguro e contrato de previdência, de modo que a contratada se obriga ao pagamento de uma indenização ou pensão, desde que ocorrido o evento morte, ao passo que o contratante se obriga ao pagamento das prestações mensais.

O ponto controvertido consiste na possibilidade ou não da restituição dos valores pagos, em caso de cancelamento. O que se pretende, assim, não é o pagamento de benefício, mas a restituição dos valores pagos à apelante. Diante disso, importante ressaltar que o contrato em questão, apesar de prever prazo de carência para o pagamento de benefício, não exige esse prazo na hipótese de morte acidental.

Em virtude disso, é possível concluir que, durante todo o período de contratação, o contrato permaneceu vigente e com obrigações impostas a ambas as partes, a depender de evento futuro, morte, que determinava o pagamento da indenização ou da pensão. Assim, o contrato fundamenta-se na álea assumida pelos contratantes; é, pois, um contrato de risco, de modo que as partes se colocaram na perspectiva de uma álea, refletida na existência ou na quantidade da prestação combinada, expondo-se à eventualidade recíproca de perda ou de ganho.

Por conseguinte, no contrato em questão, em razão de sua natureza de contrato aleatório, não existia equivalência entre as prestações e, justamente por essa razão, não se pode pretender a restituição de valores pagos, com fundamento em enriquecimento ilícito da outra parte, porque, como afirmado, é da própria natureza desse tipo de contrato a possibilidade do enriquecimento de uma das partes, pela falta de equivalência da prestação devida pela parte contrária. Neste sentido:

> Os valores pagos a título de pecúlio por invalidez ou morte não são passíveis de restituição, uma vez que a entidade suportou o risco. E, embora não tenha ocorrido o sinistro, nem por isso deixaram os associados de usufruir da prestação do serviço na vigência do contrato, que é, por natureza, oneroso. (STJ, REsp n. 327419/DF, Segunda Seção, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 23.6.2004).

> AÇÃO DE RESTITUIÇÃO – CONTRATO DE PECÚLIO E PENSÃO – RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PAGAS – IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO ALEATÓRIO – COBERTURA DO RISCO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO – RECURSO IMPROVIDO. Devido à natureza do contrato, é inviável a devolução das contribuições pagas no plano de pecúlio, visto que os riscos contratados ficaram cobertos durante a vigência do contrato. (TJMS, AC n. 2009.005557-6, Quarta Turma, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 24.3.2009).

De sorte que não se trata simplesmente de contrato de previdência privada, como sustentado pelo autor, mas de um misto de contrato previdenciário com contrato de seguro, em que prevalece o risco assumido pelas partes. Bem por isso, é até despisciendo perquirir sobre a aplicação das normas do CDC à espécie, visto que inexiste abusividade.

Destarte, entendo que a pretensão inicial é improcedente, merecendo reforma a sentença invectivada. Tendo em vista, ainda, esse desiderato, dou por prejudicada a análise da questão alusiva aos índices de correção monetária sobre o valor da condenação.

Posto isso, conheço e dou provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente a pretensão inicial, invertendo os ônus de sucumbência e arbitrando honorários advocatícios, equitativamente, em R$ 1.000,00, nos moldes do art. 20, § 4º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.000510-7 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – SENTENÇA *EXTRA PETITA* – AFASTADA – FESTA DE CASAMENTO REALIZADA EM LOCAL DE FREQUÊNCIA COLETIVA (*BUFFET*) – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS INDEVIDA – EVENTO PRIVADO E GRATUITO – RECURSO IMPROVIDO.

1. A sentença não é *extra petita* quando prolatada dentro dos limites do pedido do postulante. 2. Não é devida a cobrança de direitos autorais, quando a execução de obras musicais se dá em festa particular e privada. 2. É indevida, ainda, a cobrança de direitos autorais se a festa de casamento provida pelos nubentes, onde foram executadas obras musicais, mediante sonorização mecânica, além de privada, for gratuita.

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, 26 de janeiro de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

O Ecad - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação declaratória de Inexistência de Relação Jurídica que lhe movem Denis Rodrigues Carneiro e Helainny Pereira de Nóbrega, na qual foi julgado procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes, bem como para declarar a inexigibilidade de qualquer cobrança relativa à festa de casamento realizada no dia 10.11.2007.

Sustenta o recorrente que, em se tratando de evento promovido em *buffet* contratado, enquadrado na modalidade de usuário eventual, está sujeito ao recolhimento previsto na norma no valor de R$ 405,79, valor bem menor que aquele gasto com a festa do casamento dos apelados (R$ 7.000,00). Aduz que os *buffets* são responsáveis solidários pela arrecadação, uma vez que mantêm relação comercial, mediante pagamento, para a utilização de suas dependências, sabendo da obrigação legal de pagamento dos direitos autorais. Defende que a decisão pode incentivar o desrespeito reiterado ao direito autoral por outros usuários que estiverem na mesma situação. Destaca ter o juiz decidido além do pedido; que não havendo expressa e prévia autorização nos termos da Lei n. 9.610/98, art. 68, não podem ser utilizadas músicas nas dependências dos *buffets*, pois, apesar de ser considerado extensão do domicílio dos nubentes, os *buffets* são locais de frequência coletiva. Assevera que a festa de casamento não pode ser considerada meramente familiar, pois presente o lucro indireto, sobre o qual se sujeita o pagamento dos direitos autorais. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Em contrarrazões, pleiteia-se o improvimento do recurso (f. 139-51).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença de procedência para declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes, bem como para declarar a inexibilidade de qualquer cobrança, relativamente à festa de casamento realizada no dia 10.11.2007.

Inicialmente, deve ser afastada a alegação de julgamento *extra petita*, porquanto o julgador singular decidiu nos exatos termos dos pedidos, nem mais nem menos, sendo que os argumentos utilizados para a formação de sua convicção não podem ser considerados para a análise dos limites dos pedidos. Segundo se observa dos autos, o que o juiz *a quo* fez foi somente interpretar a norma que regula a matéria e emitir sua conclusão acerca dos fatos narrados na inicial. Assim, os pedidos iniciais relacionaram à declaração de inexistência de relação jurídica, bem como a inexigibilidade da cobrança de valores referentes a direitos autorais, os quais serviram de limites para a sentença.

Desta feita, afasto a preliminar.

É de se destacar que a solução da lide importa em distinguir se é devida ou não a cobrança de direitos autorais relativa à música utilizada em festa de casamento realizada no interior de um *buffet*.

Pois bem, acerca da matéri, vejamos o que estabelece o artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal:

> 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:
>
> [...]
>
> XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

A Lei n. 9.610/98, que regula os direitos autorais, prevê em seu art. 68, *caput* e §§ 2º e 3º, o seguinte:

> 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.

E ainda o art. 46 da mesma lei prevê que:

> Não constitui ofensa aos direitos autorais:

> VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

Portanto, da análise dos dispositivos citados e fazendo-se a subsunção do fato à norma, entendo que o caso em debate enquadra-se no aludido inciso VI do art. 46 da Lei n. 9.610/98, porquanto a festa de casamento realizada pelos apelados, apesar de executada em local de frequência coletiva (*buffet*), não pode ser considerada de execução pública, tendo em vista seu caráter familiar, uma vez que é restrita aos convidados, os quais são compostos, via de regra, por familiares e amigos dos nubentes. Ademais, não se pode conceber o pagamento de direitos autorais quando a execução musical se der em festas gratuitas e estritamente familiares, como nas festas de casamento ou aniversário, notadamente porque a música, nesses casos, é apenas um fator de agregação e descontração, não havendo nenhuma espécie de lucro obtido com sua reprodução.

Em caso semelhante ao dos autos, ou seja, por se tratar de festa oferecida gratuitamente, mediante sonorização mecânica, o Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser devido o pagamento de direitos autorais. Confira:

> CIVIL. DIREITO AUTORAL. ECAD. ESPETÁCULO PÚBLICO GRATUITO PROMOVIDO POR PREFEITURA. COMEMORAÇÃO DE ANIVERSÁRIO DE FUNDAÇÃO DO MUNICÍPIO. EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS, MEDIANTE SONORIZAÇÃO MECÂNICA. PAGAMENTO INDEVIDO. LEI N. 5.988/73. EXEGESE. I. Não é devido o pagamento de direitos autorais se o espetáculo promovido pela Prefeitura, onde foram executadas obras musicais mediante sonorização mecânica, era gratuito, para comemoração de aniversário do Município. II. Ressalva do ponto de vista do relator. III. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 76.365/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 21.5.2002, DJ 26.8.2002, p. 219).

Assim, embora o caso descrito no julgado citado por último tenha ocorrido em local de frequência coletiva, por ser gratuita a festa e com sonorização mecânica, como no caso dos autos, entendeu-se não ser devido o pagamento de direitos autorais.

Com efeito, ao contrário do que alega a apelante, independe, para que seja devido o pagamento de direitos autorais, o quanto foi gasto para a realização da festa, quando esta é oferecida gratuitamente como no caso dos aniversários, casamentos etc.

Noutro julgado do STJ, cujo caso refere-se a evento que objetiva auferição de lucro, o recolhimento dos direitos autorais são devidos. Veja:

> CIVIL. DIREITO AUTORAL. CLUBE SOCIAL. BAILE DE CARNAVAL. ART. 73 DA LEI N. 5.988/73. LUCRO DIRETO E INDIRETO. CONFIGURAÇÃO. ECAD. DUPLICIDADE DE COBRANÇA. INOCORRÊNCIA. FATOS GERADORES DIVERSOS. RECURSO PROVIDO. 1. **Os bailes de carnaval promovidos por clubes sociais (entidades privadas), ainda que somente para associados, não são gratuitos, tampouco se qualificam como beneficentes ou como "carnaval de rua", cujo patrocinador é, geralmente, a municipalidade (Poder Público). Tais espetáculos carnavalescos, ao contrário, possuem o objetivo de lucro: o direto, com a venda de ingressos, mesas, bebidas e comidas; e o indireto, com a promoção e valorização da própria entidade recreativa, a qual se torna mais atrativa a novos associados.** 2. É devido o pagamento de direitos autorais por utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos promovidos por entidades recreativas (Clubes), seja quando em vigor a Lei n. 5.988/73, a qual exigia o intuito de lucro direto ou indireto, seja na égide da Lei n. 9.610/98, a qual não mais prevê tal pressuposto. 3. Não há falar em duplicidade de cobrança de direitos autorais (*bis in idem*) se os fatos geradores são distintos: I) contribuição mensal despendida pelo clube que se refere à sonorização musical contínua de seus ambientes (como piscinas, bares e restaurantes); e II) contribuição sobre

> eventos especiais, não abrangidos pela mencionada mensalidade, como festas carnavalescas. 4. Recurso especial provido. (REsp n. 703.368/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJ/RS), julgado em 4.3.2010, DJ de 1.7.2010) destaquei.

Este tribunal também já teve oportunidade de julgar casos semelhantes, tendo mantido a mesma linha de pensamento, conforme se vê dos seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C CANCELAMENTO DE PROTESTO - ECAD - **FESTA DE ANIVERSÁRIO EM LOCAL DE FREQUÊNCIA COLETIVA - COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS INDEVIDA - EVENTO PRIVADO** - INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO - PROTESTO INDEVIDO - INSCRIÇÃO NOMES NA SERASA - DANOS MORAIS - INOVAÇÃO RECURSAL - RECURSO PROVIDO. **Não se pode conceber a exigência de pagamento de direitos autorais, quando a execução de obras musicais se dá em festa particular e privada, que não se enquadra na hipótese contida no art. 68 da Lei n. 9.610/98, que é a proteção dos direitos autorais em execuções públicas.** Efetuada pretensão nova, somente nas razões recursais, os apelantes inovam na lide, afrontando, inclusive, o princípio do duplo grau de jurisdição que exige a apreciação por dois órgãos diferentes. (TJMS, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ de 19.2.2010, n. 2.138) destaquei.

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NEGATIVA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS - **PAGAMENTO DE ECAD EM EVENTO GRATUITO** DE CUNHO CULTURAL E SOCIAL - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Não há que se falar em cobrança de direitos autorais em festas, shows e eventos públicos, **cuja entrada é franca**, pois tem finalidade social e visa proporcionar cultura e lazer à população. (TJMS, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, DJ de 23.3.2010, n. 2.160) frisei.

Logo, diante do que dispõe a lei que regula a matéria, bem como tendo em mente o posicionamento jurisprudencial, observa-se que, tratando-se de festa de casamento, embora executada em local de frequência coletiva (*buffet*), não é de ser considerada de execução pública, tendo em vista seu caráter familiar, uma vez que restrita aos convidados. E, diante de seu caráter eminentemente gratuito, uma vez que nada é cobrado dos convidados, não é devido o pagamento de direitos autorais.

Ante o exposto, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, matendo a sentença por todos os seus termos e efeitos.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.006750-9 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DIVULGAÇÃO DE IMAGEM OU FOTOGRAFIA DE PESSOA SEM SUA AUTORIZAÇÃO E SEM FINS COMERCIAIS – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO – REPARAÇÃO INDEVIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A divulgação de imagem da pessoa sem sua autorização e sem fins econômicos ou comerciais depende da comprovação do dano para ensejar reparação, sendo inaplicável o verbete sumular n. 403 do STJ, que dispensa essa prova. Não demonstrado o dano, não existe direito à reparação civil pretendida.

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, 24 de março de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Campo Grande Notícias Ltda. interpôs recurso de apelação contra a sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que lhe move Maria Rita do Nascimento, cuja pretensão inicial foi julgada procedente, com sua condenação ao pagamento de R$ 4.000,00. Sustenta, em síntese, que a matéria veiculada, onde consta a fotografia da apelada, não gera ofensa à imagem, pois não houve injúria à sua pessoa, mas tão somente publicidade de notícia verdadeira. Destaca que a fotografia tem apenas o propósito de identificar a pessoa da qual se tratava a matéria, sem exploração comercial ou difamação. Alega, ainda, que a apelada é Delegada de Polícia, motivo pelo qual está submetida a maior exposição pública. Por fim, clama pela redução do valor da indenização, atendendo o critério da razoabilidade. Pugna pelo provimento do apelo e consequente reforma da sentença, para julgar improcedente a pretensão inicial ou seja reduzida a verba indenizatória.

Contrarrazões pela manutenção da sentença (f. 184-5).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recuso de apelação interposto por Campo Grande Notícias Ltda. em face de Maria Rita do Nascimento, objetivando a reforma da sentença, que acolheu a pretensão da autora e condenou-a ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 4.000,00.

Segundo narrativa constante da inicial, em 17 de outubro de 2008, a apelante veiculou na rede mundial de computadores matéria jornalística intitulada: *"Delegada é condenada a dois anos de prisão por tortura"* (f. 10), referindo-se à apelada, sendo que ao lado do texto jornalístico anexou sua fotografia. Outra notícia divulgada no mesmo veículo de comunicação, intitulada *"Piada"*, versando sobre os mesmos fatos, informa que a apelada continuará exercendo suas funções na Academia Polícia Civil mesmo depois de condenada pela prática de tortura (f. 9).

Ao acolher a pretensão inicial, consignou o Juízo *a quo* que a notícia teria apenas caráter informativo, que não ensejaria reparação civil, mas a divulgação da fotografia da apelada causaria dano moral nos termos da súmula n. 403 do STJ (*"Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."*).

Contudo, diferentemente do quanto consignado pelo Juízo sentenciante, o fato de estampar a fotografia da apelada ao lado da reportagem que narra acontecimento verídico a seu respeito, por si só, a meu juízo, não gera obrigação de indenizar, tendo em vista a pertinência com o teor da reportagem. Essa é a conclusão que se extrai, *a contrariu sensu*, da Súmula n. 403 do STJ, que considera objetiva a responsabilidade civil (independente de prova do dano) nos casos de publicação não autorizada da imagem da pessoa com objetivo econômico ou comercial. Nas demais hipóteses, portanto, depende de comprovação do dano.

O reconhecimento da responsabilidade civil, portanto, depende, na hipótese, da comprovação do dano. Estabelecida esta premissa, não é possível extrair dos elementos de convicção carreados aos autos qualquer dano decorrente da divulgação da imagem da autora na matéria jornalística. Vale ressaltar que a notícia assim como a fotografia estão relacionadas a fatos e circunstâncias que decorrem exclusivamente da função pública desempenhada pela apelada, qual seja, de Delegada de Polícia Civil. Essa condição confere à apelada especial notoriedade pública, relativizando sobremaneira o direito à imagem, porque sua conduta (pessoal e profissional) interessa a toda a coletividade.

A respeito, ensina Antônio Jeová dos Santos:

> A publicação de fotografia que denota interesse geral, prescinde da autorização do retratado. Isso não significa que a pessoa notória não deva ter a imagem preservada. Apenas existe uma diminuição em seu direito de tutelar a imagem, dada a notoriedade. (SANTOS, Antônio Jeová dos. **Dano Moral Indenizável**. São Paulo: Método, 2001. p. 401).

No mesmo sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INOCORRÊNCIA. LEI N. 5.250/67 (LEI DE IMPRENSA). ABSOLVIÇÃO CRIMINAL COM REFLEXOS CIVIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PUBLICAÇÃO DE REPORTAGEM EM REVISTA DE GRANDE CIRCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DANO EXTRAPATRIMONIAL NA ESPÉCIE. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. FATO PÚBLICO E NOTÓRIO. UTILIZAÇÃO DE EPÍTETO (ANIMAL). POLISSÊMICO. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DE PROVAS. SÚMULA 7. NÃO INCIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. PROVIMENTO. I. No caso em exame, não se trata de reexame de prova, isto é, de motivos de conhecimento dos fatos em que se funda o reconhecimento de dano moral e uso da imagem, visto que os fatos são absolutamente certos, mas sim de valoração jurídica. II. A imagem exposta já havia resultado, evidentemente, em positivas vantagens, inclusive patrimoniais, no decorrer da carreira do atleta, com a contra-partida, contudo, da abertura de caminho para a negativa exposição, dado o caráter polissêmico da expressão. Logo, no caso, não se tem acréscimo negativo à matéria, mas, sim, a simples transposição de qualificação já antes criada, consentida e usufruída, posta à receptividade e ao debate da opinião pública. Em verdade, a imagem estampada, subsumiu-se no geral caráter visivelmente informativo e educativo da matéria a respeito de acidentes de

> veículos, ainda que desagradando ao Autor e a quem mais negativamente lembrado. III. No caso concreto, declarada pela justiça penal a não caracterização dos crimes considerados contra a honra, inexistirá o ilícito civil correspondente, salvo se a absolvição decorrer de insuficiência de provas. IV. Nos termos dos dispositivos legais invocados pelo Autor, responde por danos morais e à imagem quem cause dano. No entanto, **não houve, no caso, dano causado ao autor, mas tecnicamente, simples incômodo ou desconforto pela exposição do lado negativo da figura pública**. Portanto, não há o que indenizar ao autor. V. Recurso Especial provido, julgando-se improcedente a ação, nos exatos termos, inclusive quanto à sucumbência da sentença. (STJ, REsp n. 1021688/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, julgado em 23.6.2009, DJ de 1.7.2009).

Oportunas as conclusões de Yussef Sahid Cahali, em julgamento proferido pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, citado por Rui Stoco:

> Não se pode, efetivamente, censurar publicações jornalísticas que visem favorecer o interesse da comunidade. E quem exerce cargo público, além de estar sujeito à fiscalização de seus superiores hierárquicos, submete-se à vigilância dos órgãos de imprensa no cumprimento do dever de informar; indiscutível, no entanto, que tal vigilância deve ser efetivada de forma sóbria, sem ferir susceptibilidades do cidadão, ou cidadã, envolvido, que tenha também assegurado o respeito que é merecedor. (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 736).

A reportagem jornalística bem como a fotografia colacionada não evidenciam o intuito de denegrir ou difamar a imagem da apelada, mas simplesmente narrar um fato de interesse público relacionado a pessoa pública. Ademais, é incontroverso que a notícia veiculada no *website* é verídica, de caráter informativo, narrada de forma responsável, inclusive ouvindo o advogado da apelada para que apresentasse sua versão dos fatos. Não houve invasão da privacidade da apelada, limitando-se as matérias aos fatos narrados na decisão judicial. Com isso, ausente o *animus difamandi* no ocorrido, entendo que não é possível o reconhecimento da responsabilidade civil.

Assim, a veiculação da imagem da apelada sem sua autorização não implica dano moral puro, dependendo de comprovação do prejuízo. Não provado o dano, não há falar em indenização.

Diante do exposto, **conheço e dou provimento** ao presente recurso, a fim de reformar a sentença e julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial, invertendo os ônus da sucumbência e condenando a apelada ao pagamento de custas e despesas processuais, inclusive honorários advocatícios, que, com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, arbitro em R$ 600,00 (seiscentos 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. 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, 24 de março de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.011119-4 - Dourados
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO – TAXA DE LICENÇA – EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA – EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE – PRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

A cobrança da taxa de localização e funcionamento, pelo município, dispensa a comprovação da atividade fiscalizadora, em face da notoriedade do exercício do poder de polícia pela Municipalidade.

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, 22 de fevereiro de 2011.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Imobiliária Terra Ltda., inconformada com a sentença proferida nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Crédito Tributário c/c pedido liminar, movida em desfavor do Município Dourados, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese que a taxa de localização é devida somente quando da instalação do estabelecimento comercial, sendo indevida a cobrança para renovação do alvará de funcionamento, por inexistir exercício de poder de polícia e por violação do disposto no artigo 145, § 2°, da Carta Magna, bem como do estatuído no artigo 77, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Por fim, requer a reforma da sentença invectivada, a fim de ver declarada a inexigibilidade da cobrança da taxa de renovação de licença para localização de funcionamento.

Em contrarrazões, o Município apelado requer a manutenção da sentença de primeira instância.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Imobiliária Terra Ltda., irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que, nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Crédito Tributário com pedido de liminar, que movida pelo Município de Dourados, julgou improcedente o pedido inicial.

Da análise detida dos autos, dessume-se que a taxa de licença para localização e funcionamento dispensa a comprovação da atividade fiscalizadora em razão da notoriedade do exercício do poder de polícia pela Municipalidade.

A propósito, prescreve o artigo 77 do Código Tributário Nacional que: "As taxas cobradas pela União, pelos estados pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, tem como fato gerados o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

Portanto, não obstante as afirmações da apelante acerca da necessidade da comprovação do poder de polícia, considerando a tendência da ordem jurídica em adotar a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, é desnecessária a comprovação do exercício do poder de polícia por parte do Poder Público, para a cobrança do tributo, pois é notória sua atuação.

Logo, é legítima a cobrança da licença pelo Município apelado, pois fundada no poder de polícia, que é exercido de forma permanente pelos agentes do Poder Público Municipal, mormente por haver presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> TRIBUTÁRIO – TAXA DE RENOVAÇÃO E LICENÇA DE FUNCIONAMENTO – ARTS. 77 E 78 DO CTN – PODER DE POLÍCIA – EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE – PRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO. 1. A Primeira Seção deste Tribunal pacificou entendimento de que é prescindível a comprovação efetiva do exercício de fiscalização por parte da municipalidade em face da notoriedade de sua atuação. 2. Precedentes: STJ, AgRg no Ag n. 880.772/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 14.8.2007, DJ de 20.9.2007; AgRg no REsp n. 485.951/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 9.11.2005, DJ de 28.11.2005; AgRg no REsp n. 261571/SP, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 24.4.2002, DJ de 6.10.2003. Agravo regimental improvido.
>
> TRIBUTÁRIO – TAXA DE RENOVAÇÃO E LICENÇA DE FUNCIONAMENTO – ART. 77 DO CTN – PODER DE POLÍCIA – EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE - PRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO. 1. Reconhecida a prescrição no tocante ao exercício de 1993, pelo tribunal de origem, desnecessária a manifestação expressa dos artigos 166 do C.C e 219, § 5º do CPC. 2. A Primeira Seção deste Tribunal pacificou entendimento de que é prescindível a comprovação efetiva do exercício de fiscalização por parte da municipalidade em face da notoriedade de sua atuação. (REsp n. 261.571/SP, Primeira Seção, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 6.10.2003) 3. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido.
>
> TAXA DE RENOVAÇÃO DE LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. DESNECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO ENTE FEDERATIVO. I – A recente jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que a cobrança da taxa de localização e funcionamento, pelo município, dispensa a comprovação da atividade fiscalizadora, face notoriedade do exercício do poder de polícia pela Municipalidade. Precedentes: AgRg. no REsp. n. 485.951/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 28.11.2005, p. 174; AgRg no REsp n. 261.571/SP, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 6.10.2003, p. 199; Ag n. 536.338/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ de 8.3.2004, p. 00174; ED e Ag n. 421.076/MG, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ de 9.2.2004, p. 00154; REsp n. 327.781/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15.12.2003, p. 00185. II - Agravo regimental improvido.

No mesmo sentido já decidiu esta Corte de Justiça, *in verbis*:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – TAXA DE LICENÇA – EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA – EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE – PRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO – DECADÊNCIA – NÃO OCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO. É prescindível a comprovação efetiva do exercício de fiscalização por parte da municipalidade em face da notoriedade de sua atuação. Nos termos do que prescreve o artigo 142 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário é constituído pelo lançamento, do qual, deve ser o contribuinte regularmente notificado, sendo este um dos requisitos indispensáveis para a constituição do crédito tributário. A contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (TJMS, - AC n. 2009.013552-0, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 30.7.2009).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – TAXA DE LICENÇA – EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA – EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE – PRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO – DECADÊNCIA – NÃO OCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO. É prescindível a comprovação efetiva do exercício de fiscalização por parte da municipalidade em face da notoriedade de sua atuação. Nos termos do que prescreve o artigo 142 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário é constituído pelo lançamento, do qual deve ser o contribuinte regularmente notificado, sendo este um dos requisitos indispensáveis para a constituição do tributo. A contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (TJMS, AC n. 2009.003633-2, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 25.3.2010).

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.014559-0 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – TRANSPORTE AÉREO – CANCELAMENTO DE VOO – DIVERSAS ALTERAÇÕES NO HORÁRIO DE EMBARQUE – DANO MORAL CARACTERIZADO – AUSÊNCIA DE FORÇA MAIOR – RESTITUIÇÃO DE DESPESAS COM ALIMENTAÇÃO – CONDENAÇÃO À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – RAZOABILIDADE DO VALOR INDENIZATÓRIO DIANTE DO CASO CONCRETO – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O MONTANTE INDENIZATÓRIO A PARTIR DO ARBITRAMENTO – SUCUMBÊNCIA PARCIAL MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Felipe David Medeiros e dar parcial provimento ao recurso de VRG Linha Aéreas S/A e Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A.

Campo Grande, 22 de março de 2011.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Gol Transportes Aéreos S.A. interpõe apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Reparação de Danos ajuizada por Felipe David Medeiros, na qual foi condenada à restituição de R$ 20,50 e ao pagamento de indenização por danos morais ao autor, no valor de R$ 3.000,00, com correção monetária desde 30.10.2006 e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

A recorrente Gol Transportes Aéreos S.A. afirma que o cancelamento do voo no qual o autor embarcaria e as posteriores remarcações de decolagem ocorreram por força maior, em razão do intenso tráfego e necessidade de reestruturação da malha aérea, o que afasta a sua responsabilidade pelos danos alegados; não restaram provados os danos materiais tampouco os danos morais, cujo valor, caso mantida a condenação à indenização, deve ser reduzido; o termo inicial de incidência de correção monetária sobre a indenização pelo dano moral deve ser a data da condenação.

Felipe David Medeiros também recorre e pede a restituição do prazo para a interposição da apelação, a partir do dia 22.9.2008, pois a parte contrária fez carga rápida dos autos em 8.9.2008 e os devolveu somente em 22.9.2008; pede, ainda, a reforma da sentença para majorar o valor da indenização e para que a requerida arque integralmente com os ônus sucumbenciais, fixados na sentença na proporção de 20% para o autor e 80% para a requerida.

Contrarrazões pelo improvimento dos recursos.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Gol Transportes Aéreos S.A. interpõe apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Reparação de Danos ajuizada por Felipe David Medeiros.

Consta dos autos que o autor adquiriu passagem aérea de São Paulo para Campo Grande para o dia 30.10.2006, às 21h30min. Entretanto, na hora do embarque houve cancelamento do voo, tendo o respectivo embarque sido remarcado para 22h50min. do mesmo dia, depois para 00h30min. do dia 31.10.2006, momento em que o autor embarcou, mas teve de desembarcar, uma hora depois, em virtude de determinação da requerida.

Relata o autor que, após o mencionado desembarque, permaneceu no saguão do aeroporto aguardando providências da requerida, sendo que, às 4h44min., foi encaminhado ao Hotel Blue Tree Convention Ibirapuera, tendo retornado ao aeroporto às 9h50min. e, por fim, embarcado às 11h15min.

Na sentença, Gol Transportes Aéreos S.A. foi condenada à restituição de R$ 20,50 e ao pagamento de indenização por danos morais ao autor, no valor de R$ 3.000,00, com correção monetária desde 30.10.2006 e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, fixando-se a sucumbência recíproca na proporção de 20% para o autor e 80% para a requerida.

Inconformada, Gol Transportes Aéreos S.A. interpõe recurso de apelação, afirmando que o cancelamento do voo no qual o autor embarcaria decorreu de força maior, em razão do intenso tráfego e necessidade de reestruturação da malha aérea, o que afasta a sua responsabilidade pelos danos alegados; não restaram provados os danos materiais tampouco os danos morais, cujo valor, caso mantida a condenação à indenização, deve ser reduzido; o termo inicial da incidência de correção monetária sobre a indenização pelo dano moral deve ser a data da condenação.

Felipe David Medeiros também recorre e pede a restituição do prazo para a interposição da apelação, a partir do dia 22.9.2008, pois o procurador da requerida fez carga rápida dos autos em 8.9.2008 e os devolveu somente em 22.9.2008; pede, ainda, a reforma da sentença para majorar o valor da indenização e para que a requerida arque integralmente com os ônus sucumbenciais.

Contrarrazões pelo improvimento dos recursos.

Com relação ao pedido formulado por Felipe David Medeiros, de restituição do prazo recursal, verifica-se que lhe assiste razão.

Isso porque o prazo para a interposição dos recursos iniciou-se em 8.9.2008 (f. 121), todavia em tal data os autos foram retirados em carga rápida por pessoa com autorização do advogado da parte requerida, a qual somente os devolveu em 19.9.2008, conforme se depreende da consulta processual realizada no SAJ – Sistema de Automação do Judiciário.

Assim, considerando-se que o dia da devolução dos autos - 19.9.2008 - foi uma sexta-feira, o prazo para o autor apelar somente teve início em 22.9.2008, com término em 6.10.2008, data na qual foi interposta a apelação, tendo a parte autora, portanto, interposto o recurso dentro do prazo recursal.

Dessa forma, encontra-se tempestiva a apelação interposta por Felipe David Medeiros.

Os demais pedidos do autor e as razões recursais da empresa de transporte serão analisados em conjunto.

A respeito das empresas de transporte, o Código Civil (art. 741) estabelece que elas se responsabilizam pelo serviço na forma contratada e, em caso de interrupção da viagem, devem realizar o transporte em veículo de mesma categoria, comprometendo-se, ainda, a arcar com as despesas advindas da espera do novo transporte.

Diante disso, não resta dúvida de que a empresa transportadora tem a obrigação de concluir o transporte do modo contratado, responsabilidade que somente é ilidida em caso de força maior.

No caso dos autos, a parte autora comprovou que adquiriu passagem aérea para embarque em 30.10.2009, às 21h30min. (f. 15-6), e somente embarcou em 31.10.2006, às 11h15min., chegando ao seu destino, portanto, apenas no dia seguinte.

A empresa requerida, por sua vez, afirma que as remarcações do voo decorreram por força maior, pois, em virtude do intenso tráfego, houve necessidade de reestruturação da malha aérea, não obtendo ela autorização das torres de controle para decolagem.

Ocorre que a alegada força maior não foi de nenhuma maneira comprovada nos autos, sobretudo porque a mera transcrição de notícias veiculadas na *internet* não é suficiente para provar o cancelamento da decolagem.

Assim, evidente a responsabilidade da empresa transportadora pelos danos causados ao autor pela não prestação do serviço conforme contratado.

No que concerne aos danos materiais, não obstante a empresa recorrente argumente que não restaram demonstrados, não é isso o que se extrai dos autos.

O autor juntou o documento de f. 20, que demonstra os gastos que teve com o frigobar do Hotel Blue Tree Convention Ibirapuera no dia e horário em que ficou hospedado por causa das alterações do embarque, os quais devem ser ressarcidos pela empresa de transporte, uma vez que o art. 741 do Código Civil, anteriormente citado, é claro quanto à responsabilidade do transportador, inclusive pelas despesas com estada e alimentação do consumidor.

Portanto, as despesas com frigobar (R$ 20,50 - f. 20) deverão ser restituídas ao autor.

No que tange à indenização pelos danos morais, é certo o seu cabimento, porquanto se tem entendido que os transtornos decorrentes de atraso e alterações de voo, como ocorre no caso em apreço, não se tratam de meros aborrecimentos.

A propósito, esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO. RESPONSABILIDADE. ATRASO DE VÔO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VALOR RAZOÁVEL. INTERVENÇÃO DO STJ DESNECESSÁRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (STJ, AgRg no Ag n. 1297315/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 9.11.2010).
>
> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO DE VÔO INTERNACIONAL - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM DETRIMENTO DAS REGRAS DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. CONDENAÇÃO EM FRANCO POINCARÉ - CONVERSÃO PARA DES - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE.
>
> 1 - A responsabilidade civil por atraso de vôo internacional deve ser apurada a luz do Código de Defesa do Consumidor, não se restringindo as situações descritas na Convenção de Varsóvia, eis que aquele traz em seu bojo a orientação constitucional de que o dano moral é amplamente indenizável.

> 2. O dano moral decorrente de atraso de vôo prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se, *in re ipsa*, por força do simples fato da sua violação em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro.
>
> 3 - Não obstante o texto Constitucional assegurar indenização por dano moral sem restrições quantitativas e do Código de Defesa do Consumidor garantir a indenização plena dos danos causados pelo mau funcionamento dos serviços em relação ao consumo, o pedido da parte autora limita a indenização ao equivalente a 5.000 francos poincaré, cujos precedentes desta Egrégia Corte determinam a sua conversão para 332 DES (Direito Especial de Saque).
>
> 4 - Recurso Especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp n. 299532/SP, Rel. Min. Honildo amaral de Mello Castro, julgado em 27.10.2009).

No caso em análise, é certo que o atraso do voo fez com o autor ficasse várias horas no saguão do aeroporto, durante a madrugada; permanecesse mais uma manhã na cidade de São Paulo; além dos aborrecimentos com várias remarcações de decolagem, sem saber exatamente quando iria embarcar.

Logo, mantém-se a indenização pelos danos morais.

No que se refere ao valor indenizatório, tem-se que a quantia fixada pelo magistrado de primeiro grau (R$ 3.000,00) é razoável e atende aos fins a que se destina, quais sejam, recompensar o ofendido pelos transtornos a ele causados e punir o ofensor pela prática do ato ilícito.

Aliás, em caso semelhante, o Des. Luiz Carlos Santini bem abordou a questão:

> É sabido que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser fixado a título de indenização por dano moral; deve-se constituir em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.
>
> Dessa forma, entendo que o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) atende perfeitamente ao intuito de amenizar os dissabores sofridos pela parte apelante e ao mesmo tempo provocar efeitos no patrimônio da empresa apelada, estimulando-o a uma postura mais cuidadosa em casos similares a este. (TJMS, AC n. 2008.036926-9, Segunda Turma Cível, julgado em 17.3.2009).

Quanto ao pedido da empresa de transporte de incidência da correção monetária sobre o valor do dano moral a partir da prolação da sentença, constata-se que o recurso deve prosperar, aplicando-se o disposto na Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.*"

Nesse sentido, esta Turma tem se manifestado:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL E ESTÉTICO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO CORRETAMENTE FIXADO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA DATA DO ARBITRAMENTO – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – HONORÁRIOS INDEVIDOS.
>
> 1. A empresa que presta serviço público responde de forma objetiva pelos danos causados a seus usuários e decorrentes de sua atividade.
>
> 2. Mantém-se o quantum indenizatório a título de danos morais e estéticos, posto que estimado em valor compatível com a dor e o sofrimento experimentados pela vítima, sem implicar em enriquecimento de quem o reclama, além de incutir no responsável o temor de reincidir no mesmo fato.

3. A correção monetária do valor da indenização por dano moral incide a partir da data do arbitramento.

4. Não havendo resistência do denunciado, descabe a sua condenação em honorários advocatícios. (TJMS, AC n. 2009.004542-7, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, julgado em 9.3.2010).

Determina-se, portanto, que a correção monetária sobre o montante da indenização por danos morais incida a partir da data do arbitramento.

No que se refere aos ônus de sucumbência, mantêm-se conforme fixados na sentença, visto que ambas as partes foram vencedoras e vencidas, e o magistrado determinou, de acordo com as peculiaridades do caso, que as custas e despesas processuais sejam pagas na proporção de 20% pelo autor e 80% pela requerida, com honorários em R$ 1.000,00.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso interposto por Felipe David Medeiros e dá-se provimento em parte à apelação de Gol Transportes Aéreos Ltda., apenas para determinar que o termo inicial de incidência da correção monetária sobre o montante da indenização pelo dano moral seja a data do arbitramento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE FELIPE DAVID MEDEIROS E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE VRG LINHA AÉREAS S/A E GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 22 de março de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.011441-0 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO MEDICAMENTO PARA PACIENTE GRÁVIDA – CULPA NÃO DEMONSTRADA – MEDICAÇÃO COMUMENTE UTILIZADA EM GESTANTES – EXAME LABORATORIAL DE ULTRASSONOGRAFIA QUE NÃO APONTOU A GRAVIDEZ – CRIANÇA PORTADORA DE PARALISIA CEREBRAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Na ação de indenização com fundamento na responsabilidade civil por erro médico, exige-se a demonstração da conduta ilícita por imperícia, negligência ou imprudência por parte do médico e do nexo de causalidade.Ausentes quaisquer desses pressupostos, não há como reconhecer a responsabilidade civil.

Não havendo demonstração do liame entre o resultado danoso causado à criança – paralisia cerebral – e a ação ou omissão do profissional, bem assim o dano resultante do exame de ultrassonografia ao não detectar a gravidez da paciente, afasta-se o dever de indenizar ante a ausência de culpa.

O dever de responder pelo dano surge com a demonstração inequívoca de que o comportamento do agente foi preponderante para o resultado danoso, concluindo-se que a relação causal – causa e efeito –, indispensável à imputação da responsabilidade, não foi comprovada.

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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 3 de março de 2011.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Elisangela Silvério Melhado e Flávia S. Torquato de Lima, esta última representada por sua mãe, inconformadas com a sentença proferida nos autos da Ação de Reparação de Danos e Indenização por Erro Médico, que movem contra o Centro de Diagnóstico Campo Grande e Lenice Garcia Brandão, apelam e este Tribunal.

Sustentam, em síntese, que: houve erro de diagnóstico na ultrassonografia realizada no Centro de Diagnóstico Campo Grande, não sendo constatada a gravidez da primeira apelante; a médica Lenice Garcia Brandão, ignorando a gestação da apelante, prescreveu medicação contraindicada para gestantes, acarretando as lesões neurológicas na segunda apelada; as bulas dos remédios indicados pela médica apelada, especialmente

do Algi-danilon, contraindica o seu uso no primeiro trimestre da gravidez; o documento de f. 101, juntado pela apelada, relata lesão do 8º par craniano pelo uso da Gentamicina (sal do medicamento Garamicina), no primeiro trimestre de gestação. Por fim, pugnam pelo conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença condenando os apelados a ressarcir as apelantes pelos danos materiais e morais sofridos em razão da lesão decorrente do erro médico, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Os apelados apresentaram contrarrazões às f. 651-7 e 660-71.

Parecer de douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Elisangela Silvério Melhado e Flávia Silvério Torquato de Lima, esta última representada por sua mãe, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na Ação de Reparação por Danos e Indenização por Erro Médico, ajuizada em desfavor de Centro de Diagnóstico Campo Grande e Lenice Garcia Brandão.

As apelantes alegam que a sentença guerreada deve ser reformada, julgando-se procedente o pedido inicial, para reconhecer a responsabilidade dos apelados pelo erro de diagnóstico na ultrassonografia realizada no Centro de Diagnóstico Campo Grande, bem como por ter a médica apelada prescrito medicamentos contraindicados para gestantes, que acarretaram as lesões neurológicas na segunda apelada.

O magistrado *a quo*, após sopesar os depoimentos testemunhais e os documentos acostados aos autos, especialmente os Laudos Periciais de f. 370-80 e 424-32, chegou à seguinte conclusão:

> [...] Como se vê não é possível afirmar que exista alguma relação de causa e efeito entre os medicamentos prescritos pela segunda requerida (Garamicina 160 mg, Algi-danilon e Dexaclor) com a paralisia cerebral sofrida pela primeira requerente. [...] Como se observa, não há prova do nexo de causalidade entre a paralisia cerebral sofrida pela primeira requerente e a conduta dos requeridos. Ademais, ainda que restasse demonstrada a relação de causa e efeito entre os medicamentos prescritos e a paralisia cerebral sofrida pela primeira requerente, não se pode olvidar que a conduta do médico não é, como regra, de resultado, mas de meios, o que é circunstância relevante para a definição do ônus da prova. [...] Como se observa o ônus da prova da existência do erro médico ou da conduta culposa é das requerentes. Segundo se observa da prova colhida, a conduta da segunda requerida foi a adequada para a situação e de acordo com a técnica necessária. (f. 614-5).

Destarte, o julgador de primeira instância entendeu que os apelados não contribuíram para a ocorrência do evento, ressaltando que a primeira apelante nem *"[...]sequer demonstrou que teve conhecimento durante a gestação das eventuais contra-indicações dos medicamentos que lhe foram prescritas*". Pois bem.

Após detida análise dos autos, mormente da prova pericial e depoimentos das partes, entendo que o recurso não merece provimento.

Conquanto não existam dúvidas em relação à paralisia cerebral sofrida pela segunda apelante, faz-se necessário identificar a existência ou não de culpa – negligência ou imperícia médica – na prescrição dos medicamentos bem como da preponderância do procedimento clínico ministrado para o surgimento da lesão. Também, deve-se perquirir se o desconhecimento da gestação teve influência no tratamento indicado pela médica.

Observando-se o teor do laudo técnico, ao responder os quesitos formulados pelas recorrentes, no tocante ao exame neurológico, o perito respondeu que:

> Tem quadro de discreta hipotonia muscular. Não apresenta distúrbio de equilíbrio ou *deficts* grosseiros de coordenação motora – tendo imitado vários gestos do examinador. A pesquisa de sensibilidade táctil e dolorosa mostra exame dentro do normal. Pesquisa de reflexos apendiculares, normal. Pesquisa de pares cranianos. Aparentemente normal. Existem dados sobre comprometimento auditivo, mas durante o exame, respondeu satisfatoriamente ao contato verbal. De acordo com o exame neurológico realizado durante a perícia do dia 17.9.2004 e também com laudos médicos da Dra. Maria Eulina - neuropediatra anexados ao processo da paciente, a mesma é portadora de Paralisia Cerebral do tipo leve - também chamada mais adequadamente de Encefalopatia Crônica da Infância Não Progressiva que pode estar associada a inúmeras causas. (f. 378)

Com efeito, analisando-se o conjunto probatório, constato que, embora a segunda apelante seja portadora de "Encefalopatia Crônica, ou seja, Paralisia Cerebral", o motivo desta intercorrência não está ligado à negligência ou imperícia médica, podendo estar associada a inúmeras causas, conforme relatado pela perita especialista em neurologia, Drª Elizabeth Marie Tomiyoshi Asato, à f. 372, que realizou estudo detalhado com base em sólidos compêndios de medicina e concluiu que:

> De acordo com a literatura médica, nenhum dos medicamentos prescritos pela Dra. Lenice Garcia Brandão, é passível de provar lesões no Sistema Nervoso Central do feto. Eles, inclusive são utilizados com bastante frequencia na própria Maternidade Cândido Mariano, local onde a Sra. Elisangela foi atendida. No caso da Garamicina, J. Jullio de A. Tedesco, Prof. Titular do Departamento de Obstetrícia e Ginecologia da Santa Casa de São Paulo, em seu livro: **A GRÁVIDA - SUAS INDAGAÇÕES E DÚVIDAS**, diz 'que a Garamicina é o aminoglicosideo indicado na gravidez', pois não tem sido relatados os efeitos ototóxicos e nefrotoxicos descritos para outros, como Canamicina e Estretptomicina. Igualmente não há relatos de teratogenecidade. Quanto ao Algi-danilon, somente é contra-indicado após a 32ª semana de gravidez (f. 375).
>
> Não foi constatada a possibilidade de nexo causa comprovado, i.É., a relação plausível e afirmada entre a ação (medicamentos prescritos e utilizados – Algi-danilon comprimidos (ibuprofeno 200 mg e paracetamol 300 mg); Garamicina injetável (gentamicina em ampolas de 160 mg) e Dexaclor creme vaginal) e o efeito (paralisia cerebral da criança), nas condições de uso citadas as f. 399, 401, 403 e 404 dos autos, tomando-se por base de consideração os ditames e teorias de artigos científicos, de literaturas e de compêndio de farmacologia, citados nas referências do presente relato consubstanciado (f. 430).

Portanto, embora as bulas recomendem a não utilização dos medicamentos *Algi-Danilon* e *Dexaclor* para gestantes, não é possível afirmar a existência de nexo de causalidade entre a prescrição dos medicamentos supracitados e a paralisia cerebral sofrida pela segunda apelante. Tal conclusão restou patente no laudo de f. 373, por ocasião da resposta ao quesito *"e"*, *in verbis*:

> e) Considerando a grande variedade de causas que podem provocar lesões neurológicas no Sistema Nervoso Central de recém nato e ainda baseado no quadro analisado e de acordo com os conhecimentos científicos, os senhores peritos poderiam afirmar que esta lesão neurológica do feto tenha sido ocasionada pelo uso de medicamentos prescritos?
>
> Não, Não se pode afirmar de forma alguma a causa precisa da disfunção observada na criança. (Grifado.)

Destarte, o laudo pericial foi esclarecedor, em todos os aspectos, deixando claro que a conduta do médico foi pautada dentro dos parâmetros da normalidade, não se podendo concluir pela existência de causalidade entre a medicação prescrita pela médica apelada com o atual quadro clínico da segunda apelante.

Nem mesmo poder-se-ia imputar qualquer culpa à médica, pelo fato de que, conforme demonstrado nos autos, ainda que fosse conhecido o estado gestacional da paciente, a prescrição dos medicamentos em comento não ensejaria o alegado risco à saúde da criança, uma vez que estes medicamentos são utilizados em pacientes gestantes e não gestantes. Conforme esclarecimento prestado pelo médico César Luiz Galhardo, *in verbis*: *"[...] é comum a utilização de garamicina e algi-danilon em pacientes gestantes e não-gestantes; esclarece que a garamicina independe da fase da gestação, enquanto que o algi-danilon, por ser um anti-inflamatório pode ser utilizado até 32 semanas, sendo que nos casos de polidraminion pode também ser usado a partir da 32ª semana; não há contra-indicação de dexaclor para gestante*" (f. 548).

Da mesma forma, restou consignado no laudo pericial, à f. 372, que os medicamentos em questão "*são utilizados com bastante frequencia na própria Maternidade Cândido Mariano, local onde a Sra. Elisângela foi atendida.*"

Demais disso, esclareceu a perita, especialista em Neurologia, que diversas são as causas de lesões neurológicas no sistema nervoso central de um recém-nascido, esclareceu ainda que:

> [...] genéticas ou hereditárias, hipoxico-isquêmicas (hipotensão), eclampsia, hemorragia com ameaça de aborto, despreendimento prematura da placenta, má posição do cordão umbilical, rubéola, toxoplasmose, lues, citomegalovirus listeriose, HIV1, metabólicas, diabetes, desnutrição, tóxicas, medicamentos, drogas, malformação congênita, físicas (radições, raio x)" perinatais (por ocasião do parto) "parto distocico, asfixia (hipoxia ou anoxia) hemorragia intracraniana, prematuridade e baixo peso, icterícia grave (hemolítica ou por incompatibilidade), infecção pelo canal do parto" e aquelas pós-natais (meningoencefalites bacterianas ou virais, traumatismo crânio encefálico, encefalopatias desmielinizantes - pós vacinais e pós infecciosas, processo vasculares, desnutrição, síndrome epilepticas (West e Lennous Gaustant) e status epilepticus[...]" esclarece ainda que: "a encefalopatia bilirrubinica é uma entidade que surge como consequência de intoxicação aguda pela bilirrubina, pigmento que está aumentado quando a criança apresenta icterícia - no período após o nascimento e que pode causar uma encefalopatia crônica não progressiva ou um retardo no desenvolvimento neuropsicomotor com surdez", bem como que a primeira requerente apresentava icterícia ao receber alta após o nascimento e que ela "apresenta um quadro clínico compatível com essa causa. (f. 372-5)

Neste sentido, a jurisprudência é cristalina nos Tribunais pátrios, *in verbis*:

> EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - NÃO DEMONSTRAÇÃO - AUSENCIA DE NEXO CAUSAL - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Na ação de indenização com fundamento na responsabilidade civil por erro médico, exige-se a demonstração do dano sofrido pelo paciente, da conduta ilícita por imperícia, negligência ou imprudência por parte do médico e do nexo de causalidade. A ausência de qualquer desses pressupostos impede o reconhecimento da responsabilidade civil. Inexistindo nexo causal entre os danos apontados e qualquer possível erro praticado pelo médico, afastada está ainda a responsabilidade objetiva do hospital. (TJMG, AC n. 1.0702.03.082961-9/001(1), Uberlândia, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Arnaldo Maciel, julgado em 9.2.2010, DJ de 12.3.2010).

> EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - NÃO CONFIGURAÇÃO - CULPA DO PROFISSIONAL NÃO COMPROVADA - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Na ação de indenização com fundamento na responsabilidade civil por erro médico a certeza há de vir na tríplice realidade, consistente no dano sofrido pelo paciente, na conduta ilícita por imperícia, negligência ou imprudência por parte do médico e no nexo de causalidade. A ausência de qualquer desses pressupostos impede o sucesso do pedido reparatório. Não comprovado o erro de conduta do médico requerido, nem o nexo causal entre os danos apontados e qualquer ato por este praticado, há de ser julgada improcedente a ação indenizatória. (TJMG, AC n. 2.0000.00.509.285-9/000, da Comarca de Ipatinga, julgado em 1.12.2005).

> EMENTA: INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - AUSÊNCIA DE IMPERÍCIA MÉDICA - DANOS - INOCORRÊNCIA - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Em regra a atividade médica não responde pelo alcance de um resultado específico. Não demonstrada a existência de procedimento irregular da conduta médica, nem mesmo de qualquer dano causado ao paciente, inexiste falar em indenização a título de danos morais. (TJMG, AC n. 1.0049.02.001716.3.001, Comarca de Baependi, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - CONDUTA ANTIJURÍDICA - AUSÊNCIA DE PROVA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. - Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente ou o risco, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. - Não havendo a parte autora se desincumbido do seu ônus de provar a alegada conduta antijurídica por parte do médico, restando demonstrada nos autos a sua atitude prudente e cautelosa no tratamento realizado na paciente, não há que se falar em responsabilidade civil e, por conseguinte, em dever de indenizar. (TJMG, AC n. 1.0596.06.029634-7/001, Santa Rita do Sapucaí, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Lucas, julgado em 14.8.2008).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - AUSÊNCIA DE CULPA 1. A prestação de serviços médicos, via de regra, afigura-se como obrigação de meio e não de resultado, haja vista que o profissional não pode assegurar, salvo raras exceções, o sucesso do tratamento a que se submete o paciente, não se eximindo, todavia, do dever de vigilância aos cuidados mínimos de sua atividade técnica. (RJTAMG 63/384). 2. A procedência da ação de indenização por erro médico subsume-se a prova do culpa do profissional. Sem a demonstração do elemento subjetivo da responsabilidade civil, seja ele na forma de imperícia, imprudência ou negligência, afastada está a responsabilidade indenizatória. (TAMG, AC n. 0356751-7, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Juiz Nepomuceno Silva, DJ de 2.4.2002).
>
> INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - PROVA É do autor, a teor do disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Não tendo logrado demonstrar que do procedimento cirúrgico levado a efeito pelos apelados decorreu a lesão, impõe-se o decreto de improcedência da demanda. (TJMG, AC n. 448.080-0 da Comarca de PASSOS, Décima Quinta Câmara, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, julgado em 14.4.2005). Se não houve prova da negligência, imprudência ou imperícia no procedimento cirúrgico ao qual foi submetido a paciente bem como se não demonstrado o nexo de causalidade da lesão com a conduta médica, impõe-se a improcedência da ação de indenização por erro médico. (TAMG, AC n. 460.650-6, Comarca de Barbacena, Nona Câmara Cível - NEGAR PROVIMENTO – Relª. Juíza Márcia de Paoli Balbino, julgado em 27.8.2004).

Desse modo, constata-se o total acerto da sentença de primeiro grau ao julgar improcedentes os pedidos, visto que não há qualquer comprovação da relação de causalidade entre a ação da médica, ora recorrida e o dano causado à menor recorrente.

O mesmo se aplica com relação ao segundo recorrido – Centro de Diagnóstico Campo Grande –, ao qual foi atribuído o erro de diagnóstico no exame de ultrassonografia realizado na primeira recorrente e não detectou sua gravidez.

Como observado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, ao mencionar a ausência de responsabilidade da segunda recorrida no tocante ao erro de diagnóstico, *in verbis*:

> Ocorre que, consoante aduzido pela perita (f. 376), o tempo necessário para a detecção de gravidez nos exames de ultra-som transvaginal é de quatro semanas e três dias e, considerando que em 30.1.1997 a apelante encontrava-se há sete semanas e dois dias sem menstruar (51 dias, conforme detectado no exame realizado em 30.1.1997 – f. 28), e que essa é a base de cálculo para se aferir a possibilidade de o exame detectar a gravidez, é possível dizer que em 9.1.1997, quando foi submetida ao exame na empresa recorrida, estava com 30 dias de amenorréia, isto é, 4 semanas e 2 dias.

> Assim, é certo que, embora o intervalo de tempo seja de apenas um dia, o exame não poderia diagnosticar o estado gravídico.
>
> [...]
>
> De outra banda, ainda que se admitisse o erro de diagnóstico, não haveria nexo de causalidade, o qual somente estaria presente caso o alegado erro fosse causa determinante, aliada à prescrição dos fármacos, para a ocorrência da paralisia cerebral diagnosticada na infante. (f. 701)

Veja-se, a respeito:

> APELAÇAO CÍVEL. AÇAO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PERDAS E DANOS. ERRO NO RESULTADO DO EXAME. NEXO CAUSAL E CULPA. AUSÊNCIA DE PROVA. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. PERDAS E DANOS NAO COMPROVADOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISAO UNÂNIME.
>
> Não tendo o autor demonstrado o nexo de causalidade entre os danos e os fatos narrados na inicial, bem como a ilicitude do ato imputado ao Hemocentro-réu, a improcedência do seu pedido se impõe. (TJSE, AC n. 2009.20400-5, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Osório de Araújo Ramos Filho, julgado em 1.6.2009).

Com efeito, não há liame entre o resultado danoso causado ao paciente e a ação ou omissão do profissional, bem assim do exame de ultrassom, sendo certo que o dever de responder pelo dano surge com a demonstração inequívoca, de que o comportamento do agente foi preponderante para prejudicar a saúde daquele que se encontrava sob seus cuidados.

Tem-se, portanto, que o resultado indesejado – paralisia cerebral da recorrente – não foi provocado pela recorrida ou mesmo pelo diagnóstico emitido pelo segundo recorrido, mas foi desencadeado por situações outras, que muito se distanciam da esfera da responsabilidade do profissional – que prescreveu os medicamentos e da clínica – que não apontou o estado gravídico da primeira recorrente. Ou seja, a relação causal – causa e efeito –, indispensável à imputação da responsabilidade, não foi comprovada no caso vertente.

Por tais razões, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença de primeiro grau.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 3 de março de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.035266-6 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – NOTIFICAÇÃO EXPEDIDA EM INQUÉRITO CIVIL QUE RESULTOU NA RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE – DANO MATERIAL COMPROVADO – AUSÊNCIA DE DOLO OU FRAUDE DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AGENTE POLÍTICO – RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO – DANO MORAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A expedição de notificação dando publicidade a inquérito civil instaurado pelo Ministério Público não tem o condão de causar dano ao particular, mas de proteger a coletividade.

O membro do Ministério Público será civilmente responsável tão somente quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, exclui-se, portanto, o ato meramente culposo, ainda que a culpa seja grave.

A teoria do risco administrativo, insculpida no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, implica a responsabilidade objetiva do Estado quando houver dano sofrido pelo indivíduo em razão do funcionamento do serviço público.

Presentes as provas da conduta do agente e do liame entre esta e o prejuízo suportado pelas partes, ausentes as causas excludentes, é certo o dever de indenizar.

O mero dissabor das contrariedades da vida em sociedade e o prejuízo material, por si só, não comprovam o dano moral.

Recurso parcialmente provido.

EMENTA - RECURSO ADESIVO – MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – OBSERVAÇÃO DO ARTIGO 20, §§ 3º E 4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DEFESA ÚNICA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O valor arbitrado é único para a remuneração dos patrocinadores do recorrente, sejam eles quantos forem, visto que atuaram em conjunto e a defesa é única.

Muito embora não tenha havido condenação, o valor dos honorários de sucumbência devem observar a natureza da lide, o tempo nela despendido, a qualidade do trabalho, e a necessidade de remunerar o profissional com dignidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Isidoro Moraes e Consil Engenharia Ltda. interpuseram o presente recurso de apelação, irresignados com a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição que julgou improcedente a pretensão indenizatória deduzida contra Amilton Plácido da Rosa e o Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de ato do primeiro apelado que teria implicado no insucesso da alienação da Fazenda Ponderosa a Janete Souza Moraes, pelo valor de R$975.000,00 (novecentos e setenta e cinco mil reais).

Afirmam que o primeiro apelado, na própria defesa, confessa a intenção de inibir qualquer operação de compra e venda; enviou notificação aos Cartórios de Registro de Imóveis com o objetivo de proteger consumidores da dilapidação patrimonial que pudesse ser promovida pelos apelantes, o que caracteriza o dolo extraprocessual, pois nem sequer havia ação civil pública.

Ressaltou que o ato danoso foi anulado por este Tribunal de Justiça, por meio do Mandado de Segurança n. 2001.005316-0, onde restou consignado que o representante do Ministério Público extrapolou nas suas atribuições quando enviou as notificações.

Ponderou que o ato do apelado Amilton Plácido da Rosa violou as garantias constitucionais da propriedade e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Destacou que o dano, decorrente da desistência, de Janete Souza Moraes, de comprar a Fazenda Ponderosa, está devidamente comprovado nos autos, os quais enumera.

Alegou que o dano moral é explícito, tanto em razão da violação da garantia constitucional de propriedade sem o devido processo legal e ampla defesa, quanto em razão do constrangimento decorrente da impossibilidade de vender algo que é seu, é explícito, e é agravado porquanto os compradores são vizinhos de fazendas e consequentemente pessoas que, até mesmo por conta da vizinhança, devem manter contatos sinceros e de lealdade.

Lembrou que o Estado responde objetivamente pelos danos de seus agentes e, comprovado o ato danoso, o dano e o nexo de causalidade, há que se reformar a sentença de primeiro grau de jurisdição.

Finalizou, requerendo o provimento do apelo para julgar procedentes os pedidos da inicial, condenando os apelados ao pagamento dos danos materiais e aos danos morais, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Contrarrazões do apelado Amilton Plácido da Rosa pelo improvimento do recurso.

Contrarrazões do Estado de Mato Grosso do Sul pelo improvimento do recurso.

Amilton Plácido da Rosa apelou adesivamente, oportunidade em que se insurgiu contra o valor arbitrado a título de honorários sucumbenciais, visto que, levando em conta o grau de dedicação e zelo, deveria ser fixado em vinte por cento sobre a estimativa da petição inicial.

Colacionou jurisprudência.

Finalizou, requerendo o provimento do recurso adesivo, a fim de majorar os honorários sucumbenciais para valor compreendido entre dez e vinte por cento do valor da ação a cada um dos profissionais detentores de mandados procuratórios dos requeridos.

Contrarrazões, pugnando o improvimento do recurso.

Parecer ministerial opinando pelo improvimento do recurso de Isidoro Moraes e Consil Engenharia Ltda. e pelo provimento parcial do recurso adesivo de Amilton Plácido da Rosa.

VOTO (EM 9.12.2011)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Isidoro Moraes e Consil Engenharia Ltda., irresignados com a sentença de improcedência dos pedidos proferida em primeiro grau de jurisdição.

Alegam que o apelado Amilton Plácido da Rosa, no exercício do cargo de Promotor de Justiça, extrapolou suas atribuições e enviou notificação aos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca de Campo Grande para que informassem aos possíveis compradores de bens dos apelantes que o ato negocial poderia ser anulado em razão de ação civil pública que nem sequer havia sido proposta.

Por este motivo, a Fazenda Ponderosa deixou de ser comprada por Janete Souza Moraes, que desistiu do negócio no momento de assinar a escritura, pois foi informada pelo Oficial do teor da notificação encaminhada pelo Promotor de Justiça.

Consta à f. 23 dos autos cópia da proposta para compra de imóveis onde Janete Souza Morais oferece R$ 975.000,00 (novecentos e setenta e cinco mil reais) a serem pagos integralmente no momento da lavratura da escritura, pela compra do imóvel denominado Fazenda Ponderosa, com a área de quatrocentos e dezessete hectares, datada de 23 de maio de 2001, assinada pela proponente compradora e pelo apelante Isidoro Moraes, na condição de vendedor.

É incontroverso nos autos que o representante do Ministério Público encaminhou a notificação n. 67/2001 (f. 72), datada de 5 de junho de 2001, aos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca de Campo Grande, afirmando ter a finalidade de instruir o Inquérito Civil n. 009/97 e solicitando, além de informações e certidões sobre bens dos apelantes, o seguinte:

> Informar aos possíveis compradores de imóveis em nome da empresa Consil Engenharia Ltda ou de Isidoro Moraes que há nesta Promotoria de Justiça o Inquérito Civil n. 009/97, prestes a se transformar em Ação Civil Pública, visando a anulação de ações telebrás adquiridas ilegalmente pela referida empresa, para que não aleguem ignorância futura em razão de possível anulação da venda, por ter sido feita em prejuízo dos lesados.

Em momento algum o apelado, membro do Ministério Público Estadual, afirma a impossibilidade de que se realize a alienação de bens imóveis; o que se observa, entretanto, é a intenção de dar ciência a todos os interessados da tramitação de inquérito civil, a fim de preservar direitos dos consumidores e alertar eventuais compradores de possibilidade de empecilho futuro.

Certamente, o ato acabou por implicar restrição aos direitos inerentes à propriedade, por constituir obstáculo à venda do imóvel denominado Fazenda Ponderosa, considerando que não só a notícia de que o bem pudesse ser objeto de futuro litígio já desestimula, por si só, o dispêndio de grande quantia para aquisição do bem, como a forma que o comprador recebeu a informação da existência da notificação, visto que, como

se comprovou nos autos, o Notário se recusou a lavrar a escritura de compra e venda, entendendo que se encontrava proibido pelo Ministério Público:

> No dia de assinar a escritura, foi informado por Carlos, escrivão do 7º ofício, que havia sido comunicado pelo Ministério Público de que não deveria realizar a venda sob pena de responsabilidade pessoal e do cartório. O depoente não se recorda se naquele dia já havia algum comunicado por escrito, mas o notário declarou que não praticaria o ato de forma alguma. (testemunha Sérgio Fernandes Rodrigues Neto, corretor de imóveis que atuou na venda da fazenda, f. 353).

O Notário Carlos Roberto Taveira foi ouvido nos autos, à f. 318, onde confirmou que informou imediatamente às partes da notificação, assim que recebida via *fax*.

Observa-se, ainda, que a escritura seria lavrada no Cartório de Notas, o qual recebeu a notificação ministerial, entretanto não foi informado da liminar concedida no Mandado de Segurança n. 2001.005316-3, para o não atendimento da notificação, conforme relato do próprio Oficial do Cartório do 7º Ofício (f. 318), visto que foi dirigido aos Cartórios de Registro Imobiliário da Capital, o que se confirma com a cópia da decisão proferida naqueles autos (f. 87-8).

Portanto, resta comprovado nos autos que a notificação do Ministério Público ensejou o desfazimento do negócio de compra e venda da Fazenda Ponderosa.

O prejuízo resta evidente nos autos ao passo que, pela Fazenda, seria pago o valor de R$ 975.000,00 (novecentos e setenta e cinco mil reais), a vista, enquanto foi avaliada pela Secretaria da Receita Federal em R$ 493.000,00 (quatrocentos e noventa e três mil reais), conforme consta no Documento de Informação e Apuração do Imposto Territorial Rural (f. 40-4).

O ato do membro do Ministério Público de notificar os Cartórios de Registro de Imóveis foi objeto do mandado de segurança, registrado sob n. 2001.005316-3, onde restou decidido pela ilegalidade; entretanto, é certo que o apelado Amilton Plácido da Rosa agiu no exercício de seu *munus* público, visto que o Ministério Público pode, no exercício de suas funções, dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas, conforme dispõe o artigo 26, VI, da Lei n. 8.625/93, o que se repete na Lei Estadual n. 72/94, artigo 27, inciso VI.

O artigo 26 da Resolução Normativa n. 005/97, de 25 de agosto de 1997, expedida pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, dispõe:

> Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade, com exceção dos casos em que recaia sigilo legal ou que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações.

Ou seja, o representante do *Parquet* nada mais fez do que dar publicidade ao inquérito civil instaurado contra os apelantes, entretanto foi entendido pelos Registradores que o receberam como verdadeiro protesto contra alienação de bens, ordem que poderia ser expedida apenas pelo Poder Judiciário.

A Registradora averbou a informação ministerial, em consequencia, nas matrículas dos imóveis da propriedade dos apelantes, inclusive na matrícula da Fazenda Ponderosa, com o seguinte texto (f. 26, 27, v, 28, v, 29, v, 32, v, 34, v, 35, 38):

> CERTIFICO que o imóvel objeto desta matrícula, tem sua situação com referência a ALIENAÇÕES E CONSTITUIÇÕES DE ONUS REAIS, ATÉ A PRESENTE DATA, integralmente noticiados na presente cópia. [...]

Ou seja, a notificação ministerial acabou por constituir verdadeiro ônus sobre o imóvel, de onde se concluiu por sua ilegalidade no mandado de segurança em comento, trazendo prejuízo aos apelantes; entretanto não pode o membro do Ministério Público ser responsabilizado pelo prejuízo causado.

Isto porque o artigo 85 do Código de Processo Civil dispõe que o órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.

O dolo ou fraude, de prejudicar os apelantes, não está presente, visto que o que se buscava era tão somente a proteção do consumidor e que uma solução justa fosse dada ao impasse, porquanto é função do membro do Ministério Público a promoção da justiça.

Segundo Celso Agrícola Barbi[1]:

> Refere-se a lei ao órgão, no sentido de pessoa, porque a responsabilidade aí regulada não é da instituição, mas pessoal, do indivíduo, que, no exercício da função, cometeu a falta especificada na lei processual.
>
> A responsabilidade prevista no artigo tem como pressupostos: A) ação ou omissão no exercício da função; b) ter a pessoa agido com dolo ou fraude, **excluindo-se, portanto, o ato meramente culposo, ainda que a culpa seja grave**; c) existência de prejuízo econômico para o interessado.

Nos dizeres de Nelson Nery Junior[2]:

> Os membros do MP são agentes políticos e, assim, como ocorre com os juízes, somente respondem por responsabilidade, quando agem com dolo ou fraude no exercício de sua função. Não estão sujeitos a responsabilidade quando agem com culpa. As hipóteses de responsabilidade dos juízes e do MP são arroladas *numerus clausus*, taxativamente, não comportando ampliação.

Não resta dúvida que no caso em testilha houve culpa do membro do Ministério Público, cuja conduta causou prejuízo aos apelantes, entretanto não agiu com dolo ou fraude que justifique a responsabilização pessoal, visto que a intenção pura e simples de prejudicar os apelantes não ocorreu de forma alguma.

O representante do Ministério Público agiu no exercício regular de suas funções, porém, ainda assim, culposamente, causou prejuízo aos apelantes, o que acaba por implicar a responsabilização do Estado de Mato Grosso do Sul.

Isto porque, segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De acordo com a teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado é objetiva, quando houver dano sofrido pelo indivíduo em razão do funcionamento do serviço público; para tanto, basta que se visualize o dano sofrido pelo indivíduo e o liame entre este e a conduta do agente; o que foi acima analisado, visto que a conduta do membro do Ministério Público trouxe prejuízo aos apelantes, ao passo que, em razão da notificação 67/2001 (f. 72), os apelantes viram a compradora da Fazenda Ponderosa desistir da transação em que pagaria, à vista, praticamente o dobro do valor da avaliação para cálculo do Imposto Territorial Rural.

1 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 293 vil. I.

2 NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Editora RT, 2006. p. 277.

Cumpre aqui esclarecer que a demora de quinze dias, extrapolando em cinco dias o prazo para a lavratura da escritura, deveu-se à necessidade de obtenção de documentos exigidos pela compradora do vendedor; de fato, conforme demonstrado acima, foi a notificação do Ministério Público que fez com que Janete Souza Moraes desistisse da compra.

Na insuficiência de dado mais concreto sobre a data do efetivo prejuízo, ou seja, da desistência do negócio de compra e venda, bem como diante da informação de que este se deu assim que as partes tiveram notícia do procedimento ministerial, adoto como data do efetivo prejuízo aquela em que foi averbada na matrícula do imóvel o teor do ofício subscrito pelo *Parquet*, ou seja, 19 de setembro de 2001 (f. 25-38).

O valor da indenização deverá, entretanto, ser apurado em liquidação por artigos para se encontrar o valor do efetivo prejuízo suportado pelos apelantes, tendo como parâmetro a proposta de venda frustrada e o preço obtido pela Fazenda Ponderosa com a alienação noticiada à f. 317 destes autos.

Já o dano moral não restou devidamente comprovado nos autos, visto que o mero dissabor, provocado por contrariedades do cotidiano, da vida em sociedade, não é suficiente, por si só, para comprovar a ocorrência de dano extrapatrimonial.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Isidoro Moraes e Consil Engenharia Ltda. e dou-lhe parcial provimento para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização por dano material, cujo valor será apurado em liquidação por artigos.

Condeno o Estado de Mato Grosso do Sul, ainda, ao reembolso das despesas processuais despendidas pelos apelantes, corrigidas monetariamente com base na variação do INPC/IBGE, a partir de cada desembolso, e ao pagamento dos honorários advocatícios que arbitro em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do que dispõe o artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Quanto ao recurso adesivo interposto por Amilton Plácido da Rosa, tenho que merece prosperar.

Isto porque os honorários sucumbenciais foram fixados em R$ 1.000,00 (mil reais); entretanto, muito embora não esteja vinculado ao valor da causa em razão da ausência de condenação, foi dada a esta o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), além do que deve ser considerado que a instrução processual e recursos que demandaram maior dedicação do advogado do recorrente, mostrando-se o valor arbitrado em sentença insuficiente para remunerar dignamente o causídico; entretanto, o valor arbitrado será único para a remuneração dos patrocinadores do recorrente, sejam eles quantos forem, visto que atuaram em conjunto e a defesa é única.

Assim, conheço do recurso adesivo e dou-lhe parcial provimento para majorar os honorários sucumbenciais devidos aos patronos de Amilton Plácido da Rosa para o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO REVISOR, DES. LUIZ TADEU BARBOSA SILVA, APÓS O RELATOR PROVER PARCIALMENTE OS RECURSOS. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 10.2.2011)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Revisor)

Os apelantes buscam reformar a sentença que julgou improcedentes os pedidos de danos materiais e morais formulados em desfavor de Amilton Plácido da Rosa e Estado de Mato Grosso do Sul.

Ouvi atentamente o voto do d. Relator, mas, após minuciosa revisão do feito sou compelido a contrariá-lo por não encontrar nos autos proficiência das provas quanto aos danos materiais que os apelantes dizem ter sofrido.

Vejamos.

Na inicial os apelantes relataram:

> [...] Estando em vias de concretizar a venda de uma área de terras rurais de sua propriedade,[...] firmou em 23 de maio de 2001, com a Sra. Janete Souza Moraes, proposta de compra da referida área, pela importância de R$ 975.000,00 (novecentos e setenta e cinco mil reais) à vista e no ato da lavratura da escritura (doc. anexo).
>
> Todas as medidas preliminares e necessárias à celebração da escritura definitiva foram realizadas, dando plena condição para a viabilidade da compra e venda, chegando a Sra. Janete, inclusive, a realizar obras na referida área, tais como, início da reforma do barracão das baias, retirando totalmente o madeiramento e as telhas existentes, demolição de alvenaria para retira das grades das janelas existentes nos mesmos, conforme se ilustra com as fotos (doc. anexo), o que, posteriormente veio a ser recomposto pela mesma.
>
> Todavia, no Cartório do 7º Ofício desta Capital, o negócio foi frustrado, tendo a pretensa compradora desistindo da referida compra em virtude de ter tomado conhecimento do oficio encaminhado pelo segundo réu, em 5 de junho de 2001, aos Srs. Tabeliães de Registro de Imóveis de Campo Grande, através do qual notifica os mesmos a prestarem informações aos eventuais compradores de bens dos Autores, especialmente sobre a existência de inquérito civil instaurado (n. 009/97), que estaria prestes a fundamentar ação civil pública, alertando para que, tal ação visaria a anulação de ações Telebrás adquiridas ilegalmente pela empresa autora e que no futuro qualquer alienação realizada pelas Autoras poderia ser anulada (doc**.** anexo). (f. 3).

O ofício do Promotor aos cartórios registrais é o ato indicado como lesivo ao patrimônio dos apelantes, na medida em que inviabilizou a concretização do negócio.

Tenho, no entanto, que a ação do segundo réu não passou de exercício regular de direito.

Aliás, assim também reconhece o e. Relator ao ponderar a ausência do "dolo ou fraude", "***visto que o que se buscava era tão somente a proteção do consumidor e que uma solução justa fosse dada ao impasse, porquanto é função do membro do Ministério Público a promoção da justiça"***.

Ora, o exercício regular de direito é excludente de responsabilidade.

De lado outro, inda que pondere ter o segundo réu agido com excessivo zelo aos interesses difusos, ou mesmo com culpa, o fez desprovido de dolo ou fraude e nesta hipótese não há falar em responsabilidade reparatória.

Neste sentido, inclusive, são os ensinamentos doutrinários citados pelo e. Relator da estirpe de Celso Agrícola Barbi e Nelson Nery Junior**:**

Não estão sujeitos a responsabilidade quando agem com culpa.

Além do fato de testilha, outro ponto é de ser relevado para a preservação da irretocabilidade da sentença: não há prova do dano material.

O documento trazido pelos apelantes não passou de uma proposta de compra proposta de compra, na qual há até mesmo cláusula de arrependimento.

O depoimento judicial confirmando a desistência da proposta de compra não serve como prova do prejuízo material, mormente porque, como dito pelo apelante Isidoro em juízo: "***oito meses depois aproximadamente o declarante vendeu mencionada fazenda a outra pessoa"***, sem fazer qualquer alusão ao valor alcançado na concretização da transação.

Dano material existira caso tivesse demonstrado a exaustão venda por valor aquém ao anteriormente proposto, prova da qual não se desincumbiram.

A variação de valores entre a proposta desfeita, os valores atribuídos para fins de tarifação do ITR e mesmo declarados na Receita Federal estão a demonstrar que qualquer valor obtido acima daqueles indica aumento patrimonial e não depreciação, afastando, desta feita, os danos materiais a que fazem referência.

Com estes fundamentos, divirjo do e. Relator e julgo improcedente o recurso de apelação de Isidoro Moraes e Consil, mantendo-se a sentença em todos seus termos.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O REVISOR.

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, 10 de fevereiro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.034952-5 - Bataguaçu
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – DIREITO DAS SUCESSÕES – ARROLAMENTO – DOAÇÃO DE MEAÇÃO – ESCRITURA PÚBLICA – DESNECESSIDADE DE REGISTRO – TÍTULO ADMITIDO AOS AUTOS DE ARROLAMENTO – ATRIBUIÇÃO DE QUINHÕES AOS DONATÁRIOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Não se exige o registro de escritura pública de doação da meação, efetivada pelo cônjuge sobrevivo em benefícios dos filhos, cujo título deve ser admitido aos autos do arrolamento para efeito de atribuir aos donatários os respectivos quinhões.

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, 24 de fevereiro de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Trata-se de apelação cível interposta por Joji Okidoi em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bataguassu, o qual indeferiu o pedido de inclusão no inventário da doação da meação do cônjuge supérstite, já que é matéria estranha à pretensão jurisdicional, uma vez que diz respeito, exclusivamente, à meação dos bens que pertenciam à falecida, devendo os interessados providenciar o registro da escritura pública de doação da meação perante o Serviço de Registro de Imóveis.

Aduz que o registro de escritura pública de doação de meação não faz parte do rol estabelecido no artigo 167, inciso I, da Lei dos Registros Públicos, de forma que o título não está sujeito à inserção no cadastro imobiliário e serve tão somente para regularizar uma situação dentro dos autos do arrolamento de bens.

Após citar entendimentos doutrinários, ressalta não ser possível nenhuma outra providência quanto à meação cedida pelo viúvo meeiro em favor dos filhos, visto que, como se noticiou, o Kazuto Okidoi faleceu em 17 de novembro de 2007.

Frisa que o fundamento jurídico para que a sentença venha a ser alterada está no artigo 1.028 do Código de Processo Civil, já que não havia transitado em julgado e por tratar-se de processo de jurisdição voluntária, que não envolve litígio, portanto incapaz de causar prejuízo às partes.

Finalizou, requerendo a reforma da sentença, a fim de admitir a escritura pública de cessão de meação em favor dos herdeiros, determinando que seja expedido o formal de partilha na forma apresentada, ou seja, partilhando-se os cinquenta por cento do imóvel em favor dos três herdeiros.

Prequestiona negativa de vigência ao artigo 167, inciso I, da Lei de Registros Públicos e 1.028 do Código de Processo Civil.

Intimada, a Procuradoria da Fazenda Estadual deixou de apresentar contrarrazões (v. certidão de f. 154).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Kazuto Okidoi requereu a abertura de inventário, sob o rito de arrolamento, dos bens deixados em decorrência do falecimento de sua mulher Massako Okidoi, ocorrido em 9 de março de 1997.

Consta que a *de cujus* deixou três herdeiros maiores e capazes e um único imóvel a ser partilhado, constituído de cinquenta por cento de duas casas residenciais, situadas na cidade de São Paulo, Capital, objeto da Matrícula n. 102.358, do 8º Serviço de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo.

Foram apresentadas certidões negativas das Fazendas Federal, Estadual e Municipal e recolhido o imposto de transmissão *causa mortis* (f. 24, 25, 35, 36).

Posteriormente à abertura do arrolamento, o viúvo-meeiro, Sr. Kazuto Okidoi outorgou, em favor de seus três filhos, escritura pública de doação de sua meação, cujo instrumento foi lavrado perante o Serviço Notarial da Comarca de Santo Anastácio, Estado de São Paulo, à f. 147, do Livro n. 226 (f. 46-7-v).

Por essa razão, apresentou novas declarações e plano de partilha, requerendo que o imóvel fosse adjudicado em favor dos herdeiros (f. 41-5), cabendo a cada um deles um terço sobre a metade ideal das duas casas e respectivo lote de terreno.

Em seguida, estabeleceu-se longa e supérflua discussão acerca da obrigatoriedade do recolhimento do imposto sobre a doação da meação, esquecendo-se de que o Notário havia atestado que as partes atribuíram valor inferior a duas mil e quinhentas UFESPs, razão pela qual deixaram de apresentar o comprovante de recolhimento do Imposto Sobre Transmissão de Bens ou Direitos – ITCMD (f. 47).

Determinou-se a averbação do estado civil do Sr. Kazuto Okidoi perante o registro imobiliário, o que foi providenciado (f. 106, 121-3).

Em 27 de abril de 2009, o herdeiro Joji Okidoi requereu sua nomeação como inventariante, em face do falecimento de seu genitor, ocorrido em 17 de novembro de 2007 (f. 118-20).

Adveio então a sentença de f. 124-5 que homologou a partilha, porém somente em relação à meação que pertencia à falecida, ao entendimento de que a doação levada a efeito pelo cônjuge supérstite é matéria estranha ao formal de partilha a ser expedido nos presentes autos.

Ressaltou, o zeloso magistrado que *"após o registro do formal de partilha os interessados deverão providenciar o registro da escritura pública de f. 46-47-V no Registro de Imóveis respectivo, preservando-se o princípio da continuidade dos registros públicos"*.

É justamente contra esse capítulo da sentença, isto é, que considerou a doação levada a efeito pelo viúvo-meeiro como matéria estranha ao arrolamento, que se insurge o inventariante Joji Okidoi.

Portanto, o ponto controvertido reside única e exclusivamente em definir se há obrigatoriedade ou não de registro da escritura pública de renúncia da meação, ou se esse título deve ser admitido aos autos do arrolamento, atribuindo-se aos cessionários os quinhões doados pelo genitor.

A respeito do tema, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira[1]trazem o seguinte ensinamento:

> Renúncia à Meação
>
> Na mesma ordem de idéias, igualmente possível efetivar por termo nos autos a renúncia à meação. Embora inconfundível com a renúncia à herança, dela se aproxima ao ponto em que implica efetiva cessão de direitos, de modo que utilizáveis os mesmos instrumentos para sua formalização. Com efeito, o direito de cada herdeiro, a título de posse ou propriedade, sobre sua parte ideal na herança, antes da partilha, é juridicamente equivalente ao do cônjuge sobrevivo sobre a metade ideal do patrimônio a partilhar. Um e outro são titulares de direitos hereditários, nada lhes obstando a cessão de tais direitos, antes de partilhado o monte. Assim decidiu a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo (Rel. Carlos A. Ortiz, in RJTJSP XIV/57), embora entendendo como imprescindível a formalização da cessão por escritura pública, com invocação de precedente julgado nesse sentido (RT 268/284). Essa restrição, no entanto, não se coaduna com a equivalência do termo judicial, como sucedâneo da escritura, para fins de cessão de direitos hereditários, nos termos do artigo 1.581 do Código Civil de 1916 e artigo 1805 do novo Código Civil, acima analisados.
>
> Registro da cessão de herança
>
> A jurisprudência tem proclamado ser inexequível o registro do instrumento de cessão de direitos hereditários, segundo orientação firmada sob direito anterior, que não previa o ato, como não o prevê o artigo 167, inc. I, da vigente Lei de Registros Públicos (RJTJSP 106/290).
>
> Assim é que, na prática forense, nenhuma exigência do registro de cessão de direitos hereditários costuma-se fazer ao cessionário que ingresse com seu título no inventário, para ser aquinhoado na partilha. A formalização da transmissão perante o registro de imóveis, em atenção aos princípios da continuidade e da publicidade, faz-se após homologada a partilha, onde constarão os quinhões atribuídos aos cessionários.

Enfim, deve ser admitida ao arrolamento a escritura pública de doação da meação, que equivale à renúncia, a fim de que os cessionários sejam contemplados com os respectivos quinhões hereditários.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a sentença e homologar a partilha conforme plano apresentado às f. 43-5, transferindo aos herdeiros a parte ideal correspondente a cinquenta por cento do imóvel, levando em consideração, inclusive, a escritura pública de doação da meação, lavrada à f. 147 do livro n. 226 do Serviço Notarial do Município e Comarca de Santo Anastácio, Estado de São Paulo.

1 AMORIM, Sebastião. OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e Partilhas**. 21. ed. Livraria Universitária, 2008. p. 64-5.

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, 24 de fevereiro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.036287-7 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA CONSISTENTE NA NÃO OPORTUNIZAÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAIS E APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS; E DEFEITO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – AFASTADAS – EMPRESA DE TRANSPORTE – PASSAGEIRO QUE NÃO CHEGOU AO DESTINO – VÍTIMA ENCONTRADA MORTA NA BEIRA DA RODOVIA – OBRIGAÇÃO OBJETIVA – AUSÊNCIA DO NEXO CAUSAL – RECURSO IMPROVIDO.

Não há alegar cerceamento de defesa, uma vez que, tendo sido oportunizada a produção de provas, não houve manifestação da parte nesse sentido no momento oportuno.

Estando prevista em lei a oportunidade para a apresentação de memoriais, constitui-se em direito das partes, de modo que, restando suprimida a oportunidade, cabe àquele que se sentir prejudicado alegar a questão na primeira oportunidade, sob pena de preclusão, nos termos do art. 245 do Código de Processo Civil.

A responsabilidade da empresa concessionária de serviços públicos de transporte é objetiva. Desse modo, para que surja o dever de indenizar, há a necessidade da existência do dano e do nexo causal entre a conduta e o resultado lesivo.

Não se mostrando presente o nexo causalidade, o que exime as recorridas da responsabilidade civil de reparar o dano, deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido.

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

Campo Grande, 20 de janeiro de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Elizabeti Borge de Oliveira apela a este Tribunal, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível desta Comarca de Campo Grande, que, julgou improcedente o pedido formulado na ação de reparação de danos ajuizada em desfavor de Viação Nova Integração Ltda. e Eucatur – Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo Ltda.

Invoca, preliminarmente, cerceamento de defesa, pela não produção de provas testemunhais e oitiva dos representantes legais das requeridas e realização de perícia, consistente na decodificação do tacógrafo. Além do mais o juízo não oportunizou a apresentação de alegações finais, na forma de memoriais, deixando de observar o art. 454, § 3º, do CPC.

Alega, ainda, nulidade da sentença por defeito na prestação jurisdicional, que, apesar da interposição dos embargos declaratórios, a decisão não enfrentou a questão aventada.

Aduz, com relação ao mérito, que a responsabilidade da transportadora decorre do próprio risco do serviço que se propôs a prestar, de modo que a imposição do dever de indenizar contenta-se com a demonstração do dano e o nexo de causalidade entre o dano e o serviço prestado.

Sustenta que o nexo causal entre a morte acidental e a má prestação do serviço reside na negligência com a segurança dos passageiros, uma vez que não se deram conta de que em determinado ponto da viagem a vítima não mais se encontrava no interior do veículo, pois se deram conta da sua ausência somente quando o ônibus chegou na rodoviária de Rondonópolis.

Assevera que é equivocado a conclusão de culpa exclusiva da vítima, pois as recorridas não se desincumbiram de tal prova, devendo-se manter a caracterização de má prestação de serviço da transportadora e, na espécie, deve-se aplicar a inversão do ônus da prova, sendo irrelevante o fato de a vítima ter sido encontrado morta fora do ônibus, importando sim a questão de que o óbito se deu durante o trajeto da viagem.

Afirma que as provas documentais de f. 166-69 demonstram que houve manipulação do tacógrafo para alterar o registro dos horários no sentido de desmerecer a anotação de socorro efetuada pelo motorista, em horário provável da morte do passageiro, pois foi elaborada uma correspondência interna alegando-se que a anotação havia sido um engano.

Declara que não existem provas nos autos de que o evento tenha ocorrido por culpa exclusiva da vítima, sobressaindo a responsabilidade objetiva das recorridas, mostrando-se inafastável sua responsabilidade, já que o simples fato de não terem esclarecido em que circunstâncias ocorreu o acidente, se constitui prova de sua negligência em relação à segurança dos usuários.

Requer, ao final, a reforma da sentença, condenando-se as requeridas ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R$ 150.000,00; danos materiais, no valor de R$ 20.800,00 por danos emergentes, R$ 5.000,00 por extravio da bagagem; e R$ 425.700,00 a título de lucros cessantes.

Contrarrazões (f. 673-98), pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de improcedência do pedido formulado em ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada por Elizabeti Borge de Oliveira em face de Viação Nova Integração Ltda. e Eucatur - Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo Ltda.

A autora ajuizou a presente ação objetivando a condenação das requeridas ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, alegando, para tanto, que, na data de 31.12.2004, seu marido, Valdeneis Pereira de Oliveira, embarcou às 17h55min., com destino à cidade de Rondonópolis, à qual deveria chegar por volta de 1h do dia seguinte.

No entanto, não chegou ao seu destino, tendo sido encontrado morto no dia 1.1.2005 às margens da rodovia BR 163, km 783, na altura do Município de Pedro Gomes, com sinais de ferimentos por acidente de trânsito. Alegou, portanto, a responsabilidade objetiva das concessionárias de transporte, pediu sua condenação ao pagamento de indenização por danos emergentes referentes às despesas de funeral; indenização de bagagem extraviada; lucros cessantes; e danos morais.

O magistrado julgou improcedente o pedido (f. 622-28).

Objetiva a recorrente a reforma da sentença alegando preliminar de cerceamento de defesa, pela não produção de provas testemunhais, onde pretendia a oitiva dos representantes legais da requerida, e pela não oportunização de apresentação de alegações finais. Afirmou, ainda, que a sentença deve ser anulada por defeito na prestação jurisdicional, pois, apesar da interposição dos embargos declaratórios, a decisão não enfrentou a questão aventada.

Com relação ao cerceamento de defesa, de acordo 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 direito da parte em poder influir o magistrado quando do julgamento da lide, deve, contudo, estar-se atento a 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 a recorrente pugnou pelo depoimento pessoal dos representantes legais das requeridas, objetivando saber *"a forma e as condições em que se deu o embarque"* (f. 335).

Entretanto, logo após, verificando-se a não citação da litisdenunciada Sulina Seguradora S/A, determinou-se sua citação, e, tendo esta apresentado contestação (f. 349-58), foi impugnada pela autora (f. 386-95).

Designada audiência preliminar e nessa data, não tendo sido aceita a proposta de conciliação, foi proferida decisão onde foi saneado o processo e foram fixados os pontos controvertidos, tendo sido designada audiência de instrução e julgamento, cujas partes saíram intimadas de sua realização (f. 409).

Percebe-se, portanto, que, tendo sido deferida a produção de provas testemunhais e determinada a intimação das testemunhas arroladas, a autora não se manifestou no momento pela necessidade de oitiva do representante legal das requeridas, que por sinal se encontrava presente nessa data.

Na data de realização da audiência de instrução e julgamento, tendo sido novamente efetuada a proposta de conciliação e não aceita, foi inquirida uma informante e ouvida uma testemunha da autora, assim como a testemunha arrolada pelas requeridas. Permaneceu novamente silente a autora com relação à oitiva do representante legal das requeridas, Sr. Pedro Haiduca.

Assim, não há alegar cerceamento de defesa, uma vez que, tendo sido oportunizada a produção de provas, não se manifestou no momento oportuno. Importante frisar que, se o objetivo alegado era saber das condições do embarque, a oitiva do representante legal se mostraria inócua, pois não se mostra pertinente, já que foi tomado o testemunho do motorista José Adelmo da Silva, este sim presente no dia dos fatos.

Assim, rejeito essa preliminar.

Argumenta, ainda, a apelante que não lhe foi oportunizado o oferecimento de alegações finais, na forma de memoriais, o que se caracteriza em afronta ao art. 454, § 3º, do Código de Processo Civil.

É bem verdade que, estando prevista em lei a oportunidade para a apresentação de memoriais, constitui-se em direito das partes, de modo que, restando suprimida a oportunidade, cabe àquele que se sentir prejudicado alegar a questão na primeira oportunidade, sob pena de preclusão, conforme dicção do art. 245 do Código de Processo Civil.

Caberia à autora, portanto, após a realização da audiência (f. 617), tendo em vista o despacho proferido, *"vistos. À vista da proposta oferecida pela autora, diga a denunciada, em cinco dias. Após, voltem os autos cls. para deliberações e/ou decisão. Presentes intimados"*, ter se manifestado por petição nos autos alegando o vício.

A autora teve oportunidade real de manifestação, visto que a sentença somente foi prolatada quase dois meses após o despacho acima, não havendo falar em cerceamento de defesa.

Alega, ainda, nulidade da sentença por defeito na prestação jurisdicional, pois, apesar da interposição dos embargos declaratórios, a decisão não enfrentou a questão aventada, acerca de quais razões levaram o magistrado a não permitir a coleta do depoimento pessoal do representante legal das requeridas e a dispensar o oferecimento dos memoriais.

Entretanto, não se verifica defeito algum na prestação jurisdicional, na medida em que o magistrado perfeitamente enfrentou a questão, tendo esclarecido que a indagação apresentada não é passível de ser resolvida por meio de embargos de declaração, já que, nos termos do art. 535 do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver na sentença obscuridade, contradição ou omissão sobre questão que devia ter se manifestado o magistrado.

Corroborando o entendimento, tem-se:

> Nos embargos de declaração, o órgão julgador não está obrigado a responder a questionário formulado pela parte com o intuito de transformar o Judiciário em órgão consultivo. (RSTJ 181/44: Pet 1.649-AgRg-Edcl).[2]

Portanto, não se evidenciando o alegado defeito na prestação jurisdicional, visto que as razões apresentadas não eram referentes a qualquer vício apresentado na sentença, não há falar em nulidade.

No tocante ao mérito, objetiva a recorrente a reforma da decisão monocrática, com a condenação das apeladas ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, alegando que o nexo causal restou comprovado pela má execução do serviço, pois foram negligentes e não se deram conta da ausência da vítima durante a viagem. Que o fato de ter sido encontrado morto fora do ônibus é irrelevante, importando sim a questão de que o óbito se deu durante o trajeto da viagem.

Afirmou que as provas documentais de f. 166-69 demonstram que houve manipulação do tacógrafo para alterar o registro dos horários no sentido de desmerecer a anotação de socorro efetuada pelo motorista, em horário provável da morte do passageiro, pois foi elaborada uma correspondência interna alegando-se que a anotação havia sido um engano.

Declara que não existem provas nos autos de que o evento tenha ocorrido por culpa exclusiva da vítima, sobressaindo a responsabilidade objetiva das recorridas, mostrando-se inafastável sua responsabilidade, já que

2 NEGRÃO, Theotonio. GOUVEIA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** 40. ed. São Paulo: Saraiva. p. 718.

o simples fato de não terem esclarecido em que circunstâncias ocorreu o acidente, se constitui prova de sua negligência em relação à segurança dos usuários.

Acerca da responsabilidade objetiva, necessárias se fazem algumas considerações.

A responsabilidade civil do transportador rodoviário é objetiva e de resultado, ou seja, de transportar o passageiro são e salvo a seu destino, por isso deve ele responder pelos danos sofridos pelo transportado a partir do momento em que ingressa no ônibus até que chegue ao seu destino, nos termos do art. 14 da Lei n. 8.078/90, salvo se conseguir demonstrar, contra esta presunção, a culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Nesse sentido:

> O transportador rodoviário responde pelos danos causados ao passageiro no decorrer do transporte, independentemente da ausência de culpa que, em tais hipóteses, se presume, somente se eximindo dessa obrigação contratual na existência de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima, por aplicação subsidiária do art. 17 do Decreto n. 2.681/12. (TJSE, Grupo III – AC n. 013.0/98, Relª. Desª. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, julgado em 24.9.1998, RT 760/406)[3].

O Código de Defesa do Consumidor veio ratificar a orientação de que a responsabilidade do transportador é objetiva, porquanto se cuida de contrato de prestação de serviços:

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

Tecidas tais considerações, passo à análise do caso em razão de suas particularidades.

Segundo consta, a vítima comprou uma passagem com destino a Rondonópolis para a data de 31.12.2004, cujo ônibus saiu às 17h55min. desta cidade. Não chegou, no entanto, ao seu destino, pois, de acordo com a vasta documentação carreada, foi encontrado morto às 6h30min., nas margens da BR 162, na altura do Município de Pedro Gomes, enquanto o ônibus chegou a Rondonópolis às 00h20min.

Na hipótese, percebe-se que a apelante não logrou comprovar o fato constitutivo de seu direito na forma do inciso I do art. 333 do CPC, restando claro pelo conjunto probatório que não há como se imputar a responsabilidade das requeridas, uma vez que não se encontra presente o nexo de causalidade.

Com efeito, embora alegue que os prepostos das recorridas não tenham observado as normas de segurança, tendo sido negligentes em não apontar quando deram pela falta da vítima, tal não é suficiente para que se atribua responsabilidade de indenizar a elas.

Para haver o dever de indenizar, somente a ocorrência do dano não basta, é necessário que haja o nexo de causalidade entre a conduta humana e o resultado danoso, o que não ocorreu, visto que não há nos autos qualquer elemento que comprove que o óbito da vítima tenha se dado em decorrência da conduta praticada pelas requeridas.

A propósito, da análise dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela autora, não é possível se extrair qualquer suporte probatório que pudesse influir no julgamento da lide, visto que ninguém

3 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: RT. p. 430.

presenciou o acidente, limitando-se a afirmar que desconhecia qualquer incidente desmerecedor da conduta da vítima, que levasse à conclusão de que estivesse ameaçado de morte.

Por sua vez, o médico legista que examinou o corpo da vítima disse que os ferimentos eram compatíveis de ter sido produzidos por atropelamento, porém não encontrou no local indício algum que corroborasse a ideia, tais como fragmentos de partes de veículos sobre a pista, derrapagens, frenagens nem sequer sinais de arrastamento do corpo. Observou, por sua vez, que as roupas da vítima estavam limpas, não condizentes com a ideia de atropelamento, e que, pela posição das vestes, podia-se supor que fora carregado até o local.

A alegação da apelante de que, em face da responsabilidade objetiva das empresas de transporte, deve ser considerada a má prestação do serviço como o nexo causal necessário, não se sustenta, porquanto não houve comprovação alguma, apesar de todas as provas produzidas, de que o fato tenha se dado em decorrência da ação dos prepostos das apeladas, até porque não se teve notícias de incidente algum durante a viagem, o que é corroborado pelo testemunho de um dos passageiros, Airton Wagner da Rocha Cavalva (f. 493):

> [...] que o depoente nada sabe a respeito dos fatos; que soube dos fatos 5 (cinco) meses depois através de informação da empresa de ônibus; que o depoente pegou o referido ônibus no final de 2004; que pegou o ônibus em Camboriu-SC e desceu nesta cidade de Rondonópolis; que foram 20 horas de viagem; que durante o trajeto o depoente veio dormindo; que não se recorda de nada anormal no trajeto da estrada; que veio na frente do ônibus [...] que o ônibus quebrou antes de chegar em Campo Grande-MS; que o concerto foi realizado entre uma e duas horas; que não ouviu barulho de janela ou algo diferente no ônibus.

Portanto, a afirmação da apelante de que a vítima tenha sido jogada do ônibus pelo preposto da apelada ou por qualquer outra pessoa não restou confirmada, já que tal ocorrência não é algo que possa passar despercebida. Além do mais, o perito, quando ouvido em juízo (f. 561), afirmou que *"acredita ser pouco provável que a vítima tenha se jogado do veículo, mas provavelmente o corpo foi colocado no local"*, corroborando sua tese inicial de que a vítima poderia ter sido vítima de um atropelamento, mas que também poderia ter sido morta em outro local e colocada onde foi encontrada.

Por sua vez, a afirmação de que o disco de tacógrafo tenha sido adulterado também não vigora, pois, em atenta análise (f. 166), observa-se que o ônibus começou a rodar às 17h30min., efetuou uma parada às 19h15min. até 19h55min. aproximadamente e, após, efetuou nova parada aproximadamente por volta das 21h15min., retornando seu percurso às 21h35min., sendo que, conforme informações, a primeira parada foi para o jantar dos passageiros e a segunda para embarque e desembarque em Coxim-MS, o que foi perfeitamente confirmado pela ficha de movimentação de f. 167 e pelo testemunho do motorista José Adelmo da Silva e da auxiliar de tacógrafo Suely Terezinha Rasso dos Santos (f. 575-6).

Assim, apesar de ser fato que a obrigação da transportadora é conduzir o passageiro ileso até o final de sua viagem, nada há nos autos que desabone a conduta das recorridas no sentido de que tenha contribuído para o evento que ocasionou a morte da vítima, não havendo meios de se imputar a responsabilidade de indenizar pelo acontecido.

No caso em questão, apesar da fatalidade ocorrida, não se mostra presente o nexo causalidade, o que exime as recorridas da responsabilidade civil de reparar o dano, motivo pelo qual, deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2011.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.019237-3 - Miranda
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO – PENAL – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO DE USO RESTRITO – RECURSO DEFENSIVO – *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA – NÃO CABIMENTO – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – CRIMES DE PERIGO ABSTRATO – REJEITADA – REDUÇÃO DA PENA-BASE E ABRANDAMENTO DO REGIME – CULPABILIDADE ELEVADA – INVIABILIDADE – APELO MINISTERIAL – ARMAMENTO ENCONTRADO EM LOCAIS DIFERENTES – PRETENDIDO CONCURSO MATERIAL – CONDUTAS PRATICADAS NO MESMO CONTEXTO – INAPLICABILIDADE – GUARDA DE OSSADA DE ESPÉCIMES SILVESTRES – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA AQUISIÇÃO EM CRIADOURO IRREGULAR OU DE TER CONCORRIDO PARA A CAÇA ILEGAL – NÃO PROVIMENTO.

O art. 62, § 1º, "b", da Constituição Federal, veda a edição de medidas provisórias que versem sobre Direito Penal, portanto é descabido o pleito absolutório amparado em *abolitio criminis* temporária estabelecida por medida provisória.

A posse de arma de fogo e de munição é crime de perigo abstrato, no qual se presume a ofensa à segurança pública, punindo-se a conduta independentemente do efetivo resultado, pequeno ou nenhum quanto à potencialidade lesiva do armamento ou das munições para sua configuração.

Constatada a elevada culpabilidade do agente – ainda que as demais circunstâncias judiciais sejam favoráveis – correta é a imposição da pena-base em patamar razoavelmente acima do mínimo legal e o estabelecimento do cumprimento da reprimenda em regime semiaberto, segundo as diretrizes dos artigos 33, § 2º, "b" e § 3º, e art. 59, ambos do Código Penal.

O fato de serem encontradas diversas armas em lugares (imóveis) diferentes, porém dentro de um contexto único, inviabiliza a aplicação do concurso material.

A simples guarda de ossos de espécimes silvestres, sem prova qualquer de que foram adquiridos de criadouro não autorizado ou, ainda, de que a pessoa tivesse concorrido à caça e morte de tais animais, torna descabida a condenação pelo art. 29, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98.

Apelações defensiva e ministerial às quais se nega provimento, ante a correta valoração das provas e 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, improver o apelo defensivo e, por maioria, negar provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 21 de março de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O Ministério Público e Humberto Cesar Fiori Filho interpõem apelação, objetivando a reforma da sentença que condenou o acusado ao cumprimento da pena 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 30 (trinta) dias-multa, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei n. 10.826/2003), absolvendo-o dos crimes de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/2003) e guarda de espécimes silvestres (art. 29, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98).

Pugna o *Parquet* pela aplicação do art. 69 do Código Penal, uma vez que o réu *"possuía munições e armas de fogo de uso restrito tanto em sua residência, como em sua propriedade rural"*; requerendo, também, a condenação no art. 29, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98.

Humberto pleiteia a absolvição quanto ao crime de posse de arma e munição de uso restrito, visto que teria praticado o delito na vigência de *abolitio criminis* temporária. Alega, ainda, que *"inexiste tipicidade material no porte de arma desmuniciada"*.

Alternativamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal, com a consequente substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Contrarrazões pelo não provimento dos recursos adversos (f. 521-9 e f. 543-7).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento da insurreição ministerial, e não provimento do apelo defensivo (f. 554-60).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Humberto Cesar Fiori Filho, objetivando a reforma da sentença que condenou o réu ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 30 (trinta) dias-multa, pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei n. 10.826/2003), bem como o absolveu do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/2003) e, também, do delito de guarda de espécimes silvestres (art. 29, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98).

Narra a denúncia que, aos 3 de maio de 2006, por volta das 6h50min., na Travessa Otávio Sanches n. 143, Bairro Aparecida, em Miranda, o acusado possuía, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência, armas de fogo e munições (intactas e deflagradas), tanto de uso permitido como proibido, identificadas como:

> - 1 (um) revólver marca Taurus, n. de série 0A487861, calibre 357 Magnum, acabamento oxidado fosco, coronha guarnecida por talas de madeira cor marrom avermelhada, serrilhada e com emblema do fabricante, desmuniciada;
>
> - 1 (um) revólver marca Taurus, n. de série 754711, calibre 38, coronha guarnecida por talas de madeira cor marrom avermelhada, lisa e desmuniciada;
>
> - 2 (dois) carregadores de pistola marca Colt, calibre 22, vazios;
>
> - 2 (dois) carregadores de pistola, calibre 45, vazios;

- 81 (oitenta e uma) munições recarregadas e intactas, calibre 38, sendo 35 (trinta e cinco) de ponta ogival e 46 (quarenta e seis) expansivas de pontas ocas;

- 25 (vinte e cinco) munições intactas para pistola calibre 45;

- 33 (trinta e três) munições intactas, calibre 22, sendo 15 (quinze) curtas e 18 (dezoito) longas;

- 324 (trezentos e vinte e quatro) munições intactas, calibre 357, Magnum;

- 206 (duzentos e seis) estojos de munição deflagrados, calibre 357;

- 177 (cento e setenta e sete) estojos de munição deflagrados, calibre 38;

- 9 (nove) estojos de munição deflagrados, calibre 30-30;

- 829 (oitocentos e vinte e nove) projéteis extensíveis de pontas oca, em chumbo encamisado para recarga de munições calibre 38 e similar; e,

- 6 (seis) frascos de pólvora, sendo 1 (um) vazio, para recarga de cartuchos de munição e 10 (dez) caixas de espoleta para recarga de cartucho de munição, marca Remington.

O acusado também possuía, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, em sua propriedade rural, denominada "Fazenda Bauru", localizada na rodovia Miranda/Bodoquena, mais as seguintes armas de fogo e munições (tanto de uso permitido como proibido):

- 1 (uma) arma de fogo longa tipo espingarda (garruchão), marca Boito, n. de série 29764, calibre 36, cano 300 mm de comprimento, desmuniciada;

- 1 (uma) arma de fogo longa tipo carabina, marca Winchester, modelo 94, n. de série 23452, calibre 22, cano 570 mm de comprimento, desmuniciada;

- 1 (uma) arma de fogo longa tipo carabina, marca Winchester, modelo 94, n. de série1723521, calibre 30-30, cano 500 mm de comprimento, com coronha em peça única de madeira, quebrada e fixada ao restante da arma por meio de fitas adesivas de cor parda, desmuniciada;

- 1 (uma) arma de fogo longa tipo espingarda, marca CBC, modelo 151, n. de série C46742, calibre 8 mm, cano de 570 mm de comprimento, com uma etiqueta adesiva com a palavra "chevron", desmuniciada;

- 1 (uma) arma de fogo longa tipo espingarda, marca CBC, modelo 651, n. de série 184535, calibre 9,1 mm, cano de 570 mm de comprimento, desmuniciada;

- 1 (uma) arma de fogo longa tipo carabina, marca Rossi, modelo puma, n. de série b077242, calibre 38, cano 400 mm de comprimento, desmuniciada;

- 1 (uma) arma de fogo longa tipo espingarda, dois canos, marca Boito, n. de série 9683, calibre 20, cano 730 mm, com uma pequena quebradura na parte superior da coronha de madeira, desmuniciada;

- 1 (uma) arma de fogo longa, classificada como espingarda, sem marca e número de série aparentes, cano de 500 mm de comprimento, com pinta escura desgastada, desmuniciada;

- 1 (uma) arma de fogo, classificada como pistola, marca Colt, n. de série 0599968, calibre 22, cano 152 mm de comprimento, coronha guarnecida por talas de madeira cor marrom

avermelhada, serrilhada, desmuniciada;

- 1 (uma) arma de fogo tipo revólver, marca Taurus, n. de série NG 973829, calibre 357, Magnum, cano 4 mm de comprimento, coronha guarnecida por talas de madeira cor marrom avermelhada, serrilhada e com emblema do fabricante, desmuniciada;

- 13 (treze) munições intactas para fuzil, calibre 30-6; e,

- 51 (cinquenta e uma) munições intactas para fuzil, calibre 30-30.

Em cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos pelo Juízo de Direito da Comarca de Miranda, policiais civis e militares adentraram na residência e fazenda do apelante, ocasião em que encontraram os armamentos e artefatos descritos.

Na mesma oportunidade, verificou-se que o recorrente guardava em sua propriedade rural um saco contendo ossada de animais silvestres, dentre os quais cervo e queixada.

O acusado respondeu pelos crimes correspondentes, restando condenado apenas pela posse de munições de uso proibido ou restrito.

Agora, Humberto pugna pela absolvição quanto ao crime de posse de arma e munição de uso restrito, aduzindo que praticou o delito na vigência de *abolitio criminis* temporária, bem como porque o armamento apreendido estava desmuniciado.

O prazo de entrega das armas de fogo não registradas encerrou-se aos 31 de dezembro de 2008, segundo o art. 30 da Lei n. 10.826/03, alterado pela Lei n. 11.706/08.

Ocorre que a sobredita lei resultou da conversão da Medida Provisória n. 417, de 31 de janeiro de 2008, que foi prorrogada por 60 (sessenta dias) pelo Ato n. 19, de 27 de março de 2008, expedido pelo Congresso Nacional, a contar de 6 de abril de 2008.

Assim, o primeiro aspecto que denota a invalidade das medidas provisórias e das leis dela decorrentes – que possibilitaram as sucessivas prorrogações de prazos para a entrega de armas – é a sua inconstitucionalidade, pois o art. 62, § 1º, "b", da Constituição Federal veda a edição de medidas provisórias que versem sobre Direito Penal.

O segundo fundamento para a inviabilidade de se considerar atípica a posse ilegal de arma de fogo refere ao desrespeito às regras do processo legislativo e à própria legitimidade do legislador em relação à edição de lei contendo assunto estranho à medida provisória que lhe antecedeu.

Tanto a lei mencionada como as medidas provisórias que lhe deram suporte criaram uma norma de efeito temporário, em relação a qual não se pode reconhecer a retroatividade benéfica com base no art. 5º, XL, da Constituição Federal, como ocorre com as alterações legislativas definitivas.

A Lei n. 11.706/08 expressamente determinava que o prazo para a entrega de armas era 31 de dezembro de 2008.

Muito embora aparentemente o prazo de validade da MP n. 445/09 não tenha sido ultrapassado até a sua conversão em lei, certo é que o legislador se utilizou de técnica ilegítima para veicular na Lei n. 11.922/09 matérias que não estavam previstas na aludida medida provisória, e assim resolver o problema do "vácuo legislativo" existente entre 31 de dezembro de 2008 e 12 de abril de 2009.

A MP n. 445/09 tratava apenas de *"dispensa de recolhimento de parte dos dividendos e juros sobre o capital próprio pela Caixa Econômica Federal"*, enquanto a Lei n. 11.922/09 foi além, alterando as Leis n. 11.124/2005, 8.427/92,

1.322/2006, 11.775/2008 e os artigos 5º e 30 da Lei n. 10.826/03, que se referem ao direito financeiro e à resolução de contratos habitacionais de interesse da Caixa Econômica Federal.

Houve clara inovação no conteúdo da lei que converteu a Medida Provisória n.º 445/08, com evidente intenção de burlar a existência de período em que não havia nenhuma norma prevendo novo prazo para a entrega de armas.

Tenho, assim, por aplicável na espécie o voto proferido pelo Min. Menezes Direito, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> O pressuposto básico da *abolitio criminis* é, portanto, a edição de uma lei que já não mais considere o fato contrário aos interesses da sociedade, que revele uma nova valoração política e social do fato da vida anteriormente tipificado como ilícito penal, que acene, enfim, com uma opção do Estado em não mais considerar interessante ou legítima ou justa a punição dos autores de tal conduta.
>
> Na hipótese dos autos, a lei nova, malgrado a mencionada atipicidade temporária, não deixou de considerar crime a posse ilegal de arma de fogo (de uso permitido ou restrito). Não existe, repita-se, lei posterior que tenha deixado de considerar o fato como criminoso, nem explícita, nem implicitamente. Ao converso, o novo Estatuto do Desarmamento aumentou a pena correspondente à posse ilegal de arma de fogo.
>
> Não há, dessa forma, possibilidade de aplicar os artigos 2º ou 107, inciso III, do Código Penal para afirmar a existência de uma *abolitio criminis*.
>
> O Estatuto do Desarmamento, ao criar o referido vácuo normativo, não o fez com ânimo definitivo. A previsão inicial da norma, aliás, era a de que tal estado de coisas durasse por apenas 180 dias. Trata-se de situação que já nasceu com prazo de duração estabelecido. Em outras palavras, faltou à norma implicitamente contida no artigo 32 do Estatuto do Desarmamento a nota de definitividade que poderia determinar a sua aplicação retroativa.
>
> A norma em destaque, pelas características já assinaladas, melhor se enquadra na regra prevista no artigo 3º do Código de Processo Penal:
>
> 'Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinavam, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.'
>
> De fato, se a atipicidade estatuída pelo artigo 32 da Lei n. 10.826/03 tinha prazo de vigência previamente determinado, cuida-se de norma temporária; e como tal deve ser tratada. Vale advertir que a regra do artigo 3º do Código Penal não tem aplicação exclusiva às normas penais incriminadoras, não havendo razão para que, tecnicamente, se negue vigência ao comando normativo ali consignado quando se cuide de norma penal permissiva.
>
> Em resumo, a *vacatio legis* especial prevista nos artigos 30 a 32 da Lei n. 10.826/03, conquanto tenha tornado atípica a posse ilegal de arma de fogo havida no curso do prazo assinalado, não subtraiu a ilicitude penal da conduta que continuou incriminada, inclusive com maior rigor. Além disso, a referida *vacatio legis* por não ter ânimo definitivo, não tem, igualmente, força retroativa, não podendo, por isso, configurar *abolitio criminis* em relação aos ilícitos cometidos em data anterior. [1]

In verdade, o que ocorreu é um lamentável estelionato legislativo, um abuso de autoridade e uma manifesta ilegalidade parlamentar sufragada – ao final – pelo Poder Executivo.

1 STF, *HC* n. 90.995/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, julgado em 10.2.2008, DJ de 7.3.2008, p. 408.

Desse modo, incabível a absolvição fulcrada em *abolitio criminis* temporária e, também, não merece acolhimento o pleito absolutório amparado no fato de estarem desmuniciadas as armas apreendidas.

É certo que o porte/posse de arma de fogo e de munição são crimes de perigo abstrato, nos quais se presume a ofensa à segurança pública e, portanto, pune-se a conduta, sem necessidade do efetivo resultado.

Ao discorrer sobre a legitimidade de tal espécie de crime preleciona FERNANDO CAPEZ [2]:

> No caso das infrações de perigo abstrato, a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, típica independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana. Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo. Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o desejo manifestado pela lei. negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real, sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis.

Nesse sentido este Sodalício já decidiu:

> O crime de porte ilegal de arma é um crime de perigo abstrato, basta, tão-somente, quaisquer das ações previstas no tipo penal, não se faz necessário que a arma esteja municiada ou mesmo que seja apta a ser utilizada ao fim que se destina. [3] (Destaques não originais)

O acusado requer, ainda, a redução da pena-base ao mínimo legal, enquanto o *Parquet* pugna pela aplicação da regra do concurso material.

Verifica-se o *"concurso material quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Quando os crimes são de mesma natureza, tem-se o concurso homogêneo (ex: o agente mata seu inimigo e a testemunha desse homicídio); será heterogêneo o concurso quando distintos os delitos perpetrados"* [4], o que não se verifica na espécie.

Com efeito, embora as armas tenham sido encontradas em lugares distintos, tal circunstância não leva à automática conclusão de que são crimes diferentes, devendo-se considerar a unicidade de conduta.

Desta forma, refuta-se a pretensão ministerial.

Por sua vez, o acusado pugna pela redução da pena-base.

Ao se proceder à fixação da reprimenda base, devem ser observados os ditames legais do artigo 59 do Código Penal, o qual nada mais são que *"critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base"* [5].

No caso, verifica-se que a maioria das circunstâncias judiciais são favoráveis ao recorrente, sendo-lhe desfavorável apenas a culpabilidade, haja vista a enorme *"quantidade de armas e de munições encontradas em*

2 CAPEZ, Fernando. **Arma de Fogo** - Comentários à Lei n. 9.437/97, de 20.2.1997. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 25-6.

3 TJMS, ACr 2004.003721-0, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Carlos Stephanini, julgado em 19.5.2004.

4 PRADO, Luiz Regis. **Comentário ao Código Penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 284.

5 PRADO, Luiz Régis *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 32.

suas propriedades demonstram que a potencialidade do crime é bem maior do que a normal" (f. 473), a qual influencia sobremaneira na fixação da pena, justificando a imposição da reprimenda razoavelmente acima do mínimo, por isso o réu não merece nenhum abrandamento.

Por outro lado, é certo que a fixação da pena se dá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime e, consequentemente, após a análise das circunstâncias judiciais *"poderá o Juiz, portanto, vendo que a pena fixada a priori não é necessária, diminuí-la de modo a que se torne adequada. Poderá também, vendo que a pena a priori estabelecida não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime, aumentá-la até que atinja o grau de adequado"* [6].

Assim, atento a tais considerações, mantenho a pena imposta ao apelante e, em razão disso e da intensidade da circunstância valorada desfavoravelmente (culpabilidade elevada em razão da grande quantidade de armas), a reprimenda deve ser cumprida no semiaberto (art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal).

O *Parquet* almeja, ainda, a condenação do acusado pela prática do crime previsto no art. 29, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98.

Por ocasião da apreensão do armamento encontrado em poder do recorrido em sua fazenda, foram localizadas também 5 (cinco) ossadas de animais silvestres, as quais submetidas a exame pericial foram identificadas como sendo (f. 83-5):

> 3 (três) ossadas incompletas de mamífero da fauna silvestre brasileira da variedade cervo do pantanal (*blastocerus dichotomus*), em idade adulta;
>
> 1 (uma) ossada incompleta de mamífero da fauna silvestre brasileira da variedade porco monteiro (*sus scrota*), em idade adulta;
>
> 1 (uma) ossada incompleta de mamífero da fauna silvestre brasileira da variedade anta (*tapirus terrestris*), em idade adulta).

Por tal razão, o acusado foi denunciado pela prática do crime ambiental, tendo o magistrado decretado a sua absolvição, aduzindo que *"na região do pantanal é comum encontrar restos de animais silvestres mortos por diversos fatores, seja por atropelamento na estrada, por ação de predadores e, infelizmente, por ação de caçadores, e como não foi possível confirmar a forma da morte, não há como responsabilizar o acusado pela guarda dos restos dos animais silvestres"* (f. 472).

Correta a compreensão do julgador singelo, uma vez que a conduta praticada não se amolda à perfeição à figura típica que lhe foi imputada.

Prescreve o art. 29, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98:

> Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:
>
> Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.
>
> § 1º. Incorre nas mesmas penas:[...]
>
> III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, **guarda,** tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

6 CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 74.

No caso, além de não restar demonstrado que o recorrente tenha caçado os animais cujas ossadas foram encontradas em seu poder, é certo que também não incorreu nas penas do art. 29 da Lei de Crimes Ambientais, visto que a guarda de objetos ou produtos originados de animais silvestres, dependendo da forma que o agente os obteve, não configura o tipo penal.

Somente comete o crime em tela a pessoa que obtém os produtos e objetos derivados da fauna silvestre por meio da sua aquisição em criadouros não autorizados, ou sem as devidas licenças ou autorizações.

Acerca do tema leciona a doutrina:

> **O inc. III refere-se ao comércio de espécimes da fauna silvestre em diversas modalidades, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente**. A lei n. 5.197/67 previa esse delito no art. 3º, com redação direta e simples, sancionando-o com pena de reclusão de 2 a 5 anos. O tipo penal, agora, utiliza várias formas de conduta (vender, expor à venda, exportar, adquirir, ter em cativeiro ou depósito, utilizar ou transportar). **Visou o legislador evitar qualquer tipo de justificativa para o mais condenável dos atos, que é o comércio de animais** [7] (Destaques não originais)

Ante o exposto, **nego provimento** aos recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Humberto Cesar Fiori Filho, mantendo-se integralmente a sentença recorrida.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor)

De uma análise detalhada dos autos, acompanho integralmente o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, no que tange ao improvimento do recurso interposto pelo Ministério Público e quanto ao recurso de Humberto César Fiori Filho, porém com fundamento diverso no que tange ao último, nos termos da fundamentação abaixo.

A defesa do apelante alega, em suma, a ocorrência de *abolitio criminis* em relação ao delito previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, diante da entrada em vigor da Lei n. 11.706/2008 e ainda por ser atípica a posse de arma desmuniciada.

Dos autos, observa-se que a materialidade do delito resta demonstrada através do laudo de exibição e apreensão (f. 22-3) e laudo pericial (f. 52-8), assim como a autoria também restou induvidosa pela própria confissão do réu.

O artigo 16 da Lei n. 10.826/2003, dispõe que:

> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em seu texto original, de 22.12.2003, o artigo 30 do Estatuto do Desarmamento possuía a seguinte redação:

> Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos. http;//www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.884.htm http;//www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11118.htm http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11191.htm.

7 FREITAS, Vladimir Passos de. Op. cit., p. 80.

O aludido prazo foi prorrogado pela Lei n. 10.884 de 17.6.2004 e Medidas Provisórias n. 229/2004 e 253/2005, convertida na Lei n. 11.191 de 22.6.2005, que determinou como termo final para a regularização de armas de fogo de uso permitido/restrito o dia 23 de outubro de 2005.

Posteriomente, sobreveio a Medida Provisória n. 417 de 31.1.2008, que foi convertida na Lei n. 11.706/08 de 19 de junho de 2008, que prorrogou o prazo final até o dia 31 de dezembro de 2008, **porém tal prorrogação foi somente para armas de uso permitido.**

Houve nova prorrogação do prazo para registro **de armas de uso permitido**, a que se refere o art. 30 da Lei n. 10.826/2003, para 31 de dezembro de 2009, pela Lei n. 11.922, de 13 de abril de 2009.

Deste modo, a nova redação dada aos dispositivos legais pelas Leis n. 11.706/2008 e n. 11.922/09 fez distinção entre os crimes previstos no art. 12 (posse de arma de uso permitido) e 16 (posse de arma de uso restrito) do Estatuto do Desarmamento, sendo prorrogado tão somente o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/03).

Portanto, o reconhecimento da *vacatio legis* para o crime de posse de arma de fogo de uso restrito deve-se restringir apenas ao período compreendido entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005.

Como alhures mencionado, o apelante foi denunciado como incurso no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, porque no dia 3.5.2006 possuía, no interior de suas propriedades, diversas armas de fogo e munições de uso restrito.

O apelante deveria tê-las entregue espontaneamente, nos termos da então vigente redação do art. 32 do Estatuto do Desarmamento. No entanto, quando foram apreendidas as armas e munições de uso restrito em sua posse, o acusado não possuía mais qualquer possibilidade de regularizá-las, mantendo-as em seu poder sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Nesse diapasão as Lei n. 11.706/2008 e n. 11.922/09 não trouxeram qualquer descriminalização temporária à conduta delituosa relacionada à posse de munições de arma de uso restrito, como no caso em questão.

A propósito, trago à baila dois recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/03. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 417. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAR A MUNIÇÕES APREENDIDAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. 1. **A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n. 417, convertida na Lei n. 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas e munição de uso restrito, como no caso dos autos, em que o Paciente foi flagrado na posse de munições de uso restrito, no dia 23 de setembro de 2006**. 2. Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*. Precedentes. 3. No caso, para exacerbação da pena acima do mínimo, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de origem consideraram como desfavoráveis as circunstâncias do crime, apontando elementos concretos para justificar a exasperação, quais sejam, a grande quantidade de acessórios e de munição de arma de fogo de uso restrito de diversos calibres e modelos, que formava um verdadeiro arsenal, utilizado

> para garantir a atividade de tráfico de drogas. 4. Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 123.573, Proc. n. 2008/0274793-7, RJ, Quinta Turma, Relª Minª Laurita Hilário Vaz, julgado em 22.6.2010, DJ de 2.8.2010).
>
> *HABEAS CORPUS*. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO AO CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 10.826/03. ANULAÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. 1. **Esta Corte vem entendendo que, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma, prorrogado pelas Leis n. 10.884/04, n. 11.118/05 e n. 11.191/05, houve a descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo, tanto de uso permitido quanto de uso restrito, entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005. 2. A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n. 417, convertida na Lei n. 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, como no caso dos autos**. 3. Evidenciada a atipicidade da conduta do Paciente, uma vez que foi condenado por crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/03, cometido no dia 6 de agosto de 2006. Precedentes. 4. Ordem concedida para reformar a sentença e o acórdão impugnados, absolvendo o Paciente do delito relacionado a arma de fogo, diante da atipicidade da conduta por ele praticada. (STJ, *HC* n. 147.621, Proc. n. 2009/0181175-2, SP, Quinta Turma, Relª Minª Laurita Hilário Vaz, julgado em 9.2.2010, DJ de 8.3.2010).

Assim, não assiste razão ao apelante quanto ao pedido de extinção da punibilidade do crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, porque a Lei n. 11.706/2008 prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas, os acessórios e a munição de uso restrito, mantendo-se sua condenação.

Diante do exposto, voto pelo improvimento dos recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Estadual e Humberto César Fiori Filho.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O APELO DEFENSIVO E, POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O REVISOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 21 de março de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.022263-8 - Caarapó
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO – PENAL – ROUBO E QUADRILHA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – INTERNOS DE PRESÍDIO QUE COMANDAM A PERPETRAÇÃO DE CRIMES – VÍNCULO ASSOCIATIVO CARACTERIZADO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – NÃO PROVIMENTO.

Demonstrado que os acusados comandaram, do interior do estabelecimento prisional em que cumpriam pena, a prática de roubo de veículo automotor, contando com o envolvimento de corréus que se dividiram em tarefas e pretendiam fazer de tal conduta ilícita o seu meio de vida, impossível cogitar-se a hipótese absolutória pelo cometimento dos crimes de roubo circunstanciado e quadrilha.

Apelação defensiva a que se nega provimento com base no acervo probatório e correta aplicação da lei penal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de janeiro de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Lourival De Oliveira e Gilberto Fernando Saracho Ramos interpõe apelação, objetivando a reforma da sentença que os condenou à pena privativa de liberdade pela prática dos crimes de roubo circunstanciado e formação de quadrilha (art. 157, § 2º, I, II e V, e art. 288, parágrafo único, c.c. o art. 29 e o art. 69, todos do Código Penal).

O acusado Lourival pugna pela absolvição pelo crime de roubo circunstanciado, ante a suposta insuficiência probatória e, quanto ao crime de quadrilha, assim como o apelante Gilberto Fernando aduz que a absolvição igualmente se impõe, *"pois não restou devidamente comprovado nos autos o vínculo associativo entre o apelante e os demais acusados para fins de cometerem crimes"* (f. 843).

Ao final, oferecem prequestionamento.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso. (f. 855-67).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 944-9).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Lourival de Oliveira e Gilberto Fernando Saracho Ramos**,** objetivando a reforma da sentença que os condenou, respectivamente, às penas de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 90 (noventa) dias-multa, e 13 (treze) anos de reclusão, em regime fechado, e multa de 75 (setenta e cinco) dias-multa, pela prática dos crimes de roubo circunstanciado e formação de quadrilha (art. 157, § 2º, I, II e V, e art. 288, parágrafo único, c.c. o art. 29 e o art. 69, todos do Código Penal).

Narra a denúncia que, na madrugada do dia 18 de maio de 2008, próximo ao estabelecimento comercial denominado ESPAÇO LIVRE CLUB, em Caarapó, os corréus Cleber dos Santos Bueno e Luiz Ricardo Ferreira de Almeida, a mando dos acusados Gilberto Fernando e Lourival, subtraíram, mediante violência e grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo, 1 (uma) caminhonete, cabine dupla, marca Mitsubishi L 200 Sport, placas HRY-8059, de propriedade da vítima Gildo Vila Machado.

Segundo a prefacial, o referido automóvel encontrava-se em poder do menor Marcos Vinícius, filho de Gildo, e, no momento em que o menor e os amigos que o acompanhavam (Gustavo, Ademir e Maycon) saíam de uma festa realizada no referido local, *"foram rendidos pelos denunciados Cleber e Luiz Ricardo, os quais portavam arma de fogo para intimidar as vítimas, ameaçando-as de morte"* (f. 4).

No interior do veículo, os aludidos corréus determinaram que Marcos Vinícius se dirigisse a Dourados e, ao ali chegarem, a também vítima Maycon recebeu ordem para conduzir a caminhonete até Ponta Porã.

Durante o trajeto, os acusados e as vítimas foram abordados por policiais rodoviários federais, que, suspeitando da ocorrência, especialmente o fato de o condutor do veículo não possuir habilitação, lograram descobrir a ação delitiva, efetuando a prisão de Cleber e Luiz Ricardo.

Os corréus Cleber e Luiz Ricardo encaminharam-se a Caarapó dias antes da prática delitiva, já com o objetivo de ali realizarem roubos, ficando hospedados na residência da corré Grazieli Soares Ramos, onde também se encontrava a acusada Maria Cristina Ramos.

> Segundo se infere dos autos, os veículos que seriam roubados e as características das vítimas eram transmitidas a CLEBER e LUIZ RICARDO, via telefone, pela denunciada MARIA CRISTINA e pelos denunciados GILBERTO e LOURIVAL. Impende esclarecer que GILBERTO é irmão de MARIA CRISTINA e tio de GRAZIELI, deixando explícita a ligação entre eles (f. 6).

Analiso, inicialmente, o pleito absolutório formulado pelo acusado Lourival em relação ao crime de roubo circunstanciado.

A materialidade delitiva emerge do "boletim de ocorrência" (f. 41-50), do "auto de apreensão" (f. 51-3), do "auto de reconhecimento e entrega" (f. 59), do "laudo de exame em arma de fogo" (f. 193-5) e o do "laudo pericial de exame em veículo" (f. 204-7).

Interrogado, o apelante negou a prática delitiva (f. 35-6 e 267-9).

Ocorre que, ainda na fase inquisitiva, os policiais rodoviários federais, José de Oliveira Júnior e Glauco Lopes Pinheiro foram taxativos ao afirmar que, durante a abordagem, os corréus Cleber e Luiz Ricardo apontaram Lourival e Gilberto Fernando como sendo os autores intelectuais do roubo, informando, inclusive, suas alcunhas, o presídio onde se encontravam presos e todos os demais detalhes da prática delitiva (f. 17-20).

Alinha-se que os depoimentos foram, integralmente, ratificados em juízo (f. 471-6) e constituem prova hábil a fundamentar um édito condenatório em desfavor do acusado, pois, consoante pacificado entendimento

jurisprudencial: *"depoimentos prestados por policiais não podem ter suas eficácias tolhidas em razão de terem participado das investigações, principalmente quando colhidos em Juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes STF."* [1]

De outro lado, ainda na fase policial, procedeu-se à oitiva de Cleber, que, além de confessar a autoria delitiva, asseverou que *"o interrogando e Luiz vieram para Caarapó com o intuito de roubar veículos, sendo que os veículos que seriam roubados e características das vítimas eram passadas ao interrogando e a LUIZ, por MARIA e dois presos da penitenciária Harry Amorim Costa de Dourados, por telefone celular, sendo que os dois presos são GILBERTO conhecido como 'JAPA', e LORIVAL conhecido como 'VA'"* (f. 30).

Neste mesmo sentido, as declarações do corréu Luiz Ricardo (f. 31-2).

Ainda na fase extrajudicial, o acusado Gilberto afirmou categoricamente que *"foi a pessoa de LORIVAL, conhecido como 'VA', quem ligava para CLEBER e LUIZ para solicitar que as caminhonetas fossem roubadas"* (f. 33-4).

Em juízo, os acusados Cleber e Luiz Ricardo, apesar de confessarem a autoria delitiva, tentaram minimizar o envolvimento de Lourival na prática delituosa, contrariando o quanto afirmado diante da autoridade policial.

Cleber afirmou (f. 162):

> eu fiz uma ligação para o celular do Lorival, por volta das 02:00 horas, para passar um crédito para ele (f. 159), LUIZ RICARDO informou que depois que fomos presos, eu fiquei conhecendo o Gilberto e o Lorival, que estavam presos no PHAC, e só então eu fiquei sabendo que era um deles que estava falando com o Cleber no celular, e dando ordens sobre o roubo.

De igual forma, o acusado Gilberto Fernando – contrariando totalmente a lógica de seu depoimento extrajudicial – assumiu a autoria delitiva, isentando Lourival de qualquer responsabilidade (f. 262-6), sob o argumento de que teria sofrido agressões físicas por parte dos policiais responsáveis por sua prisão.

Todavia, como bem é sabido, *"a retratação, para adquirir validade, deve ser razoavelmente justificada, não podendo ser aceita se o réu não trouxe aos autos nenhuma prova de ocorrência de qualquer irregularidade na tomada de suas declarações por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante."* [2]

De outro lado, relembro que tal subterfúgio não constitui ineditismo na prática forense, pois, *"pela Lei do menor esforço e imediatez dos acontecimentos e conseqüente irreflexão, o agente confessa o delito e, posteriormente, tendo tido o tempo necessário para meditar sobre sua situação na persecução penal delibera e engendra uma versão escusativa falsa e, para explicar o termo de confissão assinado na polícia ou a confissão feita informalmente aos policiais, alega ter a prova sido obtida mediante agressões físicas."* [3]

O exame acurado dos autos permite concluir que retratação levada a efeito pelos acusados não pode ser acolhida. Note-se que, ainda em juízo, a testemunha José de Oliveira Júnior foi taxativa, *in verbis* (f. 474-5):

> DEPOENTE: [...] Quando ele confessou aquilo lá nós fomos lá, abordamos o veículo descemos todo mundo, né, deu voz de prisão para o Ricardo e para o Cleber e durante a gente estava naquele momento ali da, dando voz de prisão para os dois, o telefone toda hora, insistentemente, tocava, né, aí a gente falou: 'Por que essa ligação aí'. Toda hora Vá, Vá, Vá esse Vá ligando para ele, dentro do Presídio Harry Amorim Costa. Aí a gente conversando com eles lá, né, entrevistando eles, eles confessaram que o Gilberto Saracho e esse Lourival eram os mentores intelectuais do roubo.

Assim, como bem ressaltado pelo magistrado *a quo*, *"não há razão quando o réu tenta esquivar-se da acusação*

1 TJDF, ACr n. 2009.01.1.188048-8, ACr. n. 434.080, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, DJDFTE 22.7.2010, p. 227.

2 TJMG, ACr n. 15.480-68.2010.8.13.0183, Segunda Câmara Criminal, Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, julgado em 15.7.2010, DJ de 16.8.2010.

3 TRF Terceira Região, ACr n. 12.574, Segunda Turma, Rel. Juiz Peixoto Junior, julgado em 18.3.2003, DJU 12.6.2003, p. 219.

dizendo que apanhou na delegacia para dizer o que disse, pois seu apelido apareceu desde o início da prisão dos réus, no visor do celular que estava com o réu Cleber" (f. 700).

Logo, mantenho a condenação do acusado Lourival pela prática do crime de roubo circunstanciado.

Em relação ao pedido de absolvição pelo delito de quadrilha, formulado por ambos os apelantes, entendo que melhor sorte não lhes assiste.

Certo é que o aludido tipo penal caracteriza-se *"quando há vínculo associativo estável e permanente entre os envolvidos (mais de três pessoas), mediante a distribuição de funções, e com a finalidade de cometer vários crimes"* [4], e tal é a situação versada nos autos.

In casu, os acusados Cleber e Luiz Ricardo foram expressos no sentido de que se dirigiram a Caarapó com o fim específico de roubar veículos, contando com o apoio material dos apelantes e das corrés Grazieli e Maria Cristina (f. 29-32).

Interrogado em juízo, o próprio acusado Gilberto foi categórico ao afirmar ter fornecido o numerário necessário para que os referidos corréus adquirissem a arma de fogo utilizada no roubo, e que agiam sob sua direção neste tipo de delito (f. 262-6).

Ademais, não se podem olvidar os depoimentos dos policiais rodoviários responsáveis pela prisão dos acusados, os quais esclareceram a forma como o grupo atuava, dividindo-se em tarefas e com o objetivo de vender os veículos roubados no Paraguai para posterior divisão dos lucros (f. 471-6).

Vê-se, pois, que a autoria apresenta-se como certa e recai sobre os apelantes, sendo incabível o decreto absolutório.

Na esteira desses argumentos, rejeito o prequestionamento suscitado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Lourival de Oliveira e Gilberto Fernando Saracho Ramos.

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. 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, 10 de janeiro de 2011.

***

4 TJDF, ACr n. 2009.05.1.004310-6, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, DJ 22.7.2010, p. 228.

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.023492-5 - Miranda
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO – PROCESSUAL PENAL – TORTURA – INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – RAZÕES RECURSAIS QUE CONSTITUEM MERA REPETIÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS – NÃO CONHECIMENTO.

A apelação, que deve oportunizar ao colegiado a reanálise da decisão exarada pelo julgador singular, não se destina à mera repetição – via cópia – dos argumentos utilizados quando das alegações finais, sob pena de afronta ao princípio da dialeticidade.

Deve o recorrente trazer a juízo, de forma clara e objetiva, as razões por que entende que os fundamentos lançados no *decisum* encontram-se equivocados, não podendo se limitar a repetir *ipsis literis* fundamentos eficientemente rechaçados pela instância singela.

Apelação defensiva que não se conhece, ante a manifesta afronta ao contraditório.

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, não conhecer do recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de apelação interposta por Adriano da Silva de Andrade, a fim de reformar a sentença que o condenou à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, pela prática do crime de tortura (art. 1º, §§ 1º, 3º e 4º, II, da Lei n. 9.455/97).

Requer a absolvição ou, alternativamente, desclassificação de sua conduta para o crime de lesão corporal.

Ao final, oferece prequestionamento.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 125-35).

No mesmo sentido, a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 141-4-v).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Adriano da Silva de Andrade, irresignado com a sentença que o condenou ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão, pela prática do crime de tortura (art. 1º, §§ 1º, 3º e 4º, II, da Lei n. 9.455/97), interpõe a presente apelação.

Infere-se da denúncia que, durante o mês de julho de 2008, em horários indeterminados, no interior da Delegacia de Polícia Civil de Bodoquena, o acusado, juntamente com os adolescentes Naudiney de A. M., Dionni H. S. de J. e Ernesto A. da S. J., *"submeteram, com emprego de violência, Thiago Rocha de Lima Correia, que estava sob o poder deles, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal"* (f. 3).

O acusado encontrava-se preso no referido local, onde estavam apreendidos, também, os adolescentes mencionados e a vítima.

Diz a prefacial acusatória que *"por ter supostamente auxiliado a desvendar um crime, a vítima, ao retornar de uma audiência ocorrida no Fórum local em meados de julho de 2008, passou a ser tratada como alcagueta por seus companheiros de cela, acima nominados, que então começaram a torturá-la"* (f. 3).

O acusado, em companhia dos adolescentes, passou a queimar a vítima Thiago em vários locais, utilizando-se de isqueiro e frasco de "bom ar". Não fosse o suficiente, *"todos a submetiam a intensas surras, espancando-a com socos e chutes, além de quebrarem 3 (três) vassouras nas costas dela"* (f. 3), e, demais disso, *"deram choques elétricos na vítima, com um pedaço de fio, que era ligado em uma tomada"* (f. 3).

Regularmente processado, o acusado foi condenado como incurso nas sanções do art. 1º, §§ 1º, 3º e 4º, II, da Lei n. 9.455/97.

Inicialmente, suscito preliminar de não conhecimento do recurso, ante a constatação de manifesta violação ao princípio da dialeticidade.

Com efeito, o simples exame das razões recursais permite verificar que os fundamentos que embasam a pretensão recursal constituem repetição integral daqueles aduzidos por ocasião do oferecimento das alegações finais (f. 87-9).

Não há, pois, insurgência contra os termos exarados na sentença recorrida.

Existe, tão somente, manifestação acerca da prova, o que já foi objeto de avaliação perante o juízo *a quo* – e cujo ato não é objetivamente combatido.

No caso dos autos, lamentavelmente, o que se deu em sede recursal foi a cópia *ipsis literis* das alegações finais de defesa, sem nada mais de conteúdo ou maior valia a ser considerada. É bem verdade que palavras foram acrescentadas, mas nada além do que já constava naquele expediente.

Não se questionou os argumentos judiciais, não se desdobrou a defesa na apresentação de novos ou melhores pontos de vista.

Trata-se de cópia, mera cópia e nada mais.

Outrossim, consiste o princípio da dialeticidade *"na obrigação de o recorrente indicar as razões pelas quais pleiteia a reforma da decisão, para que a parte contrária possa apresentar suas contra-razões, respeitando-se, assim, o princípio do contraditório"* [1].

1 BRANCO, Tales Castelo. **Teoria e prática dos recursos criminais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17.

Deveras, não se pode perder de vista que o recurso é um instrumento processual que viabiliza à parte rediscutir a matéria julgada pela instância inferior, competindo-lhe, porém, o mister de trazer as razões pelas quais entende que os fundamentos lançados no *decisum* encontram-se equivocados.

A este respeito, trago à baila os seguintes julgados:

> O recorrente, em suas razões, tem de demonstrar que os fundamentos da decisão objurgada estariam, sob sua ótica, equivocada, sob pena de, desvirtuando o tipo processual utilizado, não ser conhecido o recurso. [2]
>
> De acordo com o princípio da dialeticidade, as razões recursais devem exprimir, com transparência e objetividade, os motivos pelos quais a parte recorrente entende haver necessidade de reforma na decisão atacada. [3]

Repetição, *ipsis literis*, do quanto alegado por ocasião dos memorais, demonstra que o acusado não impugnou a decisão monocrática, ou seja, não houve hábil contradição aos argumentos ali aduzidos.

O entendimento ora esposado encontra arrimo em decisão já proferida pela Seção Criminal deste E. Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL – RAZÕES QUE NÃO ATACAM A DECISÃO AGRAVADA – REPRODUÇÃO DOS ARGUMENTOS JÁ EXISTENTES NOS AUTOS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO CONHECIDO.
>
> Em respeito ao princípio da dialeticidade, os recursos devem conter impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida. Na hipótese, o agravante se limitou a repetir os argumentos anteriormente expostos, deixando de contraditar, satisfatoriamente, o juízo externado no *decisum*, situação fática que obsta a análise do recurso aviado. [4]

Destarte, não conheço da apelação manejada por Adriano da Silva de Andrade, ante a manifesta infração ao princípio da dialeticidade.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor)

Acompanho o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, quanto ao não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade, porém *ex officio* reduzo a pena-base.

Estatui o artigo 1º da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências:

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
>
> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
>
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
>
> b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
>
> c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

2 TRF, Quarta Região, AgRg-EI-ACr n. 2003.71.12.008467-8, Quarta Seção, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em 31.3.2008, DEJF 9.4.2008, p. 14.

3 TRF, Quarta Região, ACr n. 2006.71.00.038712-0, Oitava Turma, Relª Juíza Fed. Cláudia Cristina Cristofani, julgado em 14.1.2009, DEJF 28.1.2009, p. 673.

4 TJMS, AgRg em ACr n. 2009.008454-6/0001-00, Seção Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 20.5.2009, u., DJ 8.6.2009.

> II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
>
> Pena - reclusão, de dois a oito anos.
>
> § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.
>
> § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.
>
> § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.
>
> § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
>
> I - se o crime é cometido por agente público;
>
> II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;
>
> III - se o crime é cometido mediante seqüestro.
>
> § 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.
>
> § 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.
>
> § 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Da análise acurada dos autos, verifica-se que o douto magistrado fixou a pena-base acima do mínimo legal, vale dizer, em 4 (quatro) anos de reclusão. No entanto, observa-se que as circunstâncias judiciais foram avaliadas de forma favorável ou neutra, não justificando o seu aumento.

Transcreve-se parte da sentença hostilizada (f. 93-9):

> [...] O réu não ostenta maus antecedentes. Conduta social e personalidade sem elementos. O motivo e as circunstâncias são relatados nos autos nada havendo a valorar. As conseqüências são as previstas no tipo, nada havendo a valorar. Vítima não concorreu para o delito.
>
> Analisando as operadoras acima narradas, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão. [...]

Assim, considerando serem favoráveis as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão.

Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes, permanecendo a pena no mesmo patamar de 2 (dois) anos de reclusão.

Na terceira fase, sem atenuantes. Presente a causa de aumento prevista no artigo 1º, § 4º, inciso II, da Lei de Tortura, o juízo singular elevou a reprimenda em 1/4, fundamentando a exasperação no fato que "*o crime foi praticado mediante alto grau de violência, na companhia de outros agentes, causando várias lesões de natureza grave contra o adolescente*".

Assim, majora-se a pena de 2 (dois) anos em 1/4 (um quarto), resultando em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Mantenho o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, em razão do que dispõe o artigo 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/97.

Diante do exposto, não conheço da apelação interposta por Adriano da Silva de Andrade, por violação ao princípio da dialeticidade e, *ex officio*, reduzo a pena-base, fixando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado.

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DO RECURSO, 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 Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.035600-1 - Dourados
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – ALMEJADO RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR – ARTIGO 16 DO CÓDIGO PENAL – BENS RESTITUÍDOS POR POLICIAIS E NÃO VOLUNTARIAMENTE PELO ACUSADO – PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 14 DA LEI N. 9.807/99 (DELAÇÃO PREMIADA) – ALTERNATIVIDADE DOS REQUISITOS – EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – RECURSO IMPROVIDO.

Quando a *res furtiva* não é restituída pelo réu, mas pelos policiais que participaram da diligência, não há ser reconhecida a minorante do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do CP, tendo em vista a ausência de voluntariedade.

Além dos requisitos alinhavados pela Lei de Proteção às Vítimas e às Testemunhas, para a admissão da delação premiada e a consequente diminuição de pena ou perdão judicial, deve-se ter em mente que a delação só deve ser aplicada em caráter excepcional, no caso em que a extrema necessidade a demandasse perante a falta de outras provas aptas à apuração do crime e a posterior punição de seus autores e partícipes.

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, 16 de dezembro de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Claudeir Cáceres Santos interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformado com a sentença (f. 116-21) que o condenou às penas de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime semi-aberto, e de 25 (vinte e cinco) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput,* do Código Penal (Furto).

Em suas razões recursais (f. 131-3), o apelante pugna, em apertada síntese, pela aplicação da causa de diminuição prevista no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior) em no mínimo 1/3 (um terço) e, ainda, pelo reconhecimento da delação premiada (art. 16 da Lei n. 9.807/99) para a minoração da reprimenda.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões recursais (f. 134-42), pugna pelo improvimento do recurso defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 150-5), opina pelo improvimento do recurso defensivo.

VOTO

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

Claudeir Cáceres Santos interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformado com a sentença (f. 116-21) que o condenou às penas de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime semi-aberto, e de 25 (vinte e cinco) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput,* do Código Penal (Furto).

Em suas razões recursais (f. 131-3), o apelante pugna, em apertada síntese, pela aplicação da causa de diminuição prevista no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior) em no mínimo 1/3 (um terço) e, ainda, pelo reconhecimento da delação premiada (art. 16 da Lei n. 9.807/99) para a minoração da reprimenda.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões recursais (f. 134-42), pugna pelo improvimento do recurso defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 150-5), opina pelo improvimento do recurso defensivo.

Consta na denúncia que:

> [...] no dia 21 de fevereiro de 2006, aproximadamente às 10h, na reserva indígena Jaguapiru, nesta comarca, o denunciado subtraiu, para si, uma égua carroceira, na cor tordilha clara, com um sinal de cor branca na cara e cascos na cor preta, pertencente à vítima Marlene Ramires. A *res furtiva* foi avaliada em R$ 700,00 (setecentos reais), consoante evidencia o Auto ajoujado nas f. 24. Depreende-se dos autos que o denunciado, no dia e hora dos fatos, estava passando de bicicleta pela reserva Jaguapiru, quando avistou o referido animal solto na aldeia, oportunidade em que deliberou subtraí-lo, assim de fato o fazendo, porém, deixou no local o seu biciclo e evadiu-se na posse da égua. Posteriormente, dirigiu-se até a cidade de Itaporã/MS, local onde vendeu a *res* pelo valor de R$ 120,00 (cento e vinte reais) ao Sr. Josué Gonçalves, que é comprador, vendedor e domador de eqüinos na região. Após, o increpado retornou à aldeia para pegar sua bicicleta, momento em que foi detido por populares, por ser o suspeito do furto, sendo acionada a Policia Militar, que compareceu ao lugar e, mediante a confissão do acusado, deu-lhe voz de prisão. Instado, o denunciado confessou a prática do crime, salientando que recebeu a quantia de R$ 120,00 pela venda do animal (f. 11-12). Somente um dia após os fatos é que o animal foi encontrado em poder de terceiro e apreendido, tendo, por conseguinte, havido a completa inversão da posse e a consumação do crime (f. 25-27).

DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 16 DO CÓDIGO PENAL – ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Inicialmente, pugna o apelante pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior). Todavia, não lhe assiste razão.

O art. 16 do Código Penal assim dispõe:

> Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

> Segundo Mirabete[1]: para a existência da causa de diminuição de pena, a reparação deve ser pessoal, completa e voluntária. [...] Não ocorrerá também a diminuição quando a reparação ocorrer por coação física ou moral, quando o agente foi obrigado a indenizar o ofendido por decisão judicial, quando a coisa foi apreendida em diligência policial, etc.

Justamente para evidenciar o requisito da voluntariedade é que se exige seja a devolução ou reparação feita pessoalmente pelo agente.

No caso em análise, a referida minorante não pode ser aplicada, visto que, conforme se extrai do Termo de Declarações (f. 31); do Auto de Exibição e Apreensão (f. 32); e Auto de Depósito (f. 33), a *res furtiva* foi entregue na Delegacia de Polícia pelo Sr. Josué Gonçalves (comprador da égua), em consequência de diligência policial, e não voluntariamente pelo apelante como quer fazer crer a defesa.

A jurisprudência é pacífica nesse sentido:

> TJRS: 'Furto qualificado pelo concurso de pessoas. Inaplicabilidade do art. 16, do CP. Em não consistindo a entrega do bem subtraído ato pessoal do agente, e sim por apreensão da autoridade policial, não incide a diminuição preconizada no art. 16 do CP, mesmo tendo a restituição sido operada antes do oferecimento da denúncia. Condenação mantida.' (RJTJERGS195/182).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – RÉU PRIMÁRIO E COISA DE PEQUENO VALOR – REQUISITOS ATENDIDOS – RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO § 2º DO ART. 155 DO CP – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - EXCLUSÃO – REGIME PRISIONAL ALTERADO DO SEMIABERTO PARA O ABERTO – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – AUSÊNCIA DE ATO VOLUNTÁRIO DO AGENTE – NÃO RECONHECIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Se a reparação do dano à vítima não decorreu de ato voluntário do agente, tendo os objetos sido apreendidos pela polícia civil sem que o mesmo soubesse ou autorizasse, não há aplicar a causa de diminuição do arrependimento posterior prevista no art. 16 do Estatuto Repressivo. (TJMS, ACr n. 2008.027281-8, Fátima do Sul, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 12.3.2009).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – MATERIALIDADE COMPROVADA – *RES FURTIVA* ENCONTRADA EM PODER DA NAMORADA DO RÉU – PROVA SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE REDUÇÃO – ALMEJADO RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR – INADMISSIBILIDADE – BENS RESTITUÍDOS POR POLICIAIS E NÃO VOLUNTARIAMENTE PELO ACUSADO – PENA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. [...] Se a *res furtiva* não foi restituída pelo réu, mas pelos policiais, não há como ser reconhecida a minorante do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do CP, tendo em vista a ausência de voluntariedade. (ACr n. 2010.002292-8, Dourados, Primeita Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 16.8.2010).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – FURTO QUALIFICADO – ARTIGO 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – ARTIGO 16 DO CÓDIGO PENAL – INAPLICÁVEL – *RES FURTIVA* NÃO ENTREGUE PESSOALMENTE PELO AGENTE E NEM RESTITUÍDA EM SUA TOTALIDADE – RECURSO IMPROVIDO. A causa geral de diminuição prevista no artigo 16 do Código Penal – arrependimento posterior – leva em consideração a espontaneidade do agente, a celeridade na devolução e a recuperação total da *res furtiva*, a ausência de algum desses requisitos impossibilita a aplicação da benesse. (ACr n. 2010.002028-5, Bataguaçu, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, julgado em 3.5.2010).

1 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2010. p. 151.

Dessa forma, não há falar em reconhecimento da causa de diminuição do arrependimento posterior.

DA APLICAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA – ART. 14 DA LEI N. 9.807/99

Requer o apelante, ainda, a aplicação da delação premiada, sob o fundamento de que colaborou voluntariamente para a investigação policial, na identificação e responsabilização de quem adquiriu o objeto, possibilitando, assim, a recuperação e restituição para a vítima.

Inicialmente, imperioso ressaltar que a Lei n. 9.807/99 dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal, dispondo, em seu art. 14, o seguinte:

> Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Analisando o artigo supramencionado, apreende-se que a Lei de Proteção às Vítimas e às Testemunhas exige a observância dos seguintes requisitos: voluntariedade da colaboração com o processo criminal ou investigação; resultado que atinja a identificação dos demais coautores ou partícipes, ou a localização da vítima ou a recuperação total ou parcial do produto do crime.

No entanto, há divergência doutrinária acerca da cumulatividade ou alternatividade dos requisitos exigidos para a concessão da delação premiada, sendo que a maioria entende serem alternativos.

Segundo Rogério Sanches Cunha e Luiz Flávio Gomes[2]:

> Alguns doutrinadores, conquanto em número menor, entendem que são cumulativos, outros, que são alternativos. os autores que adotam a segunda corrente são Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus. Já o Des. Nilton Machado, do TJ/SC, é incisivo ao afirmar que "Não se pode entender como cumulativos os resultados a serem obtidos com a delação para premiá-la, sob pena de se criar, sem reserva legal, uma restrição não contida na lei e mesmo porque daí seria cabível apenas em caso de extorsão mediante sequestro, ou roubo com restrição da liberdade da vítima.

No mesmo sentido, é o escólio de Guilherme de Souza Nucci[3]:

> A lei não é clara, a respeito da alternatividade ou da cumulatividade dos requisitos enumerados nos incisos do art. 13. Acolhendo-se a tese da cumulatividade, a lei perde o seu significado e reduz-se à aplicação ao crime de extorsão mediante sequestro, pois é o único que permite a identificação de comparsas + a localização da vítima + a recuperação do produto do crime (valor do resgate). Não é lógica essa posição, uma vez que não teria sentido editar uma lei de proteção a vítimas e testemunhas voltada, unicamente ao delito previsto no art. 159 do Código Penal. Portanto, parece-nos natural concluir pela alternatividade dos requisitos.

Não obstante adotar a corrente doutrinária que opta pela alternatividade dos requisitos, tem-se que, além dos requisitos alinhavados pela Lei para a admissão da delação premiada e a consequente diminuição de pena ou perdão judicial, deve-se ter em mente que a delação só deve ser aplicada em caráter excepcional, no caso em que a extrema necessidade a demandasse perante a falta de outras provas aptas à apuração do crime e a posterior punição de seus autores e partícipes.

2 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial**. São Paulo: RT, 2009. p. 867-8.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: RT, p. 1064.

Não é o que se observa no caso em análise, uma vez que o apelante apenas indicou a pessoa a quem ele vendeu a égua objeto do furto, e, conforme se depreende do interrogatório de f. 69, qualquer pessoa chegaria facilmente ao Sr. Josué Gonçalves mesmo sem a indicação do recorrente, pois este não conhecia o comprador, chegando até ele por ser pessoa conhecida na pequena cidade de Itaporã/MS como o senhor que compra cavalos para bragança.

Alberto Silva Franco[4], nesse sentido, dispõe que: *"só teria cabimento em situações muito especiais e em nenhum outro delito a mais"*.

Como bem ressaltado pelo Membro do Ministério Público Estadual (f. 140): *"*a delação premiada não é equivalente à simples confissão do acusado e que no o fato dele ter apontado o local onde a *res* estava não é suficiente para o reconhecimento do referido instituto.*"*

E ainda, pela Procuradoria-Geral de Justiça (f. 154): "agiu corretamente a magistrada *a quo* ao classificar as informações prestadas pelo apelante como confissão espontânea, que não se confunde com a delação premiada" (f. 120).

Dessa forma, verifica-se que o caso em análise não se encaixa na excepcionalidade, não é, portanto, hipótese de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 14 da Lei n. 9.807/99.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo.

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, 16 de dezembro de 2010.

***

4 FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: RT, 1992.

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.000060-2 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – LAVAGEM DE CAPITAIS –PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA NOS REQUISITOS DO ART. 312, CPP – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ABSTRATA DA GRAVIDADE DO TIPO PENAL – DOMICÍLIO EM REGIÃO DE FRONTEIRA – FATO ISOLADO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE INVALIDA O DECRETO PRISIONAL – ELEMENTO DE CARÁTER OBJETIVO – ART. 580, CPP – NECESSIDADE DE EXTENSÃO DE EFEITOS AOS COINDICIADOS – ORDEM CONCEDIDA E EFEITOS ESTENDIDOS.

Conforme Precedentes do STF "a decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa processada, se em liberdade, poderá delinqüir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se c/o distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira" (*HC* n. 93.883, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26.8.2008, DJ 26.3.2009).

A fundamentação necessária para o decreto prisional exige a análise de elementos concretos indicados no art. 312 do CPP, não sendo possível a constrição cautelar do agente apenas com base na análise abstrata da gravidade do tipo penal nem no fato isolado de o paciente ter domicílio em região fronteiriça com o Paraguai.

A ausência de fundamentação adequada para a decretação da prisão preventiva é circunstância que invalida a decisão e, por ser de caráter objetivo, deve ter seus efeitos estendidos a todos os coindiciados, conforme preceitua o art. 580 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2011.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de ordem de *Habeas Corpus* impetrada por Manoel Cunha Lacerda e Renan Salvador Rynaldi, em favor de Oscar Daniel Cabreira Pinazo, apontando o Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Campo Grande como autoridade coatora.

Os impetrantes sustentam, em apertada síntese, que o paciente está sofrendo constragimento ilegal, consubstanciado na sua prisão preventiva, decretada em decorrência de uma operação policial que teria desbaratado suposta organização criminosa especializada em lavagem de capitais.

Aduzem que a decisão que decretou a prisão preventiva teria sido genérica e sem a fundamentação individualizada sobre a necessidade de constrição cautelar de cada paciente. Ressaltam a ausência dos requisitos do art. 312 do CPP.

O Desembargador Plantonista deixou de apreciar o pedido liminar (f. 89-90).

Os impetrantes interpuseram embargos de declaração (f. 91-8).

O Desembargador Plantonista acolheu parcialmente os aclaratórios, "*apenas para requisitar a autoridade coatora que junte aos autos os 7 (sete) áudios de escutas telefonicas de n. 253144, 253287, 298109, 298224, 299402, 299742 e 304267, bem como suas respectivas degravações ou transcrições*" (f. 99-101).

Após o término do recesso forense, os autos foram distribuídos ao Des. João Carlos Brandes Garcia, que determinou que fosse oficiado à autoridade apontada como coatora para prestar informações (f. 105).

O juiz plantonista da Comarca de Campo Grande, instado a prestar informações, determinou a remessa de "*cópias dos áudios de escuta telefônica n. 21 e 31/PIC.11/NI/GAECO/10, bem como seus relatórios referentes as transcrições*" (f. 106).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 187-94), opina pela denegação da ordem.

Em virtude da prevenção estabelecida pelo *Habeas Corpus* n. 2010.039329-8, o Des. João Carlos Brandes Garcia determinou a redistribuição dos autos a esta Relatoria (f. 196).

Os impetrantes juntaram petição em que refutam trechos do parecer ministerial e pleiteam a conversão do julgamento em diligência (f. 200-15).

VOTO

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

Trata-se de ordem de *Habeas Corpus* impetrada por Manoel Cunha Lacerda e Renan Salvador Rynaldi, em favor de Oscar Daniel Cabreira Pinazo, apontando o Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Campo Grande como autoridade coatora.

Os impetrantes sustentam, em apertada síntese, que o paciente está sofrendo constragimento ilegal, consubstanciado na sua prisão preventiva, decretada em decorrência de uma operação policial que teria desbaratado suposta organização criminosa especializada em lavagem de capitais.

Aduzem que a decisão que decretou a prisão preventiva teria sido genérica e sem a fundamentação individualizada sobre a necessidade de constrição cautelar de cada paciente. Ressaltam a ausência dos requisitos do art. 312 do CPP.

Verifica-se que a prisão do paciente fora determinada pelo Juiz Plantonista da Comarca de Campo Grande em decorrência de Procedimento de Investigação Criminal instaurado pelo GAECO.

A decisão judicial em questão decretou a constrição cautelar de 17 (dezessete) pessoas, apontando-as como participantes de organização criminosa destinada às operações de lavagem de capitais oriundos do tráfico de drogas.

Segundo relato dos membros do *Parquet* e da autoridade apontada como coatora, o Procedimento Investigativo em questão teve início com o encaminhamento de relatórios e gravações telefônicas do GAECO do PR acerca de eventuais condutas delitivas praticadas no Estado de Mato Grosso do Sul.

Segundo os relatórios do GAECO-PR, a intensa movimentação bancária entre as contas de Aníbal Sanábria, Comercial Souelo Ltda. ME, Continental Alimentos Ltda. EPP e Anfla Produtos Alimentícios Ltda. EPP possibilitaria a conclusão de que todo o grupo estaria envolvido num esquema de lavagem de capitais oriundos do tráfico de drogas.

Na sequência, a decisão questionada aborda o que seria o envolvimento de cada um dos indiciados com a prática delituosa, com um breve resumo sobre o papel dele na organização e as sínteses de gravações telefônicas que os comprometeriam (f. 70-80).

Para fundamentar o decreto prisional, a autoridade apontada como coatora lançou mão dos seguintes argumentos (f. 80-2):

> É cediço que para se decretar a prisão preventiva faz-se necessário a demonstração do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, porquanto estes os elementos que podem denotar a imprescindibilidade da prisão.
>
> Pois bem. Da análise dos resultados das investigações engendradas pelo GAECO, há fortes indícios que demonstram uma intensa ligação entre os investigados Oscar Daniel Cabreira Pinazo, Flavio Ricardo Cabreira Pinazo, Thiago Serviam Duarte, Luiz Carlos Serviam Duarte, Alzira Felipa Liuzi, Gefferson de Jesus Novaes, Joelson de Moraes Costa, Marcos Recaldes Aveiro, Oswaldo Batista de Chaves Junior, Josiel Flávio Fernandes, Mário Brandão Garcia, Maristela Benites Peres, Carlos Jullyano Araújo, Edson Guedes da Costa, Amanda Ramires Guedes, Amarildo Calixto da Silva e Nelson Marçal Ferreira, os quais se aliaram, sob o comandado de Oscar Daniel Cabreira Pinazo, para a prática ilícita de lavagem de capitais provenientes de transações ilegais, principalmente provenientes do tráfico de drogas, obtendo vantagem, aproximadamente 1% (um percentual) dos valores envolvidos.
>
> A materialidade do delito e a autoria estão devidamente comprovada no Relatório Investigativo e na operação deflagrada pelo GAECO-PR, que resultou na prisão dos motoristas de caminhões José Caldeiras dos Santos e Adilson dos Santos, (mulas) onde restou provado que os terminais telefônicos (67) 92241224 e (67) 91143008, (utilizados na transação e no depósito do valor de compra das drogas apreendidas), estavam em nome de Amarildo Calixto da Silva; que as contas bancárias que receberam os pagamentos pertenciam a Aníbal Sanábria e Comercila Souelo Ltda. ME.
>
> Portanto, é possível concluir que a conduta dos investigados se enquadra na descrição típica dos delitos de associação para a prática de lavagem de capitais provenientes de transações ilícitas, formação de quadrilha e, como dito alhures, alguns membros estão envolvidos em transações para o tráfico de drogas, o que demonstra o chamado *fumus comissi delicti.*
>
> O *periculum libertatis* também é evidenciado nos autos, vez que as atividades praticadas pela organização criminosa é extremamente perniciosa à sociedade por viabilizar a transformação dos capitais de origem ilegal em patrimônio lícitos, estimulando o pensamento de que o crime compensa já que a intenção de todo criminoso é fazer fortuna e ver o seu patrimônio legalizado para que possa usufruí-lo sem se preocupar em justificar a sua origem.
>
> A manutenção da liberdade dos investigados permitirá a continuidade da prática criminosa e dificultará o levantamento de outras provas, sem contar que ao terem conhecimento das investigações, certamente, tentarão esquivar-se da justiça fugindo para o país vizinho Paraguai, onde o Chefe da organização possui, de forma estratégica, uma Casa de Câmbio.

> A suspeita tem fundamento pelo comportamento dos investigados ao serem surpreendidos por uma operação da Polícia Federal deflagrada entre os dias 25 e 26 de novembro, desarticulando uma quadrilha de traficantes de drogas, que incidiu no bloqueio de algumas contas correntes pertencentes às empresas Souelo e Continental.
>
> O fato gerou preocupação, dando claras evidências da intenção de fuga ao menor sinal de perigo, conforme orientação de Oscar Daniel Cabreira Pinazzo a Luís Carlos Serviam Duarte, subentendido na interceptação telefônica, áudio 580962, – para que o comparsa Luís Carlos Serviam Duarte tome as providências com relação ao ocorrido e depois 'descerem para cá', ou seja, orienta Luís a, juntamente, com os demais comparsas, se deslocarem até a região de fronteira.
>
> Ressalte-se que os crimes de lavagem de capitais, formação de quadrilha e favorecimento ao tráfico de drogas, são puníveis com penas de reclusão.
>
> Assim, ante os indícios da participação de todos os investigados na formação de organização criminosa, resta plenamente satisfeito os pressupostos cautelares do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, presentes no caput do art. 312 do CPP.

Deve-se lembrar, sempre, que a Carta Magna assegura a liberdade como uma garantia fundamental (art. 5º, *caput*, da CF), somente sendo possível a prisão em decorrência da condenação definitiva ou da presença dos requisitos da prisão em flagrante, preventiva ou temporária.

Inicialmente, cumpre salientar que, nas palavras de Aury Lopes Junior[1], "*a liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos*".

Dessa forma, a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades individuais, seja qual for a sua modalidade, por possuir caráter excepcionalíssimo que, portanto, demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados, conforme estabelecem os artigos 93, IX, e 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Com maestria, Claus Roxin[2] ensina acerca da prisão cautelar no Estado Democrático de Direito:

> Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário.

Há de se lembrar que, em um Estado Democrático de Direito, as garantias fundamentais possuem a função de limitar a ação estatal, sendo certo que nenhum cidadão brasileiro poderá ser considerado culpado pela prática de uma infração penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e sem o devido processo legal.

1 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 21.

2 ROXIN, Claus. **Derecho Processual Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 258.

Cesare Beccaria[3], há muito, já advertia que "*um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida*".

No caso dos autos, houve decretação de prisão preventiva, portanto a decisão judicial deve ter por base o art. 312 do Código de Processo Penal:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Destarte, o artigo 312 do CPP estabelece objetivamente quais são as hipóteses em que haverá a decretação da prisão preventiva. Assim sendo, é imperioso reconhecer o seguinte: para que a liberdade do indivíduo seja restringida preventivamente, não basta que estejam presentes "*prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*".

É imperativo que, somados a estes requisitos, esteja presente, ao menos, um dos outros requisitos apontados pelo mesmo artigo, qual seja "*garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal*".

Nesse momento, não obstante a autoridade apontada como coatora tenha concluído que a materialidade do delito de lavagem de capitais esteja comprovada, observa-se que a fundamentação adotada para tal finalidade foi referente aos crimes de tráfico de drogas ocorridos no Estado do Paraná.

Ainda que algumas ligações interceptadas representem indícios da ocorrência do crime de lavagem de capitais, parece precipitado concluir que a materialidade deste crime esteja comprovada.

Importante que se note, a análise do pedido de prisão preventiva não comporta um juízo de culpabilidade em relação ao crime que é imputado ao réu. Esta é a tarefa do processo crime, que terá sentença a respeito do mérito da ação. É no juízo de mérito da ação que se avalia o perigo da liberdade e a quantidade da reprimenda necessária para o réu.

Já a prisão preventiva deve-se pautar pelo perigo que o réu causa ao processo e ao trâmite regular da ação. Ao contrário do juízo retrospectivo que se objetiva com o julgamento do mérito do processo crime, o objetivo precípuo da prisão preventiva é um juízo prospectivo, baseado, obviamente, nos elementos presentes.

Destarte, as hipóteses de coautoria e participação, previstas no artigo 29 do CP, não se aplicam à prisão cautelar, que leva em consideração o caráter personalíssimo da segregação.

Nesta esteira, deve-se reconhecer que o paciente deste *writ*, até o momento, não apresentou nada em seu comportamento que ensejasse a prisão preventiva.

Há apenas a afirmação de que Oscar Daniel Cabreira Pinazo teria orientado Luís Carlos Serviam Duarte sobre eventual procedimento de fuga para o Paraguai, que estaria subentendido no áudio 580962 e nem sequer foi transcrita nos autos, seja no pedido de prisão preventiva do GAECO, na decisão da autoridade apontada como coatora, nos CDs enviados em substituição às informações ou no parecer ministerial.

No restante da fundamentação, verifica-se que a autoridade apontada como coatora não aponta nenhum elemento concreto de convencimento que indique a necessidade de constrição cautelar. Neste sentido, deve-se lembrar que o fato isolado de o paciente residir em região de fronteira não enseja a decretação automática da prisão preventiva.

3 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret. p. 35.

O embasamento para a prisão preventiva num Estado Democrático de Direito deve ser fulcrado em dados objetivos e concretos, não em meras suposições ou conjecturas, como bem salientou o Ministro Celso de Mello, no brilhante voto proferido no *HC* n. 93.883:

> A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa.
>
> A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa ou processada, se em liberdade, poderá delinqüir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira.

Com efeito, não se pode invocar a garantia da ordem pública para justificar, largamente, a prisão preventiva, utilizando-se como fundamento só a gravidade do crime[4] ou a necessidade de ser preservada a credibilidade da justiça[5], sob pena de encarcerar todos os acusados de crimes "odiosos", mediante análise objetiva e abstrata do tipo penal em si, algo absolutamente indesejável.

Assim, não havendo nenhuma demonstração de preenchimento dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, deve-se garantir a liberdade do paciente, no exercício máximo de sua garantia constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento firme acerca do tema:

> Toda prisão anterior à condenação transitada em julgado somente pode ser imposta por decisão concretamente fundamentada, mediante a demonstração explícita da sua necessidade, observado o art. 312 do Código de Processo Penal.
>
> Circunstâncias de caráter genérico, tais como aquelas concernentes à gravidade abstrata do delito, ou a vaga referência à possibilidade de fuga, dissociadas de qualquer elemento concreto, são inaptas a fundamentar a custódia cautelar do paciente, evidenciando-se, assim, o constrangimento ilegal, sendo certo que não é dado à Corte local suprir a fundamentação deficiente do magistrado.
>
> Tratando-se de réu primário, possuidor de bons antecedentes, com profissão definida, residência fixa no distrito da culpa e que compareceu espontaneamente quando solicitado pela autoridade policial, nada impede que lhe seja concedido o direito de responder ao processo em liberdade. (STJ, *HC* n. 182.786/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. convocado do TJ/CE), julgado em 18.11.2010, DJ de 17.12.2010).
>
> A necessidade de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado – não pode significar, em meu ver, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção.
>
> No caso, a fundamentação da prisão se restringe apenas à fuga do paciente e ao texto do artigo 312 do Código de Processo Penal. Não há, pois, apresentação de dados que indiquem materialmente a razão da custódia.

4 Nesse sentido concluindo-se pelo não cabimento de prisão preventiva assentada, exclusivamente na gravidade do crime, ainda que se trate de crime hediondo: STF (*HC* n. 85.020/RJ, julgado em 14.12.2004, DJ de 25.2.2005, p. 29), STJ (*HC* n. 16.400, julgado em 2.12.2004, DJ de 14.3.2005, *HC* n. 39.278/AL, julgado em 7.12.2004, DJ de 28.2.2005).

5 STF, *HC* n. 85020/RJ, julgado em 14.12.2004, DJ de 25.2.2005, p. 29.

> São inúmeros os precedentes que afirmam ser inidônea a prisão cautelar decretada com fundamento apenas na gravidade abstrata do crime e na fuga do distrito da culpa, razão pela qual não procede o argumento de que a matéria apresentada pelo impetrante não é pacífica nesta Corte Superior de Justiça. Precedentes. (STJ, AgRg no *HC* n. 140.009/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (Des. convocado do TJ/SP), julgado em 4.11.2010, DJ de 29.11.2010).

Por fim, deve-se lembrar que o fundamento da concessão deste *writ* é de caráter objetivo, ou seja, a ausência de fundamentação adequada aos requisitos do art. 312 do CPP. Neste sentido, é imperioso notar que todos os indiciados se enquadram na mesma situação.

Em decorrência deste fato, deve ser aplicada a previsão do art. 580 do CPP ao caso concreto, estendendo-se a ordem a todos eles:

> Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Também acerca desta questão, o Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento pacífico:

> Demonstrado que o entendimento adotado na decisão que revogou a custódia dos corréus não possui caráter exclusivamente pessoal, é possível a extensão dos seus efeitos ao paciente, em obediência ao Princípio da Isonomia e ao próprio art. 580 do Código de Processo Penal, que garante igual tratamento a réus que se encontram em situação processual idêntica. (STJ, *HC* n. 144.556/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 21.10.2010, DJ de 8.11.2010).

Diante do exposto, contrariando o parecer, concedo a ordem de *habeas corpus* em favor de Oscar Daniel Cabreira Pinazo, para revogar a prisão preventiva decretada em seu desfavor, mediante assinatura de Termo de Compromisso de Comparecimento a todos os atos investigativos e processuais a que for intimado, e, *ex officio*, estendo os efeitos desta decisão aos coindiciados Flavio Ricardo Cabreira Pinazo, Thiago Serviam Duarte, Luiz Carlos Serviam Duarte, Alzira Felipa Liuzi, Geferson de Jesus Novaes, Joelson de Moraes Costa, Marcos Recaldes Aveiro, Oswaldo Batista de Chaves Junior, Josiel Flávio Fernandes, Mário Brandão Garcia, Maristela Benites Peres, Carlos Jullyano Araújo, Edison Guedes da Costa, Amanda Ramires Guedes, Amarildo Calixto da Silva e Nelson Marçal Ferreira, nos termos do art. 580 do CPP.

Expeçam-se Alvarás de Soltura, imediatamente, independente de publicação de acórdão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Carlos Eduardo Contar e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2011

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.031375-7 - Caarapó
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO DE ARMA EM VÁRIOS DOMICÍLIOS – DEFERIMENTO SOMENTE QUANTO AO LOCAL ONDE O SUSPEITO RESIDE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Deve ser deferido o pleito de busca e apreensão domiciliar somente quando o requisito "fundadas razões" estiver preenchido. A medida excepcional da busca e apreensão deve ser empregada com resguardo, para que não se viole direitos garantidos pela ordem constitucional. Há fortes indícios de que a arma do crime estaria na residência de sogra do acusado, onde também reside, único local onde deve ser autorizada medida acautelatória.

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, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em face da decisão do Juiz da 1ª Vara de Caarapó que indeferiu o pedido de busca e apreensão (f. 35-7), formulado pela autoridade policial, nas residências de Francisco Vieira, Cristian do Carmo Silva, Maria Helena Rufino e Manoel Vieira da Silva, por ausência dos "fortes indícios" exigidos pelo artigo 240, §1º, do Código de Processo Penal.

Em suas razões, o Ministério Público sustenta que tal decisão seria injusta, uma vez que a autoridade policial somente não indicou motivos suficientes da busca e apreensão em relação a um dos interessados (Manoel Vieira da Silva), não ocorrendo quanto aos demais. Alega, ainda, que o direito fundamental à inviolabilidade do domicilio não é absoluto e que não pode essa garantia constitucional sobrepor-se à imperiosa busca da verdade real.

Não houve apresentação de contrarrazões, já que há apenas interessados.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento parcial do recurso (f. 71-4).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

O Ministério Público apela da decisão que indeferiu medida cautelar. A Delegacia de Polícia requereu ao Juiz da 1ª Vara de Caarapó a expedição de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar para a arma que teria sido utilizada na tentativa de homicídio de Mário Sérgio Dias. Dentre os investigados, constaram Cristiano do Carmo Silva e seu tio, Francisco Vieira.

O mandado de busca e apreensão solicitava a procura da arma do crime nas residências de Francisco Vieira, Cristian do Carmo Silva, Maria Helena Rufino e Manoel Vieira da Silva (familiares próximos ao acusado). O pedido, todavia, foi indeferido pelo juiz *a quo* sob o argumento de que não foi preenchida a exigência de haver "fundadas razões", conforme preceitua o artigo 240, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

Em suas razões, o órgão ministerial sustenta que tal decisão seria injusta, uma vez que a autoridade policial somente não indicou motivos suficientes da busca e apreensão em relação a um dos interessados (Manoel Vieira da Silva), não ocorrendo quanto aos demais. Alega, ainda, que o direito fundamental à inviolabilidade do domicilio não é absoluto e que não pode essa garantia constitucional sobrepor-se à imperiosa busca da verdade real.

Pois bem, assiste parcial razão ao apelante.

A medida acautelatória da busca e apreensão é um importante meio de coleta de provas no processo penal. Em grande parte dos casos, as provas obtidas por tal procedimento são a base da acusação, contudo tal medida deve obedecer aos critérios da estrita legalidade, da proporcionalidade e da necessidade.

Observando tais princípios, entendo que a presente apelação tem razão somente quanto ao pedido de busca e apreensão na residência de Maria Helena Rufino (sogra do acusado), por ser o local de residência dele. Ainda, se forem efetuadas as diligências nas demais residências, há uma grande probabilidade de elas restarem infrutíferas, além de poder ser excedido o limite da razoabilidade.

Explico. A busca e apreensão no domicílio de Cristian, Manoel e Francisco é violadora dos direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal, uma vez que não foram expostas no pedido as "fundadas razões" preconizadas no artigo 240, §1º, do CPP.

Nesse sentido:

> MANDADO DE SEGURANÇA –BUSCA E APREENSÃO – ILEGALIDADE MANIFESTA- ORDEM CONCEDIDA A busca e apreensão somente pode ser admitida quando existir fundada razão (artigo 240, §1º, do Código de Processo Penal).Só se defere busca e apreensão em repartição pública em casos excepcionalíssimos, quando impossível produzir a prova de outro modo. (TJSC, MS n. 2005.041243-7 , Balneário Camboriú, Rel. Des. Amaral e Silva, julgado em7.2.2006)

O simples fato de Cristian ser irmão do suspeito e ter utilizado o seu carro em dia próximo ao do atentado, conforme declaração de f. 18, por si só, não gera direito à busca e apreensão em seu domicílio.

Já Manoel e Francisco são apenas tios do suspeito, tal relação não pode permitir a quebra da inviolabilidade de seus direitos.

Insta ressaltar que o mesmo não ocorre em relação a Maria Helena Rufino, uma vez que se trata do local onde o suspeito reside, havendo probabilidade maior de ser encontrado algo em sua residência.

Assim, visto que a medida excepcional objetiva apurar a veracidade dos fatos narrados nos autos e por haver "fundadas razões" a autorizar a busca domiciliar para apreender a arma do crime, a decisão do juiz *a quo* que indeferiu o pleito de busca e apreensão deve ser parcialmente reformada, para permitir que seja realizada no domicílio em que reside o acusado.

Colaciono jurisprudência sobre o tema:

> APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA ACUSAÇÃO. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR PARA APURAR A PRÁTICA DO CRIME. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS QUE PRESENCIARAM O OCORRIDO, NA FASE POLICIAL, COERENTES EM AFIRMAR QUE O APELADO PORTAVA ARMA DE FOGO. NECESSIDADE DA MEDIDA PARA APURAR EM QUAL CONDUTA TÍPICA INCIDE O APELADO. REFORMA DA DECISÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDANDO DE BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR DE ARMA DE FOGO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, ACr 778839 SC 2008.077883-9, Primeira Câmara Criminal, Rel. Carlos Alberto Civinski, julgado em 6.4.2010)

> PENAL E PROCESSO PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. ÍNDICIOS DO DELITO. A ausência de autorização de funcionamento para instalação de rádio comunitária configura em forte indício do delito inserto no art. 183 da Lei n. 9.427/97. O deferimento da Busca e Apreensão, inserto no art. 240 do CPP possibilita verificar o alcance da freqüência sonora, bem como os possíveis responsáveis pela prática do delito de utilização de rádio comunitária, sem a devida autorização do Poder Público. Apelação provida (TRF, ACr 2867 CE 2001.81.00.017960-7, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, julgado em 5.4.2004).

Ante o exposto, nos termos do artigo 240, § 1º, "d", do Código de Processo Penal, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para permitir a busca e apreensão da arma do crime somente na residência de Maria Helena Rufino.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PARCIAL 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 Desembargador João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.033197-5 - Caarapó
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – DESACATO – OFENSAS À AGENTE DE SAÚDE NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – RETRATAÇÃO EM JUÍZO – DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS – PROVA SUFICIENTE A DEMONSTRAR A AUTORIA DO DELITO DO ART. 331 DO CP – EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA DO AGENTE – EXCLUDENTE INADMISSÍVEL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há falar em absolvição quando está devidamente demonstrada nos autos a prática dos delitos imputados ao apelante, mediante a confissão do acusado na fase policial e os depoimentos das vítimas. Configura o crime de desacato a utilização de palavras grosseiras contra pessoa no exercício de sua função pública, com intuito de humilhá-la, desprezá-la e desrespeitá-la. Não configura excludente o estado de embriaguez do agente, pois não dirime sua responsabilidade criminal, salvo se for total e proveniente de força maior ou caso fortuito.

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 maioria, vencido o 1º vogal, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão de acordo com o parecer.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Manoel Francisco Bertune, por intermédio da Defensoria Pública Estadual**,** irresignado com a decisão que o condenou, pela prática do delito previsto no art. 331 do CP, à pena de 10 meses 15 (quinze) dias de detenção, substituída por uma prestação pecuniária, consistente em recolher o valor de 1 (um) salário-mínimo, interpõe recurso de apelação às f. 116-22.

A defesa requer absolvição, sob o fundamento de que há inexistência de dolo, pois "*para a ocorrência do injusto penal, faz-se premente que as palavras proferidas pelo agente tenham o intuito específico de gerar o desrespeito quanto á função pública.*" (f. 121, parte inicial). Alega, ainda, que a embriaguez exclui o crime de desacato, pois, sob o domínio do álcool, acaba proferindo palavras sem intenção.

Prequestiona violação à interpretação do elemento subjetivo do crime de desacato.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões às f. 127-38, manifestou-se pelo não provimento do recurso, mantendo-se inalterada a sentença objurgada.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 142-4, pelo conhecimento do recurso e pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 17.1.2011)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

O apelante – Manoel Francisco Bertune – foi condenado, pela prática do crime tipificado no art. 331 do CP, à pena de 10 meses e 15 (quinze) dias de detenção, substituída por uma prestação pecuniária, consistente em recolher o valor de 1 (um) salário mínimo.

Cinge-se a questão na análise da possibilidade de sua absolvição, visto que não há provas nos autos acerca do dolo para ocorrência do delito de desacato.

A materialidade delitiva foi comprovada pelo Boletim de Ocorrência de f. 7 e 34.

O artigo 331 do CP prevê o delito de **desacato** nos seguintes termos:

> Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.

Segundo NUCCI:

> Desacatar quer dizer desprezar, faltar com o respeito ou humilhar. O objeto da conduta é o funcionário público. Pode implicar em **qualquer tipo de palavra grosseira** ou ato ofensivo contra a pessoa que exerce função pública. [...] Desacatar, significa, por si só, humilhar ou menosprezar, implicando algo injurioso.[1] (g.n.)

A autoria, por sua vez, está demonstrada pela robusta prova testemunhal acostada aos autos, bem como pela confissão do réu na fase policial.

O apelante, na fase inquisitorial à f. 9, narrou o seguinte:

> [...] Que o declarante [...] foi ao posto de saúde, pois **o declarante estava com problemas em sua perna, que foi maus atendido e acabou perdendo o controle e assume que ofendeu os atendentes; que disse muitas palavras de baixo calão**; que naquele dia havia bebido bebidas alcoólicas; que o declarante só teve tal atitude, por que estava passando por diversos problemas, financeiros familiar e de saúde [...]" (g.n.)

O acusado, ao se retratar no depoimento judicial (f. 71-3), incorreu em mero ato de defesa, não corroborando as provas mencionadas nos autos.

Em juízo, sob o crivo do contraditório, a vítima, Rita Lidiane Candado, afirma que o acusado é autor do delito de desacato. Vejamos:

> [...] **DEPOENTE: Ele foi, me chamou de vagabunda, falou que eu não prestava, que eu não valia nada, e que aquele recinto de trabalho, local era um "puteiro" e que ninguém, todo mundo que trabalhava, não prestava.**
>
> JUIZ: Ele chegou a meaçar a senhora?
>
> DEPOENTE: Não, só me xingou. [...] (f. 74).

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 10 ed. São Paulo: RT, 2010.

Corroborando o depoimento supramencionado, a palavra da testemunha Eliel Oliveira, em juízo:

> [...] DEPOENTE:...é que a gente faz visitas diariamente, né, nas casas, temos 183 famílias, somos em sete agentes de saúde, e naquele dia parecia que ele tinha viajado, né?[...]Aí encontrei ele perto da igreja, creio, assim, pela reação,tava embriagado, sabe, aí eu falei que eu havia ido lá, ele falou que eu não tinha ido e tal, e começou a ficar bravo, eu falei: "Então tá, eu volto amanhã lá, já que o senhor tá nervoso, aí amanhã a gente converssa", ai sai. [...] fui pro PSF, e foi na onde que aconteceu tudo isso. Ele chegou lá xingando [...]
>
> JUIZ: O que é que ele falou para o senhor?
>
> **DEPOENTE: Ah, ele falou que eu era vagabundo [...]**
>
> JUIZ: Quando ele te chamou de vagabundo, dizendo que o senhor não prestava, foi lá dentro do PSF?
>
> DEPOENTE: Foi na rua.
>
> JUIZ: Na rua?
>
> **DEPOENTE: É. A Rita ele xingou no PSF.**
>
> **JUIZ: O senhor estava em serviço ou não?**
>
> **DEPOENTE: Tava em serviço.** [...]. (f. 76-7)

Nota-se que as palavras das vítimas encontram-se em total consonância com os fatos narrados pelo réu na fase policial, demonstrando a prática do delito de desacato previsto no art. 331 do CP.

A pretendida excludente do delito em face da embriaguez não merece guarida, porquanto a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade, respondendo o agente pelo fato a título de dolo.

Além de ter sido voluntária a embriaguez do réu, não há prova de que, em razão dela, o réu era, ao tempo da ação, inteira ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesse sentido, NUCCI nos ensina que *"a embriaguez do agente não dirime a sua responsabilidade criminal quanto ao crime de desacato, salvo se for total e proveniente de força maior ou caso fortuito"*[2]

Por oportuno, colaciono os julgados.

> EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - DESACATO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DESRESPEITO A SERVENTUÁRIA DA JUSTIÇA NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO - DELITO CARACTERIZADO - EMBRIAGUEZ - OLUNTARIEDADE - NÃO-INFLUÊNCIA NA CONDENAÇÃO OU NA REPRIMENDA - SENTENÇA ANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. I - Impositiva a manutenção da sentença condenatória quando autoria e materialidade se encontram devidamente demonstradas nos autos, restando suficientemente provado ter o réu desacatado e ameaçado a Oficiala de Justiça em plena via pública quando esta tentava efetuar sua citação e intimação. II - **O dolo restou configurado, uma vez que eventuais alterações de ânimo e EMBRIAGUEZ ou estado toxicológico voluntários não são causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade**. III - Recurso não provido."(**TJMG**, ACr n.1.0084.09.012615-6/001(1), Rel. Des. Eduardo Brum, DJ de 15.10.2010)

2 Op. Cit.

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 311 DO CÓDIGO PENAL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – RÉU REVEL – ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA PRODUÇÃO DAS PROVAS – IMPROVIMENTO – NECESSIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL – ART.366 DO CPP – PRELIMINAR REJEITADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO E ATIPICIDADE DA CONDUTA DEVIDO A **EMBRIAGUEZ** – IMPOSSIBILIDADE – **EMBRIAGUEZ** VOLUNTÁRIA – PROVAS HARMÔNICAS E SEGURAS PRESENTES NOS AUTOS – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – POSSIBILIDADE – ATENUANTE RECONHECIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] **Nos termos do art. 28, II, do Código Penal, a embriaguez voluntária não afasta a imputabilidade penal, de modo que não há de se cogitar a possibilidade de se considerar como atípica a conduta daquele que, mesmo alegando encontrar-se alcoolizado, desacata autoridade policial**. [...] (TJMS, ACr n. 2010.007410-9, Bataguaçu, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, julgado em 6.5.2010)

Em consequência, entendo que a atitude do réu de agredir verbalmente a vítima, no exercício de suas funções, humilhando-a e desprestigiando-a, sem que esta tivesse provocado ou dado razão a tal conduta, constitui, sim, o crime de desacato pelo qual foi processado, sendo necessária a manutenção da condenação.

De todo exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. BRANDES), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. A 2ª VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 31.1.2011)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (1º Vogal)

Peço vênia ao ilustre Relator, para divergir de seu entendimento.

Trata-se de apelação criminal interposta por Manoel Francisco Bertune contra a sentença que o condenou à pena de 10 meses e 15 dias de detenção, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, pelo crime de desacato, previsto no art. 331 c.c. art. 71, ambos do Código Penal, sendo a pena substituída por uma restritiva de direito, consistente na prestação pecuniária no valor de um salário mínimo.

O apelante pleiteia que seja reformada a sentença condenatória, a fim de que seja absolvido, sob alegação de que sua conduta seria atípica.

Razão lhe assiste.

O apelante, em juízo (f. 71-3), nega a autoria afirmando que reclamou que as vítimas Rita e Eliel, agentes de saúde, não haviam ido até sua residência prestar-lhe atendimento. Vejamos:

> [...] JUIZ: O senhor ouviu aqui a denuncia, que eu já inquiri as testemunhas à sua frente, mas eu vou repetir para o senhor. O senhor está sendo acusado aqui por dois crimes de desacato, e um crime de ameaça. Aqui está narrando que o senhor teria ido até o posto de saúde da Vila Setenta, no dia 11 de maio do ano passado, e lá o senhor teria desacatado o Eliel e a Rita, que são agentes de saúde aqui do Município. Para Eliel, você teria dito que aquele local ali era um "puteiro", e que ele não prestava para nada, e para a Rita você teria chamado ela de vagabunda, e dizendo também que não prestava. E ainda, segundo consta na denúncia teria ameaçado o Eliel de dar um tiro na cabeça dele e uma paulada. INTERROGANDO:

> Eu nunca possui nenhuma arma, doutor, desde pequeno. **JUIZ: Então, o que eu quero saber do senhor é o seguinte, Sr. Manuel: o senhor afirma que desacatou o Eliel e a Rita? INTERROGANDO**: **Não, senhor. Não, senhor** [...] JUIZ: Aí o senhor xingou ela? INTERROGANDO: Não, esse dia, não. Aí eu fui lá, ela foi e me xingou todinho, xingou, diz: "Eu vou lá, você não tá lá, e não sei o que". Aí os vizinhos, diz: "Ela nunca pisou na tua casa", que nem agora, agora eu não sei, me deu um negócio aqui, eu sei lá o que é, se é dengue, se é [...]Que eu tô de cama, já tem uns 20 dias, de cama. Cadê que eles vão lá, ao menos socorrer? Eu venho aqui no PAN, chego aí, liga lá: "Cadê a enfermeira, cadê ele? **JUIZ: O senhor não xingou a Rita e nem o Eliel, naquele dia? INTERROGANDO: Eu tenho essa certeza que não** [...]. (destaquei)

A vítima, Rita Lidiane Candado, na fase extrajudicial (f. 74-5), disse:

> [...] JUIZ: O que é interessante para a gente, aqui, saber, é o que aconteceu lá no posto de saúde aquele dia. **O que é que ele falou para você, naquele dia?** DEPOENTE: Isso. Isso. Ele foi. **Me chamou de vagabunda, falou que eu não prestava, que eu não valia nada, e que aquele recinto de trabalho, local, era um "puteiro" e que ninguém, que todo mundo que trabalhava, não prestava** [...] JUIZ: Ele também proferiu essas palavras baixas aí, para o Eliel? DEPOENTE: Sim. Sim. **JUIZ: O que ele falou para Eliel? DEPOENTE: Ele também falou, que ele só...Que ele não valia nada, NE, e que quando ele ia lá no posto, ele não era atendido, que o Eliel não prestava, que só servia pra ficar na área tomando tereré**. (grifo nosso)

Ademais, a outra vítima, Eliel Oliveira da Silva, informou que:

> [...] Ah, ele falou que era vagabundo, que não prestava, e que tipo assim, e aí eu falei que tipo, aquele dia, naquele dia, eu tinha ido na casa dele, ele não tava, né? Porque ele quase não para lá, e a gente tem outras famílias pra visitar, né, eu não posso ficar o tempo todo lá esperando ele chegar, ou aonde que ele tá [...]. (f. 76-7)

Outrossim, não há outras testemunhas a confirmar o fato, tão somente, as palavras das vítimas contra as do acusado.

Diante disso, não resulta de forma firme e conclusiva a prova de que o réu tenha efetivamente ameaçado as vítimas, de causar-lhes mal injusto e grave.

A ameaça, para configurar crime, deve atingir a paz de espírito da vítima e cercear sua liberdade, a ponto de que, pelo terror ou pânico causado, deixe de se conduzir com liberdade, o que não se denota na espécie.

Desta forma, não restando esclarecido qual o teor das alegadas ameaças, considerando ainda a negativa do réu, não havendo outras testemunhas do ocorrido, revelando os autos, de conclusivo, apenas a existência de desentendimentos na prestação de serviços da saúde em domicílio, não existe a certeza necessária e indispensável à manutenção do decreto condenatório.

Além disso, as circunstâncias do fato indicam a ausência do elemento subjetivo de levar a efeito a ameaça, tampouco ficando demonstrado o justo temor das vítimas, impondo-se o provimento da apelação, com a absolvição do recorrente.

Por tais considerações, contrariando o parecer e divergindo do ilustre relator, dou provimento ao recurso para, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, decretar a absolvição do apelante Manoel Francisco Bertune da prática do delito previsto no artigo art. 331 do CP.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA 2ª VOGAL (DES. MARILZA), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E O 1º VOGAL DAR-LHE PROVIMENTO.

VOTO (EM 7.2.2011)

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes (2º Vogal)

Solicitei vista dos autos para melhor compreender e posicionar-me sobre a matéria; li-os e diante das provas neles coletadas, acompanho o voto do Desembargador Relator, com os mesmos fundamentos por ele apresentados, para negar provimento ao recurso, mantendo a condenação do apelante Manoel pelo crime de desacato.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O 1º VOGAL, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO DE ACORDO COM O PARECER.

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, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.035268-7 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – FALSA IDENTIDADE – CRIME IMPOSSÍVEL – NOME DE OUTRO INFORMADO A POLICIAIS – NÃO ACOLHIDA – SITUAÇÃO QUE CAUSOU CONSTRANGIMENTOS A TERCEIRO QUE NÃO COMETEU DELITO – CONDENAÇÃO MANTIDA – FURTO QUALIFICADO – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA – PROVIMENTO – NÃO HÁ PROVAS DE QUE O APELANTE FOI O AUTOR DE ARROMBAMENTO – INSIGNIFICÂNCIA – NEGATIVA – AUTOR É CONTUMAZ EM CONDUTA DELITUOSA – INCABÍVEL A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO – NOVA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – IMPOSSIBILIDADE – ANÁLISE CUIDADOSA PELO JUIZ *A QUO* – COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DE AMBAS, COM PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA – APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

O apelante foi condenado por furtar um ventilador de um imóvel sem moradores. Incabível a aplicação do princípio da insignificância para beneficiar pessoas que tem a contumácia de cometer delitos. Afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, uma vez que não há provas do momento em que o imóvel foi arrombado, uma vez que estava desocupado. Redução da pena também com o reconhecimento da confissão espontânea. Mantida condenação pelo crime de falso, uma vez que era regra o apelante se apresentar com o nome do seu meio-irmão, que teve vários constrangimentos diante da imputação de crimes que não cometeu.

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, 14 de fevereiro de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação interposta por Gilson de Oliveira Souza contra sentença que o condenou às penas de 3 anos, 1 mês e dez dias de reclusão e 17 dias-multa pela prática do crime descrito no art. 155, § 4º, I, do CP e 4 meses e 20 dias pelo crime do art. 307 do CP.

Inicialmente, pugna que seja reconhecido o princípio da insignificância, diante do fato de que a *res furtiva*, um ventilador de teto em uso, teria valor de R$ 70,00, sendo absolvido, bem como do crime de falsa identidade, uma vez que seria crime impossível, diante do fato de que nem sequer apresentou documentos.

Alternativamente, requer afastamento da qualificadora do furto, compensação entre a atenuante da confissão com a agravante da reincidência e nova dosimetria, uma vez que a personalidade foi valorada negativamente de forma indevida. (f. 215-33)

O órgão ministerial manifestou-se pelo não provimento. (f. 235-47)

No mesmo sentido o parecer da Procuradoria de Justiça. (f. 255-60)

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

O apelante foi denunciado pela prática de furto qualificado, consistente no arrombamento de um imóvel para a retirada de um ventilador de teto e, ao ser preso, ter cometido o crime de falsa identidade, tendo se apresentado com nome diverso, de seu meio-irmão.

No presente caso, não há ser reconhecido o princípio da insignificância. Entendo ser incabível a adoção de tal instituto despenalizador em benefício de pessoas contumazes na prática delitiva, como no presente caso, que o apelante tem vasta folha de antecedentes (f. 133)

É, igualmente, entendimento predominante neste Tribunal:

> EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Se o bem subtraído pelo embargante era superior ao valor do salário mínimo à época dos fatos, e o agente é reincidente específico no crime de furto por duas vezes, demonstrando que é contumaz na prática criminosa, não deve ser aplicado o princípio da insignificância. (TJMS, EI n. 2010.016009-1/0001-00, Seção Criminal, Relª. Desª Marilza Lúcia Fortes, julgado em 19.10.2010)

Assim, não se trata de caso em que há possibilidade de aplicação do referido princípio.

Igualmente não deve o apelante ser absolvido do crime de falsa identidade, sob o argumento de que se trata crime impossível pelo fato de o agente estar dentro de uma delegacia de polícia, onde poderia ter sido descoberta sua verdadeira identidade.

Realmente, já me manifestei contra a configuração do delito em ocasiões em que a pessoa se apresenta com outro nome, porém logo é descoberto o falso, e nem sequer há consequências.

Porém, no presente caso, depreende-se dos autos que com frequência o apelante se apresentava às autoridades com o nome de seu meio-irmão, Lorival Mendes de Alcântara e, no furto em comento, houve série de constrangimentos a esta pessoa, que foi ouvida em precatória na fase inquisitorial, teve de trazer documentos aos autos, fazer provas de que não era de fato o autor do delito.

Sobre o tema, trago a lição de Nucci[1]:

> Não abrange, no entanto, o momento de qualificação, seja na polícia, seja em juízo, pois o direito de silenciar ou mentir que possui o acusado não envolve essa fase do interrogatório. Não há [...] qualquer direito absoluto, de modo que o interesse na escorreita administração da justiça, impedindo-se que um inocente seja julgado em lugar do culpado, prevalece nesse ato.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2008. p. 1046.

Desta forma, não há falar em absolvição do crime do art. 307.

Quanto ao afastamento da qualificadora para o crime de furto, é caso de acolhimento. Percebe-se dos depoimentos e mesmo do laudo pericial (f. 19-23) que o imóvel de onde o objeto foi subtraído estava sem moradores, com uma placa para locação. Além do dano em uma porta, foi constatado que várias torneiras e até mesmo maçanetas foram removidas.

Assim, não se podendo assegurar que foi o apelante quem violou a porta para entrar no imóvel – além de ter relatado que encontrou o objeto na área externa do imóvel – ou mesmo em que momento houve o arrombamento, forçoso afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo para o furto.

Em relação ao pedido de que fosse reformulada a análise das circunstâncias judiciais, uma vez que a personalidade do apelante foi considerada desfavorável diante da quantidade de ocorrências delituosas imputadas a ele, tenho que não merece provimento.

A análise da personalidade amparada em meras conjecturas ou cercada de subjetividade é que não tem amparo na doutrina e na jurisprudência. No presente caso, o magistrado considerou que o apelante tem a personalidade voltada "para a prática de infrações penais, fato este que lhe prejudica".

Tal fundamentação está em sintonia com a jurisprudência:

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE RECEPTAÇÃO QUALIFICADA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE AO PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES GRAVES. ORDEM PÚBLICA. EFEITO DA CONDENAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE DESÍDIA DO TRIBUNAL A QUO OU DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE ARRAZOAMENTO POR TODOS OS RÉUS CONDENADOS.
>
> 1. Tem-se, na hipótese, devidamente justificada a manutenção do paciente em cárcere para apelar, como garantia da ordem pública, em razão de sua comprovada periculosidade, pois possui três condenações com trânsito em julgado e foi preso em flagrante durante o período em que deveria estar cumprindo pena, o que demonstra, indubitavelmente, a personalidade delitiva do paciente, cuja prática de crimes se revela como atividade habitual.
>
> 2. Inexiste o alegado excesso de prazo no processamento e julgamento do recurso de apelação criminal interposto pela defesa, porquanto os vários réus manifestaram também o interesse de apelar, dilatando-se o arrazoamento do apelo, o qual, inclusive, encontra-se atualmente concluso ao Ministério Público Estadual para manifestação.
>
> 3. Precedentes do STJ.
>
> 4. Ordem denegada. (*HC* n. 56812, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 29.6.2006)

O apelante ainda pugnou para que houvesse compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, uma vez que o magistrado somente agravou a pena. Entendo que na ocorrência de ambas, incabível tanto a compensação quanto a aplicação somente da agravante. Atenuantes e agravantes coexistem e devem ambas incidir.

Trago a jurisprudência:

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – PENA – REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ATENUANTE NÃO VALORADA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – REDUÇÃO OPERADA – ACOLHIDOS. Ainda que se entenda que a reincidência deva preponderar sobre a confissão espontânea, havendo decisão no sentido de compensa-las (Sexta Turma do STJ), a atenuante deverá sempre ser valorada, sob pena de afronta ao princípio da individualização da pena. E no caso presente, a agravante deve preponderar, porém sem excluir a atenuante. Assim, procedo à nova dosimetria da pena (TJMS, EI em ACr n. 2010.019356-4/0001-00, Seção Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 5.2.2010)

Assim, analisados todos os aspectos da apelação, passo à nova dosimetria da pena. A pena-base deve ser fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. Na segunda fase, presente a reincidência, aumento a pena em 4 (quatro) meses, como fixado pelo magistrado, por ser circunstância preponderante, e diminuo em dois (dois) meses diante da confissão espontânea, restando em 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 18 dias multa, *quantum* que torno definitivo. A pena fixada pelo crime de falsa identidade não merece reparos, devendo ambas ser somadas.

Mantenho a sentença em seus demais termos.

Do exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao apelo, somente para afastar a qualificadora do furto e fazer incidir a atenuante da confissão espontânea.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL 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 Desembargador João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.018707-3 - Campo Grande
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO, UMA VEZ QUE OS JURADOS PROFERIRAM DECISÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO ACOLHIMENTO – ESCOLHA DE UMA TESE PELOS JURADOS EMBASADA NOS ELEMENTOS DE PROVAS PRODUZIDOS NOS AUTOS – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DE PENA – IMPOSSIBILIDADE – HAVENDO MAIS DE DUAS QUALIFICADORAS, A SEGUNDA DEVERÁ FUNCIONAR COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – ATENUANTES DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE RELATIVA JÁ FORAM ANALISADAS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – SEMI-IMPUTABILIDADE NÃO ARGUIDA DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL E O PLENÁRIO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

I - A soberania dos vereditos deve ser preservada, ainda que a decisão se apoie em prova pouco robusta, porém, frise-se, fundada em uma das versões emanadas do conjunto probatório produzida no decorrer do processo, como ocorreu no caso em análise.

II - Partindo-se da fixação da pena-base no mínimo legal, ou seja, 12 (doze) anos, a reprimenda não poderia restar fixada neste patamar, uma vez que a segunda qualificadora deverá funcionar como circunstância judicial, devendo ser lançada na 1ª fase de individualização para compor a pena-base.

III - O Juiz *a quo* aplicou ao condenado as duas atenuantes previstas no art. 65, incisos I e III, "d", do CP, razão pela qual não há nenhuma modificação a ser feita nesse sentido.

IV - Em relação à alegada "semi-imputabilidade penal", tal tese nem sequer foi arguida durante a instrução processual, e nem durante o Plenário, motivo pelo qual a sua análise em sede recursal enseja supressão de instância.

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, 14 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 Ronan de Almeida Souza contra a sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara dos Crimes Dolosos Contra a Vida e Tribunal do Júri (f. 389-393), que acolheu parcialmente a

denúncia formulada pelo Ministério Público Estadual condenando-o às penas do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. art. 29 e art. 65, incisos I e III, alínea "d", todos do CP, em 14 (quatorze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, fixando o regime inicial fechado para o cumprimento de pena.

Em suas razões recursais (f. 433-437), o apelante pugna pelo conhecimento e provimento da apelação criminal, requerendo a reforma da sentença condenatória, aduzindo que os jurados proferiram uma decisão ao arrepio das provas constantes dos autos, já que ele agira em legítima defesa própria e de terceiro, pleiteando, assim, a realização de um novo julgamento. Subsidiariamente, pleiteou a redução da pena tendo em vista a confissão espontânea, a primariedade e a semi-imputabilidade penal.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 507-517), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 526-535), opina pelo improvimento do recurso interposto, mantendo-se a decisão de primeiro grau em todos os seus termos.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O Ministério Público Estadual ofertou denúncia contra Ronan de Almeida Souza, tendo em vista a seguinte conduta delituosa, assim narrada, *in verbis*, na denúncia:

> [...] Consta do presente Inquérito Policial que no dia 19 de abril de 2006, por volta das 19h40m, na Rua Janete Clair, defronte ao numeral 113, bairro Santa Mônica II, nesta capital, os denunciados Jackson da Silva Banzana e Ronan de Almeida de Souza, ambos qualificados e com unidade de desígnios, saíram ao encalço da vítima Renan de Arruda Morais Lili, o primeiro conduzindo uma motocicleta Honda/CG 125, cor preta, e o segundo utilizando-se de uma arma de fogo tipo revólver devidamente apreendido nos autos (f. 25 do IP), e com inequívoco *animus necandi*, efetuaram disparos em direção à vítima causando-lhe ferimentos que foram causa eficiente de sua morte.
>
> Segundo restou apurado, os denunciados e a vítima possuíam um rixa, pois pertenciam a gangues diversas, já tendo se desentendido por diversas vezes e, no dia dos fatos, por volta das 19hs40min, oportunidade em que tomavam um "tereré" na casa de uma amiga no bairro Santa Mônica, e após verem a vítima passar em frente à residência na companhia da namorada Ingred de Oliveira, e mais dois amigos, Cristiano Moraes de Pinho e André Luiz Guilherme Godoy, olhando em suas direções, saíram em uma motocicleta Honda/CG 125, cor preta, indo ao encontro da mesma e seus amigos, estando Jackson pilotando a motocicleta e Ronan na "garupa" e, ao avistarem-na, este último sacou de sua arma de fogo que carregava consigo e desferiu tiros na vítima, empreendendo fuga em seguida, com a ajuda de seu comparsa [...]

Passo à análise do recurso.

O apelante pugna pelo conhecimento e provimento da apelação criminal, requerendo a reforma da sentença condenatória, aduzindo que os jurados proferiram uma decisão ao arrepio das provas constantes dos autos, já que ele agira em legítima defesa própria e de terceiro, pleiteando, assim, a realização de um novo julgamento. Subsidiariamente, pleiteou a redução da pena tendo em vista a confissão espontânea, a primariedade e a semi-imputabilidade penal.

Primeiramente, quanto à anulação do julgamento pleiteado pela defesa, visto que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas dos autos, uma vez que agiu amparado pela legítima defesa, vislumbro que não assiste razão o recorrente.

É que, para desconstituir uma decisão do Tribunal do Júri, é imprescindível a constatação de que não houve embasamento em nenhuma prova existente no processo.

A aceitação de uma alternativa probatória está dentro do poder de opção decisória do Conselho de Sentença, ou seja, sendo acolhida pelo Júri uma tese, ao menos, das que lhe foram propostas, não se pode, portanto, cogitar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

No escólio de Guilherme de Souza Nucci:[1]

> [...] Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida. [...]

Ademais, o provimento da apelação dos julgamentos do Tribunal do Júri deve ser excepcional, dado o princípio da soberania conferido no artigo 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal.

Compulsando-se os autos, percebe-se que a decisão dos jurados resultou em uma das versões apresentadas pelas partes, tendo o Conselho de Sentença feito uma opção.

Dessa forma, não se pode admitir decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando existente duas correntes probatórias, havendo a opção por uma delas pelos jurados que decidem por íntima convicção, sem motivação, dentro do princípio da soberania dos veredictos.

Assim, a soberania dos vereditos deve ser preservada, ainda que a decisão se apoie em prova pouco robusta, porém, frise-se, fundada em uma das versões emanadas do conjunto probatório produzidas no decorrer do processo, como ocorreu no caso em análise.

Nesse mesmo sentido, tem-se a jurisprudência deste Tribunal:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – ALEGADA DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA – ESCOLHA DE UMA TESE PELOS JURADOS EMBASADA NOS ELEMENTOS DE PROVAS PRODUZIDOS NOS AUTOS – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – AUMENTO JUSTIFICADO – MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Não há falar em decisão contrária às prova dos autos se o júri, dentre as teses enfrentadas, acolhe a versão que mais se coaduna com a realidade dos fatos, consoante demonstrado nas provas colhidas no processo. A pena-base pode ser aplicada acima do mínimo legal, quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao agente. (TJMS, AC n. 2009.022618-2, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 9.11.2009, DJ n. 2.091.)

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO – AFASTADA – INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELA DEFESA – FINALIDADE DE PROTELAR O JULGAMENTO DO RÉU – DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS

1 BRASIL. **Código de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 959.

> – DUAS TESES COM LASTRO PROBATÓRIO – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO – PENA-BASE – AUMENTO JUSTIFICADO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE ALTA INTENSIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Não há que se falar em ofensa ao princípio da ampla defesa, quando o juiz, na forma do art. 407, do CPP, indefere as diligências requeridas pela defesa, porquanto nitidamente protelatórias. Admite-se a anulação da decisão do Corpo de Jurados ao fundamento de que tenha sido manifestamente contrária à prova dos autos, quando a contrariedade for escandalosa e absurda. Não se pode falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando o caderno processual oferecer o mínimo de substrato para a decisão acolhida pelo Conselho de Sentença. Mantém-se a perna-base fixada na sentença condenatória, quando o magistrado atende adequadamente aos limites de sua discricionariedade, fundamentando a majoração da pena, na constatação de várias circunstâncias judiciais desfavoráveis de alta intensidade, tais como a culpabilidade e as circunstâncias do delito. (TJMS, AC n. 2008.021549-2, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 26.10.2009, DJ n. 2.076.)

Por outro lado, quanto ao pedido da defesa da redução da pena "em vista da confissão espontânea, primariedade e semi-imputabilidade", o magistrado sentenciante assim fundamentou a fixação da reprimenda:

> [...] Milita em favor do mesmo as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, eis que contava com 19 (dezenove) anos à época dos fatos.
>
> Desta feita, passo a dosagem da pena, sistema trifásico (art. 68 do CP).
>
> As circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não lhe são amplamente favoráveis.
>
> Agiu com dolo intenso, eis que foram quatro tiros, aliás, confesso nesse sentido, inclusive três acertaram a vítima em locais letais, a qual caiu sobre a própria bicicleta que estava.
>
> Outrossim, sublinhe-se que a ação homicida ocorreu defronte à namorada da vítima, Ingred de Oliveira, bem como dos amigos, Cristiano Moraes de Pinho e André Luiz Guilherme Godoy, que certamente levarão consigo a lembrança deste fatídico dia, o que denota um maior grau de reprovabilidade no seu modo de agir.
>
> Em que pese seja tecnicamente primário, possui antecedente criminal em roubo, conforme faz prova nos autos (f. 121 e 140).
>
> Os motivos e circunstâncias do crime foram objeto de valoração pelo Conselho de Sentença, razão pela qual deixo de sopesá-las nesta fase, sob pena de constituir "*bis in idem*".
>
> Como consignado acima, não havia motivos para o crime, sendo que a vítima em nada colaborou no momento do crime, aliás, dentre outros tiros desferidos, o certeiro foi nas costas da mesma.
>
> As consequências do crime são típicas da espécie, ou seja, dor, sofrimento pela perda de um ente querido tanto dos seus familiares (pai, mãe, irmãos, tios, etc.) como também de seus amigos, bem como cumpre consignar que a vítima também era jovem, apenas 16 (dezesseis) anos de idade.
>
> Assim, sopesando tais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão.
>
> Reduzo 6 (seis) meses para cada atenuante supracitada.
>
> Portanto, fica condenado, em definitivo, à pena de 14 (quatorze) anos e 6 (seis) meses de reclusão [...] – destaquei.

Ora, em que pese o acusado ser tecnicamente primário, cumpre ressaltar que o Conselho de Sentença o condenou às penas do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do CP. Assim, partindo-se da fixação da pena-base no mínimo legal, ou seja, 12 (doze) anos, a reprimenda não poderia restar fixada neste patamar, uma vez que a segunda qualificadora deverá funcionar como circunstância judicial, devendo ser lançada na 1ª fase de individualização para compor a pena-base.

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência do STJ:

> Em se cuidando de homicídio duplamente qualificado, nada obsta que uma delas seja recebida como circunstância judicial, de modo que não há falar em violação do princípio *ne bis in idem*. (*HC* n. 29.541-MG, Sexta Turma, Rel. Des. Hamilton Carvalhido, julgado em 17.8.2004.)

Ademais, é cediço que 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.

Da mesma forma, é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, *caput*, para a fixação da pena-base, de sorte que apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo legal, não o sendo, deve ela situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador.

Portanto, havendo mais de uma circunstância judicial desfavorável ao apelante, é imperioso a fixação da pena-base acima do mínimo legal, agindo acertadamente o magistrado sentenciante.

Outrossim, pela análise da sentença, percebe-se que o Juiz *a quo* aplicou ao condenado as duas atenuantes previstas no art. 65, incisos I e III, "d", do CP, razão pela qual não há nenhuma modificação a ser feita nesse sentido.

Por fim, cumpre esclarecer que, em relação à alegada "semi-imputabilidade penal", tal tese nem sequer foi arguida durante a instrução processual, e nem durante o Plenário, motivo pelo qual a sua análise em sede recursal enseja supressão de instância.

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. Desembargadores Francisco Gerardo de Sousa, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2010.037176-6 - Campo Grande
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PENAL E PROCESSUAL PENAL – ADULTERAÇÃO DE MEDICAMENTO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA – ALEGAÇÃO DE QUE SE CUIDA DE CRIME HEDIONDO – CRIME DE NATUREZA GRAVE – COAUTORA QUE SE ENCONTRA NA MESMA SITUAÇÃO E POSSUI AS MESAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO RÉU, ALÉM DE ESTAR SENDO INVESTIGADA PELA PRÁTICA DO MESMO CRIME – INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOMENTE QUANTO À LIBERDADE PROVISÓRIA DO RECORRIDO – APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 580 DO CPP – RECURSO IMPROVIDO.

O réu foi preso em flagrante delito juntamente com a coautora, pela prática do mesmo crime. Ambos estão na mesma condição, já que são primários, de bons antecedentes, possuem ocupação lícita e emprego fixo.

Ao caso, deve ser utilizado, por analogia, o art. 580 do CPP, o qual prevê que os efeitos do recurso interposto por um réu devem ser estendidos ao coautor, quando eles estiverem nas mesmas condições e quando a decisão não for baseada em circunstância exclusivamente pessoal.

Agir de forma diferente, permitindo que a corré continue solta e o réu preso, somente se estaria afrontando o princípio constitucional da isonomia.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

O recorrido Neuso de Melo foi preso em flagrante delito pela suposta prática do crime descrito no art. 273, § 1º e § 1º B, incisos I e V, do Código Penal – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Segundo consta do auto de prisão em flagrante, no dia 29 de setembro de 2010, em fiscalização realizada em conjunto pela Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes Contra as Relações de Consumo, a Vigilância Sanitária do Município de Campo Grande e a Anvisa, logrou-se êxito em constatar que na Drogaria

Santa Lúcia, de propriedade do recorrido, era exposto à venda medicamentos adulterados em suas embalagens e informações obrigatórias como lote, validade e fabricação.

Ainda, consoante informações do caderno investigativo, na referida drogaria eram comercializados medicamentos não autorizados pela Anvisa[1].

Vislumbra-se que a defesa dos investigados ingressou com pedido de liberdade provisória, tendo o magistrado *a quo* concedido a referida benesse, expedindo-se, então, alvará de soltura.

Não se conformando com a decisão proferida, o Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso, nos termos do art. 581, V, do Código de Processo Penal, objetivando a revogação da liberdade provisória concedida ao recorrido Neuso de Melo, sob o argumento de que se cuida de crime hediondo, cuja liberdade provisória é vedada por lei, bem como sustenta seu pedido na gravidade dos fatos perpetrados pelo recorrido – f. 62-8.

Às f. 82, o magistrado manteve a decisão recorrida nos seus próprios fundamentos.

A defesa, em contrarrazões, requereu fosse conhecido e improvido o recurso ministerial – f. 77-81.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 89-93) é pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O recorrido Neuso de Melo foi preso em flagrante delito pela suposta prática do crime descrito no art. 273, § 1º e § 1º B, incisos I e V, do Código Penal – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Segundo consta do auto de prisão em flagrante, no dia 29 de setembro de 2010, em fiscalização realizada em conjunto pela Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes Contra as Relações de Consumo, a Vigilância Sanitária do Município de Campo Grande e a Anvisa, logrou-se êxito em constatar que na Drogaria Santa Lúcia, de propriedade do recorrido, era exposto à venda medicamentos adulterados em suas embalagens e informações obrigatórias como lote, validade e fabricação.

Ainda, conforme informações do caderno investigativo, na referida drogaria eram comercializados medicamentos não autorizados pela Anvisa[2].

Vislumbra-se que a defesa dos investigados ingressou com pedido de liberdade provisória, tendo o magistrado *a quo* concedido a referida liberdade, expedindo-se, então, alvará de soltura.

---

1 "PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE COMERCIALIZAÇÃO ILÍCITA DE SUBSTÂNCIAS DE USO CONTROLADO (ANABOLIZANTES). USO DO SERVIÇO POSTAL PARA A CONSUMAÇÃO. ART. 273, § 1º-B, I E V DO CP. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE LESÃO À ECT OU À ANVISA. [...] IV. A capitulação da conduta no art. 273 do CP não implica a lesão ao interesse da ANVISA, que, nesse caso, é apenas a pessoa jurídica responsável pela edição de normas técnicas que preenchem norma penal em branco e, além disso, regule a comercialização dos medicamentos. Impossibilidade de caracterização da competência federal por esse motivo, sob pena de atrair para esta instância todos os crimes que dependem de fixação do rol de substâncias ilícitas pela Agência (tráfico de entorpecentes, por exemplo). [...]" (TRF, Quinta Região, *HC* n. 3177, Proc. n. 2008.05.00.028784-3/SE, Quarta Turma, Relª. Desª. Fed. Margarida Cantarelli, julgado em 27.5.2008, DJU de 16.6.2008, p. 313.)

2 "PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE COMERCIALIZAÇÃO ILÍCITA DE SUBSTÂNCIAS DE USO CONTROLADO (ANABOLIZANTES). USO DO SERVIÇO POSTAL PARA A CONSUMAÇÃO. ART. 273, § 1º-B, I E V DO CP. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE LESÃO À ECT OU À ANVISA. [...] IV. A capitulação da conduta no art. 273 do CP não implica a lesão ao interesse da ANVISA, que, nesse caso, é apenas a pessoa jurídica responsável pela edição de normas técnicas que preenchem norma penal em branco e, além disso, regule a comercialização dos medicamentos. Impossibilidade de caracterização da competência federal por esse motivo, sob pena de atrair para esta instância todos os crimes que dependem de fixação do rol de substâncias ilícitas pela Agência (tráfico de entorpecentes, por exemplo). [...]" (TRF, Quinta Região, *HC* n. 3177, Proc. n. 2008.05.00.028784-3/SE, Quarta Turma, Relª. Desª. Fed. Margarida Cantarelli, julgado em 27.5.2008, DJU de 16.6.2008, p. 313.)

Não se conformando com a decisão proferida, o Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso, nos termos do art. 581, V, do Código de Processo Penal, objetivando a revogação da liberdade provisória concedida ao recorrido Neuso de Melo, sob o argumento de que se cuida de crime hediondo, cuja liberdade provisória é vedada por lei, bem como pela gravidade dos fatos perpetrados pelo recorrido.

Passo ao julgamento do recurso.

Pois bem, o recurso deve ser improvido. Explico:

É que, compulsando atentamente o feito, denota-se que o recorrido foi preso em flagrante delito juntamente com a farmacêutica Cinthia Emanuelle Silva Arantes, pela prática do mesmo crime.

Ou seja, ambos estão na mesma condição, já que são primários, de bons antecedentes, possuem ocupação lícita e emprego fixo. Também ambos estão sendo investigados pela prática do mesmo crime - art. 273, § 1º e § 1º B, incisos I e V, do Código Penal.

Ora, no presente caso, não pode um dos investigados continuar solto e o outro ter sua liberdade provisória revogada, sob pena de afronta postulado da isonomia.

No presente caso, deve ser utilizado, por analogia, o art. 580 do CPP, o qual prevê que os efeitos do recurso interposto por um réu devem ser estendidos ao coautor, quando eles estiverem nas mesmas condições e quando a decisão não for baseada em circunstância exclusivamente pessoal.

Desta forma, a liberdade provisória da indiciada Cinthia Emmanuelle, que não foi questionada pelo *Parquet*, deve ser estendida ao recorrido, dando guarida à manutenção de sua liberdade.

Assim, não restam dúvidas de que o réu deve permanecer em liberdade, já que a corré Cinthia Emmanuelle foi beneficiada com a liberdade provisória e não houve recurso contra ela.

Por todo exposto, contra o parecer, conheço do recurso, porém nego-lhe seguimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Agravo Criminal n. 2011.002031-2 - Campo Grande
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – PRETENSÃO DE TRANSFERÊNCIA PARA A PRISÃO DOMICILIAR EM RAZÃO DE TRATAMENTO DE SAÚDE – IMPOSSIBILIDADE – ENFERMIDADE NÃO COMPROVADA – SENTENCIADO QUE ALMEJA DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – PROVIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não restando comprovado que o paciente é portador de doença grave, incabível o deferimento do pedido de prisão domiciliar no presente agravo. Porém, entendo por necessário apurar-se qual é o atual quadro de saúde de Cícero, devendo ser realizado exame pericial.

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, 21 de fevereiro de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de recurso de Agravo em Execução Penal interposto por Cícero Nazario da Silva contra a decisão (f. 12-3) proferida pelo Juiz da 1.ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu os seus pedidos de prisão domiciliar e realização de perícia médica.

O agravante pugna para que seja determinada, ao Departamento Médico do Sistema Penitenciário, a realização de uma perícia médica para que seja aferido o seu atual quadro de saúde, ou seja, se há necessidade de algum tratamento especial, alegando que é possuidor de patologia grave, por isso necessita de cuidados especiais que não podem ser disponibilizados no estabelecimento prisional onde se encontra, e que, embora o magistrado tenha indeferido seu pedido de prisão domiciliar, seu pleito subsidiário de realização de perícia médica não foi apreciado.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 30-5), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 42-3), opina pelo conhecimento e provimento do agravo interposto.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Cícero Nazario da Silva pugna para que seja determinada, ao Departamento Médico do Sistema Penitenciário, a realização de uma perícia médica para que seja aferido o seu atual quadro de saúde, ou seja, se há necessidade de algum tratamento especial, alegando que é possuidor de patologia grave, por isso necessita de cuidados especiais que não podem ser disponibilizados no estabelecimento prisional onde se encontra, e que, embora o magistrado tenha indeferido seu pedido de prisão domiciliar, seu pleito subsidiário de realização de perícia médica não foi apreciado.

Em análise detida dos autos, conheço do recurso e vislumbro que assiste parcial razão ao agravante, senão vejamos:

É que, ao benefício de que se ocupa o art. 117 da Lei de Execuções Penais, só fazem *jus* os sentenciados que estejam cumprindo a reprimenda em regime aberto e se enquadrem numa das hipóteses descritas nos incisos dele constantes, o qual preceitua:

> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
>
> I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
>
> II - condenado acometido de doença grave;
>
> III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
>
> IV - condenada gestante.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça 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. Nesse sentido: *HC* n. 106.291/RS, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 16.3.2009 e *HC* n. 87.901/AL, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 25.2.2008.)

Ocorre que, compulsando-se os autos, percebe-se que o agravante nem sequer demonstrou que o estabelecimento prisional não tem condições suficientes para atender suas necessidades e juntou apenas receitas e atestados médicos datados do ano de 1995, não constando qualquer parecer médico para atestar se seu estado de doença é realmente grave.

Assim, não restando comprovado que o paciente é portador de doença grave, incabível o deferimento do pedido de prisão domiciliar no presente agravo. Porém, entendo por necessário apurar-se qual é o atual quadro de saúde de Cícero, devendo ser realizado exame pericial.

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência:

> AGRAVO EM EXECUÇÃO – RÉU EM REGIME SEMIABERTO – PRETENDIDA A PRISÃO DOMICILIAR – TRATAMENTO DE SAÚDE – ENFERMIDADE NÃO COMPROVADA – RECURSO IMPROVIDO. Se o agravante não junta parecer médico atestando o grau de sua enfermidade, tampouco documento para provar que o estabelecimento prisional não tem condições de atender suas necessidades, incabível a concessão de prisão em albergue domiciliar. (Ag em EXec n. 2009.015600-5, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 4.8.2009.)

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao presente agravo em execução, devendo ser realizado exame pericial para apurar a real situação do agravante.

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. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Gerardo de Sousa, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2009.011968-1 - Coxim
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO E FRAUDE NO COMÉRCIO – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – OCORRÊNCIA QUANTO A DOIS DOS TRÊS CRIMES OBJETO DE CONDENAÇÃO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO A ESTES – PROVA ACERCA DA AUTORIA E MATERIALIDADE ROBUSTA QUANTO AO REMANESCENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA – PRETENDIDA REDUÇÃO POR PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – AUSÊNCIA DE CONCURSO DE PESSOAS – INAPLICABILIDADE – COMPORTAMENTO DA VÍTIMA – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO QUE JÁ SOPESOU TAL CIRCUNSTÂNCIA – PENA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Decreta-se a extinção da punibilidade de dois dos três crimes apurados, pela ocorrência da prescrição retroativa, se, com relação a estes, entre a data do fato e o recebimento da denúncia decorreu prazo suficiente para tal, nos termos do que dispõe os artigos 107, IV, 109, IV e VI, e 110, §§ 1º e 2º, do CP.

Mantém-se a condenação por crime de estelionato se comprovada a autoria e materialidade do crime, consistente em obter vantagem indevida em razão de ardil aplicado à contratação de financiamento com alteração de dados do bem, à revelia da vítima, para obtenção de valor maior no financiamento.

A participação de menor importância não pode ser reconhecida em processo onde não haja concurso de agentes.

Não há falar em diminuição da pena-base em razão de alegada contribuição da vítima para a ocorrência do crime, se foi fixada no mínimo legal.

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 maioria, vencida a revisora, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recurso de apelação interposto por Mário Bernardes de Almeida Galvão, em face da sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, esta à razão de 1/5 (um quinto) do salário-mínimo vigente à época, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal (por duas vezes) e art. 175, II, do Código Penal, substituída por restritivas de direito.

Sustenta, em preliminar, a ocorrência da prescrição retroativa, tendo em vista a pena aplicada e o tempo decorrido. Em outra preliminar, pretende a nulidade da sentença, já que teria ocorrido a *mutatio libelli* sem oportunidade de defesa, no que tange ao crime do art. 175, II, do CP. No mérito, pretende a absolvição, alegando que não teria sido provada a autoria quanto aos crimes. Alternativamente, pretende a diminuição da pena imposta sob o argumento de que teria ocorrido a participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP) e participação das vítimas.

Contrarrazões às f. 400-11, pugnando pelo provimento parcial ao recurso apenas para que seja reconhecida a prescrição quanto ao crime de fraude no comércio.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido, pelo provimento parcial ao recurso apenas para reconhecimento da prescrição quanto ao crime do art. 175, II, do CP (f. 416-31).

VOTO (EM 4.10.2010)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Mário Bernardes de Almeida Galvão, em face da sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, esta à razão de 1/5 (um quinto) do salário-mínimo vigente à época, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal (por duas vezes) e art. 175, II, do Código Penal, substituída por restritivas de direito.

Examino, primeiramente, a alegação de prescrição vinda nas razões.

De acordo com o artigo 119 do Código Penal, ***"no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente."***

Desta forma deve ser verificada a ocorrência da prescrição em cada crime.

Com relação ao primeiro crime, cometido contra a vítima Marilza de Paula Silva, temos que ocorreu em 3.11.2000.

Nos termos do disposto no artigo 117 do Código Penal, **o curso da prescrição interrompe-se**: pelo recebimento da denúncia ou da queixa (inciso I) e pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (inciso IV).

No caso dos autos, o recebimento da denúncia ocorreu em 3.11.2004 (f. 196) e a sentença condenatória foi publicada em 25.9.2008 (f. 351).

Aqui cabe um esclarecimento.

Muito embora a data do despacho proferido pelo magistrado, recebendo a denúncia, seja anterior a 3.11.2004, os autos, inexplicavelmente, permaneceram em seu poder por vários dias até que foram entreguem em cartório na mencionada data.

Como não se pode ter certeza de que a data efetivamente foi aquela em o despacho foi assinado, por analogia, no caso em *bonam partem*, utilizo o mesmo raciocínio para a interrupção provocada pela publicação da sentença, quando se considera a entrega da sentença em cartório.

Da forma como está, revela-se duvidosa a data constante do despacho, com suspeitas de que foi assinada de forma a evitar o decurso do prazo, com o que, na dúvida, prefiro considerar a data de 3.11.2004.

Assim decorreu, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, exatamente 4 (quatro) anos, o que é suficiente, nos termos do disposto no art. 109, V, c.c. art. 110, §§ 1º e 2º, todos do CP, para o reconhecimento da prescrição, quanto a esse crime.

Com relação ao crime cometido contra a vítima Rafael Chaparro, este ocorreu em 6.6.2001, não havendo reconhecer a prescrição pela contagem entre a data do fato e do recebimento da denúncia nem mesmo pela contagem entre este marco e a publicação da sentença condenatória, já que houve suspensão do processo e do prazo prescricional entre as datas de 14.4.2005 e 10.5.2005 (f. 214 e 222), o que leva a contagem a ser de 5 (cinco) meses e 11 (onze) dias (3.11.2004-14.4.2005) + 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias (10.5.2005-25.9.2008), que totalizam 3 anos, 9 meses e 26 dias.

Não ocorre, pois, prescrição quanto a este crime.

Quanto ao 3º fato denunciado, o apelante restou condenado à pena de 6 (seis) meses de reclusão, como incurso no artigo 175, II, do Código Penal, fato que ocorreu em 18.4.2001.

Consoante argumentou as contrarrazões e o parecer ministerial, decorreu prazo suficiente para o reconhecimento da prescrição retroativa, já que o prazo prescricional, no caso, é de 2 (dois) anos, *ex vi* do art. 109, VI, do Código Penal, prazo decorrido entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Assim, reconhecida a extinção da punibilidade quanto ao primeiro e o terceiro fato, resta apenas o segundo, cuja vítima foi Rafael Chaparro, que será objeto de exame nesse recurso.

Resta superada a segunda preliminar, já que houve o reconhecimento da prescrição quanto ao crime do art. 175, II, do CP.

No mérito, como já dito, resta o crime ocorrido em 6 de junho de 2001, onde, segundo a denúncia, a vítima Rafael Chaparro adquiriu uma motocicleta Yamaha Crypton T105E, 2001, cor vermelha, chassi 9C6KE020010039985 da empresa Marcato Motos, no valor total de R$ 3.450,00 (três mil, quatrocentos e cinquenta reais). Depois, como não tinha o numerário suficiente, ele procurou a Tricar para buscar um financiamento, vendendo a motocicleta em alienação fiduciária ao Unibanco S.A.

Ocorre que o apelante, segundo a denúncia, teria adulterado os documentos enviados ao banco para obtenção do financiamento, alterando os dados relativos ao veículo, induzindo o banco a financiar um bem no valor de R$ 3.940,00 (três mil, novecentos e quarenta reais), causando prejuízo no montante de R$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), tendo restituído à vítima apenas R$ 200,00 (duzentos) reais.

A alegação do apelo quanto a este crime, via juntada das alegações finais, é de que não teria sido comprovada a ocorrência de crime, já que a condenação teria sido fundada apenas na palavra da vítima que, segundo entende, não teve prejuízos e apenas assinou os documentos sem ler, o que deveria conduzir à sua absolvição.

Tal não pode ser acolhido.

Restou bem provado que o apelante, mediante ardil, consistente em adulterar o tipo de bem para fazer o financiamento contratado pela vítima, auferiu vantagem indevida.

A prova carreada aos autos, além da palavra da vítima, consiste nos documentos de f. 26-8, que comprovam que a motocicleta constante do contrato é diversa da que foi contratada, sendo que o valor das prestações, que a vítima acreditava seria de R$ 195,00 (cento e noventa e cinco reais) passou a ser de R$ 258,54 (duzentos e cinquenta e oito reais e cinquenta e quatro centavos).

A testemunha Dulce Tereza Rodrigues Macena Rocha, às f. 294, afirma que o apelante *"fazia financiamento de veículos adulterando o ano do carro para que ele ficasse mais novo e algumas vezes adulterava a documentação do veículo [...]."*

Assim, a prova é suficiente à condenação.

Por fim, resta o pedido de redução da pena em razão de participação de menor importância.

Como o apelante é o único réu no processo, mostra-se incabível a aplicação de causa de diminuição prevista para o concurso de pessoas.

De outro tanto, como a pena para o crime já foi fixada no mínimo legal, nada há a considerar acerca de comportamento da vítima que é uma das circunstâncias judiciais consideradas no artigo 59 do CP.

Ademais, também não seria o caso de se considerar qualquer contribuição da vítima para a ocorrência do crime, como alega o apelo.

Excluído o concurso de crimes, diante da decretação da extinção da punibilidade quanto a dois dos três crimes pelos quais o apelante havia sido condenado, resta a pena quanto ao crime praticado contra a vítima Rafael Chaparro, restando a pena, em definitivo, em 1 (um) ano de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/5 (um quinto) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Presentes os requisitos, substituo a pena por uma pena alternativa, consistente em prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais.

Mantêm-se as demais disposições da sentença.

Pelo exposto, em parte com o parecer, dou provimento parcial ao recurso, para reconhecer a prescrição retroativa quanto à condenação pelo crime de estelionato contra a vítima Marilza de Paula Silva e pelo crime do art. 175, II, do CP, quanto à vítima Ildolir Antônio Caldorin, decretando a extinção da punibilidade com base no art. 107, IV, c. c. Art. 109, IV e VI, e 110, §§ 1º e 2º, todos do CP, mantendo a condenação e a pena quanto ao crime de estelionato praticado contra a vítima Rafael Chaparro.

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes (Revisora)

Depreende-se dos autos que Mário Bernardes de Almeida Galvão foi denunciado pelo Ministério Público Estadual porque era sócio administrador da empresa Tricar Veículos Ltda., localizada na cidade de Coxim, e nessa qualidade firmou contrato de financiamento com as vítimas Marilza de Paula Silva e Rafael Chaparro, as quais, ao receberem os carnês de pagamento, perceberam que o valor financiado estava acima do combinado. O apelante ressarciu, em parte, o prejuízo da segunda vítima.

Com relação à vítima Idolir Antônio Cardorin, os dados do negócio foram alterados e o veículo constante no documento enviado à financiadora era diverso do bem adquirido.

Quanto às condutas praticadas contra as vítimas Marilza de Paula Silva e Rafael Chaparro, o apelante foi condenado pelo crime de estelionato (CP, art. 171, *caput*), por duas vezes, à pena definitiva de um (1) ano de

reclusão e trinta (30) dias-multa, à razão de 1/5 do salário-mínimo a unidade, perfazendo o *quantum* de dois (2) anos de reclusão e sessenta (60) dias-multas, à razão de 1/5 do salário-mínimo a unidade.

Com relação à conduta praticada contra a vítima Idolir Antônio Cardorin, o apelante foi condenado pelo crime de fraude no comércio por ter entregue uma mercadoria por outra (CP, art. 175, II), à pena definitiva de seis (6) meses de reclusão.

Em atenção ao disposto no artigo 69 do Código Penal, a pena privativa de liberdade restou definitiva em dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de sessenta (60) dias-multa, à razão de 1/5 do salário-mínimo a unidade.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas (2) penas restritivas de direitos.

No presente recurso de apelação, o recorrente arguiu preliminar de prescrição da pretensão punitiva do Estado e nulidade da sentença em relação à condenação referente à vítima Idolir Antônio Cardorin, por ofensa ao princípio do contraditório, pois ante o *mutatio libelli* era necessária a manifestação da defesa.

No mérito, requer a absolvição por não existir prova suficiente para a condenação; reconhecimento da participação de menor importância e reconhecimento da contribuição pacífica das vítimas para o evento.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público Estadual pugna pelo provimento parcial do recurso, para que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao crime praticado contra a vítima Idolir Antônio Cardorin.

Igualmente, a Procuradoria-Geral de Justiça pugna pelo parcial provimento do recurso, para que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao crime praticado contra a vítima Idolir Antônio Cardorin.

O eminente rel. Des. João Carlos Brandes Garcia conhece do recurso e lhe dá parcial provimento para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação aos crimes cometidos contra as vítimas Marilza de Paula Silva e Idolir Antônio Cardorin. Com o reconhecimento da prescrição quanto à vítima Idolir, a preliminar de nulidade da sentença resta prejudicada.

No mérito, o relator nega provimento ao recurso quanto ao crime praticado em desfavor da vítima Rafael Chaparro; rejeita as teses de participação de menor importância e contribuição da vítima e substituiu a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito.

Divirjo, em parte, do e. relator, no que concerne à prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao crime de estelionato praticado em desfavor da vítima Marilza de Paula Silva.

Para este crime, o apelante foi condenado definitivamente à pena de um (1) ano de reclusão. Nos termos do inciso V do artigo 109 do Código Penal, a pena cujo o máximo é igual a um (1) ano ou, sendo superior, não excede a dois (2) anos, prescreve em quatro (4) anos, *in verbis*:

> Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
>
> I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
>
> II – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

> III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
>
> IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
>
> V – **em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois**;
>
> VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.
>
> Parágrafo único - Aplicam-se as penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

É sabido, por outro lado, que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, é do dia em que o crime se consumou, nos termos do inciso I do artigo 111 do Código Penal.

Na hipótese, as causas interruptivas da prescrição são o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória recorrível, nos termos do artigo 117 do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se:
>
> I – **pelo recebimento da denúncia** ou da queixa;
>
> II – pela pronúncia;
>
> III – pela decisão confirmatória da pronúncia;
>
> IV – **pela publicação da sentença** ou acórdão condenatórios recorríveis;
>
> V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
>
> VI – pela reincidência.
>
> V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
>
> VI – pela reincidência.
>
> § 1º – Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.
>
> § 2º – Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Consta na denúncia que o fato criminoso praticado contra a vítima Marilza de Paula Silva ocorreu no dia 3 de novembro de 2000 (f. 2-5).

O recebimento da denúncia deu-se no dia 25 de outubro de 2004 (f. 196).

A sentença penal recorrível foi publicada em cartório no dia 25 de setembro de 2008 (f. 351).

Verifica-se, portanto, que entre a data do fato (3.11.2000) e a data da primeira causa interruptiva da prescrição (25.10.2004), recebimento da denúncia pelo magistrado (e não o seu oferecimento ou seu recebimento em cartório com o despacho), não transcorreu o lapso de quatro (4) anos.

Da mesma forma, entre a data do recebimento da denúncia (25.10.2004) e a data da publicação da sentença penal recorrível em cartório (25.9.2008), não passou o interregno de quatro (4) anos.

Assim, rejeito a tese de prescrição da pretensão punitiva do Estado arguida pelo relator, em relação ao crime de estelionato praticado em desfavor da vítima Marilza de Paula Silva.

Quanto à arguição de prescrição em relação à vítima Idolir Antônio Cadorin, entendo que deve ser acatada, pois o apelante foi condenado à pena definitiva de seis (6) meses de reclusão, cuja prescrição efetiva-se em dois (2) anos, nos termos da antiga redação do inciso VI do artigo 109 do Código Penal, a qual foi alterada pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010.

O fato criminoso ocorreu no dia 18 de abril de 2001 (f. 2-5).

O recebimento da denúncia deu-se no dia 25 de outubro de 2004 (f. 196).

A sentença penal recorrível foi publicada em cartório no dia 25 de setembro de 2008 (f. 351).

Portanto, resta claro o transcurso de mais de dois (2) anos entre a data do fato e a data da primeira causa de interruptiva da prescrição, recebimento da denúncia.

Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação à vítima Idolir Antônio Cadorin, a preliminar de nulidade da sentença por ofensa ao princípio do contraditório resta prejudicada.

Quanto ao mérito, analisando o conjunto probatório, não há falar em absolvição, por não existir prova suficiente para a condenação, pois a tese foi exaustivamente rechaçada pela sentença penal condenatória, *in verbis*:

> [...].
>
> *In casu*, restou demonstrado que embora o agente tivesse combinado com as vítimas determinado valor a ser financiado, firmou contratos em valores diversos, de modo a obter para si a vantagem ilícita exigida pelo tipo para configuração do delito.
>
> Observe-se que o acusado utilizou-se da função de comerciante e da confiança nele depositada pelos clientes, ora vítimas, que acreditavam ter seu financiamento concretizado nos moldes acordados e para surpresa destes, só tomaram conhecimento do ocorrido quando começaram a pagar prestações muito acima do contratado.
>
> Nesse sentido, o depoimento de Rafael Chaparro e Marilza da Silva:
>
> O depoente afirma que financiou a compra de uma motocicleta através do réu, mas surpreendeu-se quando vieram os carnês, porque o réu financiou um valor acima daquele combinado. (f. 278)
>
> A depoente afirma que adquiriu um veículo do réu, mediante financiamento, pagando um valor de entrada e financiando o resto. As prestações do financiamento, entretanto, vieram acima do combinado, pois o combinado foi de trezentos e poucos reais e veio prestações de quinhentos e poucos reais. A depoente pagou algumas prestações do financiamento maior, porque o réu disse que iria resolver o problema e foi enrolando. Como a depoente não suportava o preço alto das prestações, decidiu desfazer o negócio e deixou o carro com o réu, mediante a promessa de que em quinze dias daria uma solução para o caso. Passaram cinco meses e nenhuma solução foi dada. (f. 279)
>
> A obtenção de vantagem ilícita, por sua vez, configura-se pela desproporção entre o valor do bem efetivamente financiado e o valor das prestações pagas pelas vítimas já que o valor repassado ao agente é o valor constante do contrato com informações por ele adulteradas.

> Note-se que, em relação à vítima Rafael Chaparro, embora o réu admita ter firmado compromisso de ressarcir a vítima, perante a autoridade policial, este não cumpriu o acordo, repassando à vítima apenas parte de seu prejuízo:
>
> […].
>
> A vítima Marilza, por sua vez, "amargou o prejuízo correspondente a totalidade do preço do carro." (f. 279)
>
> E ainda que assim não fosse, o ressarcimento do prejuízo causado a vítima não exime o agente de responsabilidade.
>
> […].
>
> Assim, a autoria encontra-se demonstrada, visto que, em momento algum o requerido nega a realização dos contratos com as referidas vítimas (f. 229-230).
>
> A materialidade, por sua vez, restou comprovada por meio de prova testemunhal, já que as vítimas foram unânimes em afirmar que o valor acordado entre as partes era diverso do valor efetivamente financiado e, ainda, pelos documentos colacionados aos autos às f. 23-28 e f. 53-58.
>
> Ademais, há prova testemunhal no sentido de que tal comportamento já havia sido constatado em relação às negociações diversas:
>
> […].
>
> De outro vértice, embora o crime de estelionato tenha ocorrido por duas vezes, nas mesmas circunstâncias de lugar e modo de execução, deixo de reconhecer a continuidade delitiva em razão da ausência do requisito temporal entre os delitos praticados.
>
> […].

Por conseguinte, não merece reparo a sentença penal condenatória que bem analisou a materialidade e a autoria do delito, cuja tese defensiva encontra-se isolada do conjunto probatório.

Verifica-se que a sentença está em consonância com as provas colhidas durante a instrução criminal, aliadas às circunstâncias fáticas que envolveram o delito em questão, portanto é incabível a absolvição.

Nesse sentido, o entendimento deste Sodalício no julgamento da Apelação Criminal n. 2008.006120-8, Primeira Turma Criminal, julgado em 27.5.2008, de minha relatoria, *in verbis*:

> APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – OBSERVÂNCIA AO ART. 59 DO CP – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 – POSSUI MAUS ANTECEDENTES – RECONHECIMENTO POR TER PRATICADO O CRIME SOB COAÇÃO – NÃO-COMPROVADA A COAÇÃO SOFRIDA – PEDE QUE DESCONSIDERE O ART. 62, IV, DO CP – PROVADO QUE RECEBERIA PELA PRÁTICA DO CRIME – CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, II E III, DA LEI N. 11.343/06 – FEZ USO DA FUNÇÃO PÚBLICA E DO TRANSPORTE PÚBLICO PARA COMETER O DELITO – PEDE ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE PECULATO – CONFIGURADO NA FORMA DE DESVIO – RECURSO IMPROVIDO.

Não cabe absolvição, pois estão provadas a autoria e a materialidade do crime nos autos.

Não há falar em redução de pena, quando quase a totalidade das circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao apelante.

O apelante não faz jus à diminuição da pena incursa no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, pois possui maus antecedentes, deixando de preencher um dos requisitos necessários.

O crime praticado sob coação não deve ser reconhecido, pois não foi comprovada a coação sofrida.

Mantém-se o art. 62, IV, do CP, pois foi provado nos autos que o apelante receberia recompensa pela prática do crime de tráfico de drogas.

As causas de aumento do art. 40, II e III, da Lei n. 11.343/06 devem ser mantidas, pois o apelante utilizou-se de sua função pública e do transporte público para cometer crime.

Usou de sua função de motorista para utilizar e desviar bem público (ambulância), a fim de transportar droga, configurando assim o crime de peculato.

Por outro lado, não há falar em reconhecimento da participação de menor importância, pois a autoria dos crimes foi imputada apenas ao apelante, não existindo, no caso, o concurso de pessoas, o qual pressupõe que duas ou mais pessoas concorreram para o cometimento do ilícito penal.

No mesmo norte, não se pode considerar a contribuição das vítimas, pois não restou comprovado que, de alguma forma, contribuíram para o cometimento dos crimes.

Não fosse isso, o comportamento da vítima é circunstância judicial mencionada no artigo 59 do Código Penal, cujo reconhecimento em nada influenciaria na situação processual penal do apelante, visto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Diante do exposto, com o parecer e divergindo, em parte, do voto proferido pelo e. relator, dou parcial provimento ao recurso de apelação para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao crime de fraude no comércio praticado contra a vítima Idolir Antônio Cadorin, declarando extinta a punibilidade, com fundamento no inciso VI do art. 107 do Código Penal e na antiga redação do inciso VI do artigo 109 do mesmo *Codex*.

Rejeito a tese de prescrição da pretensão punitiva do Estado, a qual é arguida pelo e. relator, em relação ao crime de estelionato praticado em desfavor da vítima Marilza de Paula Silva.

No mérito, mantenho a condenação e os demais termos da sentença penal condenatória.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. DORIVAL), APÓS O RELATOR DAR PARCIAL PROVIMENTO PARA RECONHECER A PRESCRIÇÃO RETROATIVA QUANTO AO CRIME DE ESTELIONATO CONTRA AS VÍTIMAS MARILZA E IDOLIR E A REVISORA TAMBÉM DAR PARCIAL PROVIMENTO DIVERGINDO, PORÉM, AO RECONHECER A PRESCRIÇÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AO CRIME PRATICADO CONTRA A VÍTIMA IDOLIR.

VOTO (EM 13.12.2010)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDA A REVISORA, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, CONTRA O PARECER.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2010.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança n. 2010.015449-0 - Campo Grande
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – ALEGADA ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA – IMPROCEDÊNCIA – ART. 748 DO CPP – ANTECEDENTES CRIMINAIS – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM FUNDAMENTO NO ART. 89, § 5º, DA LEI N. 9.099/95 – EXCLUSÃO DOS DADOS PARA FORNECIMENTO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES – POSSIBILIDADE PARA FINS DE INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Se a autoridade apontada como coatora conheceu e indeferiu o pedido do impetrante, deve esta ser parte passiva do *mandamus*.

Por analogia do disposto no art. 748 do CPP, deve ser fornecido ao absolvido em processo crime, bem como àquele que teve extinta a sua punibilidade com fundamento no art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95, certidão negativa de antecedentes para fins de inscrição em concurso público, mantendo-se, contudo, os registros para fins do art. 202 da LEP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e contra o parecer, concederam a segurança. Abstiveram-se de votar, por ausência no início do julgamento, os vogais 2º e 6º.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Marcel Arruda de Almeida, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de medida liminar, em face de ato do Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande que indeferiu pedido de exclusão do processo constando seu nome no Cartório Distribuidor, diante da extinção da punibilidade pelo cumprimento das condições da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95.

Alega, em síntese, que foi aprovado em Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação/ Soldado PM, do Estado de Mato Grosso do Sul, com data final de matrícula no dia 24 de maio de 2010, sendo que necessita, para a efetivação, da certidão de antecedentes criminais da Comarca de Campo Grande a qual, quando solicitada, constou o registro de um processo, no qual o impetrante houve extinção da punibilidade, nos termos do art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95, além de outro que se refere à execução penal referente ao mesmo processo.

Sustenta que, apesar de ter requerido a exclusão do registro no Juízo da Vara, seu pedido foi deferido apenas em parte, para que fosse oficiado ao Instituto de Identificação do Estado, o que, segundo entende, ofende direito líquido e certo seu, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que cita.

Trouxe os documentos de f. 12-111.

A liminar foi deferida (f. 113-4 e 119).

Vieram informações, às f. 124-5, onde a autoridade apontada como coatora argui ser parte ilegítima para constar no polo passivo do *mandamus*, visto que a emissão de certidão é ato do Cartório Distribuidor, que não está vinculado a si.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da segurança (f. 129-36).

VOTO (EM 18.1.2011)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Marcel Arruda de Almeida, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de medida liminar, em face de ato do Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande que indeferiu pedido de exclusão do processo constando seu nome no Cartório Distribuidor, diante da extinção da punibilidade pelo cumprimento das condições da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95.

Alega, em síntese, que foi aprovado em Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação/ Soldado PM, do Estado de Mato Grosso do Sul, com data final de matrícula no dia 24 de maio de 2010, sendo que necessita, para a efetivação, da certidão de antecedentes criminais da Comarca de Campo Grande a qual, quando solicitada, constou o registro de um processo, no qual o impetrante houve extinção da punibilidade, nos termos do art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95, além de outro que se refere à execução penal referente ao mesmo processo.

Sustenta que, apesar de ter requerido a exclusão do registro no Juízo da Vara, seu pedido foi deferido apenas em parte, para que fosse oficiado ao Instituto de Identificação do Estado, o que, segundo entende, ofende direito líquido e certo seu, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que cita.

Primeiramente, em sintonia com o douto parecer ministerial, rejeito a alegação de ilegitimidade para constar do polo passivo da impetração, arguida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, sob o argumento de que o Cartório Distribuidor não estaria vinculado à Vara, visto que, ao ser submetido a ele o pedido do impetrante, este o deferiu parcialmente, negando o que se busca neste *writ*, consoante se vê à f. 94.

Assim, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

No mérito, tenho que o Mandado de Segurança é ação em que a parte deve provar não só a existência de direito líquido e certo como também o ato ilegal ou abusivo cometido com abuso de autoridade, ou de forma ilegal, pela autoridade apontada como coatora.

É sabido que direito líquido e certo é, segundo entendimento consolidado pela jurisprudência e externado pela doutrina, *"aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída. É, em síntese, a pré-constituição da prova dos fatos alçados à categoria de causa de pedir do writ, independentemente de sua complexidade fática ou jurídica, que permite a utilização da ação mandamental"*. (SODRÉ, Eduardo. DIDIER JÚNIOR, Fredie **(**org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 107).

Como bem disse o professor Alfredo Buzaid, "*deve-se exigir* ***dobrado rigor na concessão da segurança****. Se ela pressupõe direito líquido e certo por parte do sujeito ativo,* ***ilegalidade ou abuso de poder por parte do sujeito passivo****, claro é que a medida só deve ser concedida mediante a verificação da concorrência desses elementos. SE HOUVER AUSÊNCIA DE UM DELES, O JUDICIÁRIO DEVE DENEGAR A MEDIDA*" (BUZAID, Alfredo. RF 164/13, v. 164, p. 13).

O mesmo professor ensina ainda que o que esclarece o conceito de direito líquido e certo "*é a idéia de sua* ***incontestabilidade****, isto é, uma* ***afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pelo Poder Público*** *que praticou ato ilegal ou de abuso de poder*".

E arremata o culto professor:

> Ele tem, na realidade, dois pólos: um positivo, porque se funda na lei; outro negativo, porque nasce **da violação da lei.** Ora, a lei há de ser certa em atribuir ao interessado o direito subjetivo, tornando-o insuscetível de dúvida. SE SURGE A SEU RESPEITO **QUALQUER CONTROVÉRSIA**, QUER DE INTERPRETAÇÃO, QUER DE APLICAÇÃO, JÁ NÃO PODE CONSTITUIR FUNDAMENTO PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA." (BUZAID, Alfredo, *Juicio* de Amparo e Mandado de Segurança, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 56(1): 223-233, 1961, e do Mandado de Segurança, RF, 164:12-1).

À luz desses ensinamentos e dos fatos postos na inicial, pode-se afirmar, conforme entendo, que é incontestável o direito do impetrante.

O fato é que o impetrante necessita de uma certidão, para fins de concurso público, que ateste que nada consta em seus antecedentes criminais, sendo que a que lhe foi fornecida constava uma ação na qual cumpriu os requisitos da suspensão condicional do processo, tendo sido extinta sua punibilidade nos termos do art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95 e uma outra que se referia à execução penal desta ação.

Por mais que se tenha em mente que a certidão, desde que conste que o requerente restou absolvido ou que sua punibilidade restou extinta, pudesse ser suficiente para garantir a participação em concurso público ou, mesmo, posse em cargo público, a cultura brasileira, infelizmente, não consegue ler a certidão com o mesmo valor que aquela de "NADA CONSTA", impedindo o exercício de direitos constitucionalmente garantidos, tais como o trabalho e a livre participação em certame público de provas e títulos.

Por esse motivo, tenho que, apesar de não ser possível a exclusão definitiva do registro dos bancos de dados do Cartório Distribuidor, é ilegal e abusiva a disposição que determina que conste processos onde o requerente tenha sido absolvido em certidão requerida para fins de Concurso Público, especialmente diante da dicção do art. 748 do Código de Processo Penal que dispõe, *in verbis*:

> Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

A utilidade do referido ato atacado é só a de dificultar a vida de cidadãos que nada devem à Justiça e à Sociedade, não sendo razoável que se permita que uma pessoa sofra prejuízos indiretos e irreversíveis por conta de uma interpretação/valoração indevida acerca de fatos já esclarecidos e julgados, **a seu favor**.

Não é demais lembrar que, na suspensão condicional do processo, o réu aceita o benefício logo após o oferecimento da denúncia. Logo, a instrução processual não chega a se desenrolar. Não é proferida uma sentença condenatória. A suspensão é o resultado de um acordo de vontades entre as partes, homologado pelo juiz. Não há falar, portanto, em condenação.

Uma consequência prática disso diz respeito aos antecedentes criminais. O beneficiário da suspensão condicional do processo, que cumpre as condições do acordo, por não ter sido condenado pelo juízo criminal, continua a ser considerado réu primário, bem como possuidor de bons antecedentes.

Os argumentos e jurisprudência colacionados no parecer ministerial me convencem de que é o caso de conceder a segurança para que seja fornecido ao impetrante certidão, para fins de inscrição em concurso público sem que constem os processos mencionados.

Colho, ainda, por entender pertinente, trecho do voto proferido pelo Ministro Humberto Martins, no julgamento do MS n. 18.540-SP, citado no parecer, *in verbis*:

> A retirada desses registros dos terminais eletrônicos do órgão de Segurança Pública é direito do impetrante, que se fundamenta em razões hermenêuticas. De fato, se ao que foi condenado e reabilitado, a lei defere o benefício da isenção dos registros pessoais dessa nódoa *ad perpetuam rei memoriam*, o que se dirá de alguém que foi absolvido? Aplica-se a máxima interpretativa latina *Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*, ou seja, quem pode o mais, pode o menos.

Por fim, em reforço à concessão da segurança, registro que a Corregedoria-Geral de Justiça, em resposta à Consulta n. 2009.960313-2, em caso análogo, editou o Provimento n. 47, de 10 de novembro de 2010, cujo teor é o seguinte, *in verbis*:

> **PROVIMENTO N. 47,** DE 10 DE NOVEMBRO DE 2010
>
> Altera o disposto no art. 370 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça.
>
> O CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso de suas atribuições legais e, CONSIDERANDO o que restou decidido nos autos da Consulta n. 2009.960313-2;
>
> RESOLVE:
>
> **Art. 1º.** O art. 370 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça passa a viger com a seguinte redação:
>
> Art. 370. O disposto na primeira parte do art. 368 não se aplica às requisições judiciais e policiais, nem às solicitações formuladas pelo legítimo interessado, seu procurador, assistente ou representante, os quais poderão requerer que constem ou deixem de constar na certidão de antecedentes criminais as anotações mencionadas no art. 347. (NR)
>
> **Art. 2º**. Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação. Campo Grande, MS, 10 de Novembro de 2010.
>
> a) Des. **JOSUÉ DE OLIVEIRA -** Corregedor-Geral de Justiça.
>
> Campo Grande-MS, 10 de novembro de 2010.

Desta maneira, a disposição das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça que motivava a expedição de certidão na forma que resultou nesta impetração foi alterada, para que não mais constem, quando solicitada para fins de concurso, aquelas ações onde o requerente tenha sido absolvido.

Ante o exposto, em parte com o parecer, concedo a segurança, para o fim de, confirmando, em parte, a liminar antes deferida, determinar a expedição de certidão ao impetrante, tal qual já providenciada pela autoridade apontada como coatora, sem que conste o processo no qual houve extinção da punibilidade, mantendo, contudo, os registros no Cartório Distribuidor para os fins do art. 202 da LEP.

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (1ª Vogal)

Divirjo do ilustre relator por entender que, diferente dos outros servidores públicos, o policial militar, para engajar nas fileiras da corporação, não pode ter nenhuma mácula na sua ficha criminal, mesmo que inocentado, razão pela qual voto pela denegação da segurança.

O Sr. Des. Carlos Eduardo contar (3º Vogal)

Denego, com a 1ª Vogal.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 4º VOGAL - DES. DORIVAL -, APÓS O RELATOR CONCEDER A SEGURANÇA E OS VOGAIS 1º E 3º DENEGAREM. OS VOGAIS 5º E 7º AGUARDAM. AUSENTES, POR FÉRIAS, OS VOGAIS 2º E 6º.

VOTO (EM 1º.2.2011)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (4º Vogal)

Após analisar os autos, acompanho o relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (5º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (7º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA. ABSTIVERAM-SE DE VOTAR, POR AUSÊNCIA NO INÍCIO DO JULGAMENTO, OS VOGAIS 2º E 6º.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2011.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2010.030098-7 - Capital
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – INQUÉRITO SANITÁRIO DE ORIGEM – DECRETO ESTADUAL N. 7.963/94 – MILITAR – APURAÇÃO DA ORIGEM DA SEQUELA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO SANITÁRIO – RECURSO PROVIDO.

A decisão que indefere feitura de Inquérito Sanitário de Origem, previsto no Decreto Estadual n. 7.963/94, apenas com base em suposições acerca da origem da enfermidade ofende direito líquido e certo do militar que pretende ver demonstrada a origem da enfermidade.

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, conceder a segurança. Ausentes, por férias, os vogais 6º e 7º.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Claudevir Nunes da Silva, qualificado na inicial, em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, do Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública e do Comandante-Geral da Polícia Militar, atacando decisão que indeferiu pedido seu de instauração de Inquérito Sanitário de Origem, necessário para apuração da origem de enfermidade, consequente de ferimento recebido em acidente em serviço.

Sustenta, em síntese, que estaria prestes a ser transferido para a inatividade, com proventos proporcionais, sem a feitura de tal inquérito, que comprovaria a origem da enfermidade e lhe garantiria a passagem para a inatividade com proventos integrais.

Por isso, o procedimento administrativo deveria ser sobrestado e a realização do inquérito determinada, nos termos do disposto no art. 15 do Decreto Estadual n. 7.963/94.

Requereu a medida liminar, afirmando que estariam presentes os requisitos e, ao final, a concessão da segurança, já que estaria sendo ferido direito líquido e certo seu em ver apurada a real causa da sua incapacidade.

Requereu os benefícios da Justiça Gratuita, o que foi deferido.

A medida liminar foi concedida às f. 76-7, decisão mantida pelo colegiado em sede de Agravo Regimental (f. 159).

O Estado de Mato Grosso do Sul requereu seu ingresso nos autos, na qualidade de litisconsorte passivo necessário e, conjuntamente com as autoridades apontadas como coatoras, apresentou as informações solicitadas, às f. 88-158, onde argumenta:

> A) diante do princípio da eficiência, encartado no art. 37 da CR/88, poderia ser dispensado o Atestado Sanitário de Origem e o Inquérito Sanitário de Origem se houver prova contundente que possibilite suas dispensas;
>
> B) Que seria incontroverso que o Atestado Sanitário de Origem foi feito regularmente, ainda que não tenha sido encontrado;
>
> C) Uma vez confeccionado o Atestado de Origem, se o impetrante permaneceu no exercício de suas funções de policial militar, inclusive passando por curso na Polícia Nacional, nenhuma relação tem o acidente com o atual estado de saúde que o está levando à reforma;
>
> D) A confecção do Atestado Sanitário de Origem seria desnecessária, à época, em razão do disposto no art. 9º, I, do Decreto Estadual n. 7.963/94, já que *"sequer houve traumatismo leve e supostamente inconseqüente, em vista de lesão mínima de tecidos, no máximo, queixou-se o impetrante à época do acidente de dores no peito e não nas costas que seriam as dores que estaria levando o impetrante à reforma[...]"*
>
> E) A via do Mandado de Segurança seria imprópria para a comprovação de nexo de causalidade entre o acidente ocorrido e a atual situação de saúde do impetrante;
>
> F) O pedido inicial feriria o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, mormente porque desnecessária a realização do inquérito sanitário;

Requer, ao final, a denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 163-72, opina pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Claudevir Nunes da Silva, qualificado na inicial, em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, do Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública e do Comandante-Geral da Polícia Militar, atacando decisão que indeferiu pedido seu de instauração de Inquérito Sanitário de Origem, necessário para apuração da origem de enfermidade, consequente de ferimento recebido em acidente em serviço.

Sustenta, em síntese, que estaria prestes a ser transferido para a inatividade, com proventos proporcionais, sem a feitura de tal inquérito, que comprovaria a origem da enfermidade e lhe garantiria a passagem para a inatividade com proventos integrais.

Por isso, o procedimento administrativo deveria ser sobrestado e a realização do inquérito determinada, nos termos do disposto no art. 15 do Decreto Estadual n. 7.963/94.

Inicialmente, afasto a alegação vinda nas informações, de que a via eleita seria imprópria para examinar o nexo causal entre o acidente sofrido pelo impetrante e a causa de sua incapacidade, visto que não é esse o objeto do *mandamus*.

O pedido do impetrante, como visto, é de realização de inquérito sanitário de origem, previsto na disposição legal citada, que teria sido indeferido em ofensa a seu direito, o que pode ser conhecido pela via eleita.

Esclarece-se que Inquérito Sanitário de Origem é uma perícia médico-administrativa destinada a apurar a origem da incapacidade do militar, e encontra-se regulado pelo Decreto Estadual n. 7.963, de 30 de setembro de 1994.

Consta dos autos que em 13 de março de 2002, ao participar de uma escolta, conduzia uma motocicleta Vtr MOTO 07-110, com outros motociclistas, quando sofreu um acidente no cruzamento das avenidas Ceará e Amazonas, em Campo Grande (MS), conforme Boletim de Ocorrência de Trânsito n. 1117/2002 e croqui de acidente que anexou às f. 18-24.

É incontroverso que foi realizado o Atestado Sanitário de Origem, previsto no art. 2º do Decreto Estadual n. 7.963/94, e que foi extraviado.

O Atestado Sanitário de Origem (ASO), segundo define o aludido decreto, é "*o documento médico-administrativo, destinado a comprovar a origem de estado mórbido do policial-militar ou bombeiro-militar da ativa, consequente a ferimento recebida na manutenção da ordem pública ou acidente em serviço.*"

Segundo dispõe o art. 4º do Decreto, "*o Atestado Sanitário de Origem é indispensável, como elemento de prova, na elucidação da origem de enfermidade, consequente a ferimento recebido na manutenção da ordem pública ou acidente em serviço, o seu relacionamento a incapacidade física, temporária ou definitiva, verificada em inspeção de Saúde.*"

Como restou extraviado o Atestado, conforme se vê do procedimento administrativo que acompanha a impetração (f. 43-74), o parecer cita que "*o ASO e o Exame de Corpo e Delito muito provavelmente foram elaborados, mas não foi possível localizá-lo[...].*"

O parecer termina recomendando que *"o requerente, CB CLAUDEVIR, tome ciência deste considerando e seja orientado a requerer o Inquérito Sanitário de Origem, documento legal e necessário para a elucidação dos fatos[...]*" (f. 55).

Assim, segundo entendimento já manifestado ao próprio impetrante pela decisão reproduzida às f. 49-56, o acidente ocorreu em serviço e, diante do tempo decorrido, seria necessário que requeresse a instauração de inquérito sanitário de origem.

Ocorre que o Comandante-Geral da Polícia Militar, às f. 62-v., indeferiu o pedido sob a consideração que seria evidente que o motivo da incapacidade não seria o acidente ocorrido em meados de 2002, já que, após, o impetrante teria participado de cursos que exigiam aptidão física.

Todavia, há direito líquido e certo do recorrente na instauração da perícia médico-administrativa, pois, conforme estabelecido no Decreto n. 7.963/94, para apuração da incapacidade física, temporária ou definitiva, o militar será submetido a Inquérito Sanitário de Origem, e somente este pode declarar a origem do acidente, se decorrente de serviço ou não. Senão vejamos:

> Art. 14 - O Inquérito Sanitário de Origem é perícia médico-administrativa destinada a apurar se a incapacidade física, temporária ou definitiva, do servidor militar é resultante de:
>
> I - doença, moléstia ou enfermidade com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço; ou
>
> II - estado mórbido consequente a ferimento recebido na manutenção da ordem pública ou acidente em serviço, quando não for lavrado na época própria o Atestado Sanitário de Origem.

Assim, percebe-se que a instauração do inquérito tem por finalidade a comprovação do nexo de causalidade entre a sequela sofrida pelo militar e o serviço prestado.

Registre-se, como dito, que a própria legislação – Decreto n. 7.963 – estabelece o atestado sanitário de origem (ASO) como documento indispensável para apuração da real causa das sequelas sofridas pelo paciente, documento extraviado, segundo consta.

Ressalta-se, ainda, que o impetrante não pode ser impedido de se insurgir de atos que lhes sejam desfavoráveis, e sendo este o único meio de demonstrar o que pretende, resta claro o direito líquido e certo do recorrente à instauração do inquérito sanitário de origem, por se tratar de prova técnica e que pode, estreme de dúvidas, afirmar se a causa da incapacidade é ou não o acidente e, ainda, diante do fato de a decisão atacada ter partido de afirmações que não demonstram, cabalmente, o afastamento das alegações do impetrante.

Demonstrada está, a meu ver, a necessidade de realização do inquérito, o que não ofende o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ou mesmo o princípio da eficiência como se argumenta nas informações prestadas, mesmo porque não se mostra eficiente ou mesmo aceitável que a supremacia citada possa impedir a feitura de prova técnica acerca do tema, consoante previsto no ordenamento jurídico.

A jurisprudência desta Corte, a propósito, é no seguinte sentido, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – INQUÉRITO SANITÁRIO DE ORIGEM – DECRETO ESTADUAL N. 7.963 DE 1994 – MILITAR – APURAÇÃO DA ORIGEM DA SEQUELA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO SANITÁRIO – RECURSO PROVIDO. (TJMS, AC n. 2009.010819-0, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 2.2.2010).

Posto isso, de acordo com o parecer, concedo a segurança a Claudevir Nunes da Silva, a fim de que seja instaurado o inquérito sanitário de origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTES, POR FÉRIAS, OS VOGAIS 6º E 7º.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, Joenildo de Sousa Chaves, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, Divoncir Schreiner Maran e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.037407-8 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – CP, ART. 157, § 2º, I e II – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS SUFICIENTES DEMONSTRANDO A MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO – PENA-BASE – MANTIDA – CONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA – ART. 67, CP – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – INEXISTÊNCIA DE APREENSÃO E DE LAUDO PERICIAL – IRRELEVÂNCIA – CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA – CAUSAS DE AUMENTO DE PENA PERTINENTE AO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS – MOTIVAÇÃO CONCRETA – REGIME PRISIONAL FECHADO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

I – O reconhecimento da vítima corroborado pelos demais elementos de provas nos autos são suficientes a embasar a condenação do réu.

II - Circunstâncias judiciais consideradas negativas pelo magistrado singular, com motivação idônea, são hábeis para exasperar a pena-base**.**

III - Reconhece-se a atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do CP, quando o agente confessa o delito espontaneamente na fase extrajudicial e tal fato foi utilizado como fundamento da condenação, devendo ser operada a compensação da atenuante com a reincidência, por serem igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal.

IV - Desnecessária a apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização da qualificadora no crime de roubo, quando nos autos a palavra da vítima e outros elementos probatórios mostram-se seguros e consistentes no sentido de que o delito foi cometido com emprego do artefato. (Precedentes do STF e STJ).

V - Presente fundamentação concreta, cabível o aumento da pena em patamar acima do mínimo de 1/3 previsto no artigo 157, § 2º, do Código Penal.

VI - Impõe-se a manutenção do regime prisional fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o vogal.

Campo Grande, 14 de março de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Márcio Laurindo de Andrade interpôs apelação criminal contra a sentença (f. 399-406) que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante e o corréu Joelson Cardoso da Silva, pelo crime capitulado no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, respectivamente, à pena de 10 (dez) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, em regime fechado, assim como à pena de 6 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente, em regime semiaberto.

Busca a reforma do *decisum* hostilizado, pleiteando, em apertada síntese: (i) a absolvição por insuficiência de provas; (ii) a redução da pena-base; (iii) o conhecimento e a aplicação da atenuante da confissão espontânea e sua compensação com a agravante da reincidência; (iv) o afastamento da causa de aumento pertinente ao emprego de arma; (v) a redução do patamar aplicado pertinente as causas de aumento previstas no § 2º, incisos I e II, do Código Penal; e, por fim, (vi) a fixação do regime semiaberto.

Em contrarrazões (f. 338-48), o *Parquet* pugna pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu turno, opina às f. 505-13, pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Márcio Laurindo de Andrade interpôs apelação criminal contra a sentença (f. 399-406) que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante e o corréu Joelson Cardoso da Silva, pelo crime capitulado no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, respectivamente, à pena de 10 (dez) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, em regime fechado, assim como à pena de 6 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente, em regime semiaberto.

Postula, em síntese, pela absolvição por insuficiência de provas, redução da pena-base, o conhecimento e a aplicação da atenuante da confissão espontânea e sua compensação com a agravante da reincidência, afastamento da causa de aumento pertinente ao emprego de arma, redução do patamar aplicado pertinente às causas de aumento previstas no § 2º incisos I e II, do Código Penal e, por fim, a fixação do regime semiaberto.

Narra a peça acusatória (f. 2-3) os fatos a seguir:

> [...] na data de 23 de dezembro de 2007, por volta das 16h, na Rua Inúbia Paulista, bairro Jardim Monumento, em via pública, nesta capital, os denunciados Márcio Laurindo de Andrade e Joelson Cardoso da Silva, ambos em uma mesma motocicleta, a qual era conduzida pelo segundo, surpreenderam a vítima Francisco Caetano de Alencar, mediante o emprego de arma de fogo, abordando a vítima Francisco Caetano de Alencar, subtraindo-lhe o valor de R$ 15,00, contido em sua carteira, a qual foi abandonada, em seguida.[...]

<u>Das provas coligidas no caderno processual</u>

Argumenta a defesa que o conjunto probatório não permite concluir que o acusado praticou o crime, porém, da análise dos autos, sobressai prova suficiente para a condenação do réu, ora apelante, pelo crime de roubo circunstanciado.

A materialidade e a autoria do delito restaram demonstradas pelo auto de prisão em flagrante (f. 5-15), auto de reconhecimento positivo de pessoa (f. 24-5), auto de exibição e apreensão (f. 26-2), auto de entrega (f. 29-30), boletim de ocorrência (f. 38-43), auto de avaliação indireta (f. 47), laudo pericial (f. 130-4), bem como as provas orais coligidas no caderno processual.

Muito embora o apelante tenha se retratado na fase judicial (f. 85-7), ao prestar declarações na fase inquisitiva (f. 32-3), assumiu a autoria do crime, narrando detalhadamente o *iter criminis* percorrido.

Tanto na fase inquisitiva quanto na fase judicial, a vítima reconheceu sem sombra de dúvida o ora recorrente.

Os depoimentos dos policiais Luiz Carlos de Farias (f. 6-7 e 251) e Anita Ferreira Caputti (f. 9-10 e 244-5), os quais atuaram nas diligências, estão em consonância com as declarações prestadas pela vítima.

Some-se a isso, Márcio Laurindo de Andrade, após a prática delitiva, sofreu um acidente com a *res furtiva*, consoante as provas materiais e orais juntadas no caderno processual.

Desta forma, não há falar em absolvição, pois inexiste dúvida de que o réu foi um dos autores do roubo, além de que "*sabe-se que nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima, demonstrando plena convicção quanto a autoria do roubo, reveste-se de relevante valor probatório e consistente elemento para formar o convencimento do juiz sentenciante*"[1].

E, ainda, podemos citar:

> Nos crimes de roubo, normalmente praticados na clandestinidade, prevalece sobre a negativa do agente a palavra da vítima, mormente quando esta se apresenta firme e coerente com a dinâmica dos fatos, ainda mais quando o álibi apresentado pelo apelante não foi comprovado. (TJPA, ACr n.20093001853-3 – 80528 –, Tucurui, Segunda Câmara Criminal Isolada, Relª Desª. Vania Fortes Bitar, DJ de 17.9.2009).
>
> Inexistindo nos autos qualquer circunstância que desautorize ou desacredite a palavra da vítima, esta assume relevo e deve ser admitida como elemento de convicção, sendo suficiente para dar suporte a condenação, inclusive quanto ao uso da arma e concurso de pessoas. 3 - a r. Decisão recorrida desafia reparo parcial. (TJRJ, ACr n. 2008.050.07527, Terceira Câmara Criminal, Relª. Desª. Maria Angelica Guedes, DJ de 31.8.2009).

Destarte, ao contrário do ponderado pelo recorrente, a autoria do delito de roubo circunstanciado, é patente.

Da pena-base

Argumenta a defesa técnica que houve equívoco na dosimetria da pena, com aumento exagerado e indevido na pena-base fixada em 1/4 acima do mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão.

Não assiste razão ao apelante.

O juiz tem discricionaridade ao formular a dosimetria da pena, mas deve observar alguns critérios, pois "*a dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente as garantias da individualização do castigo e da motivação das decisões judiciais* (STF, *HC* n. 97.509, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 25.9.2009, p. 69)".

Na hipótese, entendo que pena-base aplicada pelo juízo *a quo,* ao contrário do ponderado pela defesa, foi baixa, tendo em vista a presença de 4 (quatro) circunstâncias judiciais negativas, vale dizer, antecedentes, personalidade, circunstâncias e consequências do crime, no entanto mantenho aludida pena, a fim de evitar um *reformatio in pejus*.

1 TJES, ACr n. 048050025484, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas, julgado em 1.4.2009.

Da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência

Reconheço a atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, porquanto a simples confissão do acusado, em fase inquisitorial, enseja a aplicação da atenuante da confissão espontânea, pois foi espontânea e voluntária, visto que, no caso, o acusado tinha a alternativa de negar a autoria do fato típico ou até mesmo exercer o seu direito ao silêncio, no entanto, na fase extrajudicial, admitiu contra si a acusação do crime de roubo circunstanciado.

Portanto, a simples confissão do acusado, seja em fase inquisitorial, seja em juízo, já enseja a aplicação de confissão espontânea, ainda mais quando o magistrado utiliza tal prova como fundamento na sentença.

Preleciona Guilherme de Souza Nucci:

> Confissão espontânea: confessar, no âmbito do processo penal é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno dicernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, prática de algum fato criminoso[...]. A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, pratica, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. [...][1]

Nesse sentido, trago à baila os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] V - Finalmente, se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o Decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea d, do CP (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). *Habeas corpus* concedido. [2]

> [...] 3. Se a confissão do paciente, colhida na fase extrajudicial e retratada em Juízo, é utilizada como prova para a condenação, obrigatória a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. [3]

> [...] 1. Deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea realizada perante a autoridade policial, ainda que retratada em Juízo, desde que essa confissão tenha, em conjunto com outros meios de prova, embasado a condenação (Precedentes do STJ). [4]

Outrossim, impõe-se a sua compensação com a agravante da reincidência.

No escólio de Thales Tácito Luz de Pádua Cerqueira, havendo concurso de agravantes com atenuantes, consoante o artigo 67 do Código Penal[5], as subjetivas – personalidade, motivos e reincidência – sempre prevalecerão sobre as demais, sendo que, se houver circunstâncias atenuantes e agravantes de mesma espécie, ou seja, ambas forem subjetivas ou ambas objetivas, terão seus efeitos neutralizados.

Além do mais, atualmente o Superior Tribunal de Justiça tem confirmado o entendimento de que a confissão espontânea é uma atenuante subjetiva concernente à personalidade do agente. Neste sentido:

> [...] A Sexta Turma desta Corte orienta-se no sentido de permitir a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. [...][6] – STJ, *HC* n. 137.317, Proc. 2009/0100518-7, DF, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19.11.2009, DJ de 14.12.2009.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 431.

2 STJ, HC n. 151.745, Proc. n. 2009/0210144-1, PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 16.3.2010, DJ de 3.5.2010.

3 STJ, HC n. 138.556, Proc. n. 2009/0109792-5, PR, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.11.2009, DJ de 30.11.2009.

4 STJ, HC n. 107.801, Proc. n. 2008/0120412-7, MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 1.9.2009, DJ de 28.9.2009.

5 Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

6 STJ, HC n. 137.317, Proc. n. 2009/0100518-7, DF, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19.11.2009, DJ de 14.12.2009.

> [...] Reconhecida a atenuante da confissão espontânea deve ela ser compensada com a agravante da reincidência, pois ambas dizem respeito à personalidade do agente. [...][7]

> [...] Deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea realizada perante a autoridade policial, ainda que retratada em Juízo, desde que essa confissão tenha, em conjunto com outros meios de prova, embasado a condenação (Precedentes do STJ).[...][8]

Desta forma, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea é a medida correta a ser aplicada.

Da causa aumento da arma de fogo (CP, art. 157, §2º, I)

Sustenta a defesa que a arma não foi apreendida e periciada, motivo pelo qual requer o afastamento da causa de aumento da pena.

Na hipótese em apreço, a apreensão da arma e a realização de exame de eficiência são dispensadas quando a prova atesta a utilização do artefato, principalmente porque exsurge inconteste o seu emprego, confessado pelo apelante (f. 32-33), bem como pela vítima (f. 11-2, 246-8 e 390-1).

Ademais, constitui ônus da defesa, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, a comprovação de eventual carência de potencialidade lesiva da arma de fogo.

Nesse sentido, citam-se os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais pátrios:

> EMENTA: ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida.[9]

> PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO EM CONCURSO FORMAL COM CORRUPÇÃO DE MENORES. JUNTADA DE LAUDO PERICIAL APÓS A SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA. AUTORIA. PENA. DOSIMETRIA. ATENUANTE DE MENORIDADE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO FORMAL. PERCENTUAIS DE AUMENTO [...]

> Para o reconhecimento da causa de aumento de pena relativa ao uso de arma de fogo, não é obrigatória a apreensão do artefato e sua perícia, quando existente a palavra firme e segura da vítima autorizando sua incidência[...][10].

7 STJ, HC n. 150.266, Proc. n. 2009/0199608-7, MS, Sexta Turma, Rel. Des. Conv. Haroldo Rodrigues, julgado em 19.11.2009, DJ de 7.12.2009.

8 STJ, HC n. 107.801, Proc. n. 2008/0120412-7, MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 1.9.2009, DJ de 28.9.2009.

9 STF, HC n. 96099, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19.2.2009, DJ n. 104, div. 4.6.2009, publ. em 5.6.2009, EMENT VOL-02363-03 PP-00498 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 410-27.

10 TJDF, ACr n. 20080910126692, Primeira Turma Criminal, Rel. Mario Machado, julgado em 22.6.2009, DJ de 27.7.2009, p. 191.

> APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PENA-BASE – EXCLUSÃO QUALIFICADORA – AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA - EMPREGO DE ARMA DE FOGO CONFIRMADO.
>
> I. Se a fundamentação esposada pelo sentenciante permite aferir os motivos que levaram a majoração da pena-base além do mínimo e viabiliza a análise pelo segundo grau, não há deficiência de fundamentos [...] Rejeito a preliminar.
>
> II. O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma utilizada. Precedentes do STF e STJ. III. Recurso improvido[11].

Logo, correto o aumento derivado da incidência do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Das causas de aumento da pena pertinente ao concurso de agentes e emprego da arma de fogo

Ao contrário do ponderado pelo recorrente, entendo que a fundamentação utilizada na sentença hostilizada é suficiente para fixar o *quantum* do aumento no patamar 1/2, pois, além de o roubo em análise ter sido praticado por duas pessoas, uma delas estava com arma de fogo.

Logo, neste ponto, a sentença singular também merece ser ratificada.

Do redimensionamento da pena

Por conseguinte, obedecidas às diretrizes fixadas pela instância inferior e considerando a modificação realizada no presente recurso, diante dos fundamentos supramencionados, passo à reestruturação da pena imposta ao apelante, nos moldes previstos dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal.

Na primeira fase da aplicação da pena-base, inexistem reparos a ser efetuados, razão pela qual mantenho a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, corrigidos monetariamente.

Na segunda fase, presentes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, efetuo a compensação entre ambas e mantenho a pena-base, fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Na terceira fase, também não há reparos a ser realizados. Incidindo a causa de aumento prevista no § 2º, incisos I e II, do artigo 157 do Código Penal (uso de arma e concurso de agente), aumento a pena em 1/2, fixando-a em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente, tornando-a definitiva à míngua de outras modificadoras.

Do regime prisional

Deixo de modificar o regime prisional fechado fixado na sentença de origem, pois, além de atender os requisitos da lei, previstos no artigo 33, § 3º, do Código Penal, como já mencionado, o apelante é reincidente.

Da parte dispositiva

Diante do exposto, contra o parecer ministerial, dou parcial provimento ao recurso interposto por Márcio Laurindo de Andrade, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da

11 TJDF, ACr n. 20050710207042/PR, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Sandra de Santis, julgado em 19.11.2009.

reincidência, fixando a pena definitiva do ora apelante em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente**,** em regime fechado.

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

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Vogal)

Ouso divergir do E. relator apenas para afastar a majorante relativa à arma de fogo.

Consoante reiteradamente tenho manifestado, para a incidência da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, faz-se necessária a apreensão da arma, bem como a realização de exame pericial para que seja avaliada sua potencialidade ofensiva.

Em análise doutrinária mais acurada, referida majorante apresenta dois posicionamentos diferentes: um deles adota o critério objetivo, ao passo que o outro adota o critério subjetivo.

O critério objetivo avalia o emprego de arma, segundo o efetivo perigo que ela possa trazer à vítima. Para essa teoria uma arma desmuniciada (sem munições ao alcance para o rápido municiamento e uso da arma), inapta a produzir disparos, ou ainda uma arma de brinquedo, embora seja útil para constituir a grave (própria do crime de roubo), não serve para o aumento da pena, por não apresentar potencialidade lesiva concreta à pessoa do ofendido.

Por outro lado, o critério subjetivo avalia a força intimidativa gerada na vítima. Sob esse prisma, até mesmo uma arma de brinquedo, inapta ou desmuniciada, é um instrumento hábil (se vítima desconhece tal circunstância) à configuração da causa de aumento, uma vez que o temor provocado no ofendido é maior e diminui sua capacidade de resistência, quando utilizada.

Filio-me ao posicionamento doutrinário que adota o critério objetivo, considerando sempre o perigo efetivo causado à vítima e a potencialidade lesiva da arma em concreto, respeitando-se sempre o princípio da legalidade.

O emprego da arma de fogo ineficaz é suficiente para intimidar a vítima – o que configura, por sua vez, apenas a grave ameaça, circunstância elementar imprescindível para caracterização do crime de roubo.

Entretanto, referida majorante só deve ser aplicada quando a vítima comprovadamente for exposta a maior risco, neste caso, quando comprovada a capacidade vulnerante da arma.

Sobre o assunto, transcrevo excerto do bem elaborado voto da relatoria do Ministro Nilson Naves, proferido no *HC* n. 36.182, do STJ, *in verbis*:

> De minha parte, confesso que tenho dificuldade em dar por conhecida a qualificadora em causa. De um lado, porque arma alguma foi apreendida, parecendo-me de pouca prova ou de prova jamais tão valiosa assim a palavra da vítima, simplesmente. Simplesmente e simplesmente, porque aos autos não veio, concretamente, outra prova. Além disso, não sei como se pode reconhecer o emprego de algo de que não se tem notícia. A mim se me afigura que a qualificadora supõe a apreensão da arma. De outro lado, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação. Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda prova de sua proposta de acusação, aí figurando o ônus de provar a qualificadora – no presente caso, o emprego de arma e, ao que eu entendo, a sua eficácia. Ora, arma sem eficácia não é arma, seria como um canivete ao qual faltassem a lâmina movediça e o cabo. As coisas são o que são, sob pena de abstração da sua realidade. Quando vagamos, a realidade não nos

acompanha, e isso não é bom para a dogmática penal. Arma há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida.

Ainda nesse sentido, trago à colação diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> Roubo qualificado por emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do Cód. Penal). Apreensão e perícia (ausência). Qualificadora (não ocorrência). Ônus da prova (Ministério Público).
>
> 1. O inciso I do § 2º supõe a apreensão da arma, também a sua perícia, porque arma, para ser arma, há de ser eficaz. As coisas são o que são; conforme a poética de Eliot, "alegro-me de serem as coisas o que são".
>
> 2. Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda a prova de acusação, aí figurando, claro é, o ônus de provar a qualificadora.
>
> 3. Carente a espécie da apreensão da arma e, consequentemente, da perícia, não se aumenta, no caso, a pena, visto que não ocorrente a qualificadora.
>
> 4. *Habeas corpus* concedido. (*HC* n. 125.999/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 10.3.2009, DJ de 4.5.2009).
>
> *HABEAS CORPUS*. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO DA ARMA E NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. PRECEDENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL.
>
> 1. Após o cancelamento do Enunciado da Súmula n. 174 do Superior Tribunal de Justiça, esta Corte Superior, em observância ao princípio da legalidade, adotou a teoria objetiva que entende necessária à configuração da majorante do emprego de arma a existência de perigo real à vida da vítima.
>
> 2. Apreendida a arma de fogo, o exame de corpo de delito é indispensável para comprovar sua potencialidade lesiva. Somente é possível a prova indireta quando os vestígios tiverem desaparecido por completo, o que não ocorre no caso.
>
> 3. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de Réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.
>
> 4. Ordem concedida para, mantida a condenação, fixar o acréscimo da pena, na terceira fase, tão-somente pela causa de aumento prevista no inciso II do art. 157 do Código Penal, no mínimo legal, a qual fica quantificada, definitivamente, em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, estabelecendo o regime semi-aberto para o cumprimento da pena imposta ao Paciente. (*HC* n. 101.884/SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 27.5.2008, DJ de 23.6.2008).
>
> PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL FECHADO.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, *ex vi* do art. 167 do Código de Processo Penal.

II – Esse entendimento deve ser aplicado no que concerne à verificação de ocorrência ou não da majorante do emprego de arma no crime de roubo, caso contrário o cancelamento da Súmula 174 do STJ seria, em boa parte, inócuo.

III - No caso concreto, tratando-se de habeas corpus, portanto, remédio jurídico que em princípio deve ter sua pretensão calcada em prova convergente e normalmente pré-constituída, é bem de ver que os autos retratam uma dúvida relevante sobre o motivo da não apreensão da arma. Desse modo, uma vez que não foi possível identificar o motivo pelo qual a arma não foi apreendida, a par do quadro fático nebuloso, inviável a análise do pedido no que tange à incidência da majorante por emprego de arma de fogo.

IV - Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) na fixação da pena-base do crime de roubo, é apropriado o regime prisional inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda (Precedentes). Ordem denegada. (*HC* n. 91.173/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 6.3.2008, DJ de 22.4.2008).

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. REGIME ABERTO.

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal é necessário que a arma de fogo seja a apreendida e periciada. Precedentes.

Excluída a causa de aumento de pena e inexistindo outra circunstância desfavorável, tem o paciente direito de cumprir a pena no regime inicial aberto. Ordem concedida. (STJ, *HC* n. 102785/SP *HABEAS CORPUS* n. 2008/0063878-8, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJ de 20.10.2008).

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – USO DE ARMA – AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA – NÃO COMPROVAÇÃO – DECOTE DA MAJORANTE – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – TEMPO DE PENA CUMPRIDO NO REGIME MAIS GRAVOSO QUE DEVE SER CONSIDERADO CUMPRIDO NO REGIME A QUE O PACIENTE FAZ JUS – NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.

1- Sem a apreensão e perícia na arma, nos casos em que não é possível aferir a sua eficácia por outros meios de prova, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física.

2- Os precedentes desta Turma condenam a imposição do regime fechado ante a gravidade abstrata do crime, por si só, porquanto ao fazer a cominação para o delito o legislador já a considerou, por isso é inadmissível, em princípio, a determinação de regime mais severo.

3- A análise das circunstâncias judiciais serve não só para a fixação da pena-base, mas também para determinação do regime de cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta, sendo que, reiteradamente, este Tribunal tem considerado que sendo o réu primário e a pena fixada em seu mínimo legal, não se pode fixar regime mais rigoroso que o previsto para a sua quantidade.

> 4- Tendo em vista o quantum da pena imposta, a primariedade do réu e as circunstâncias judiciais a ele favoráveis, deve ser reconhecida a ocorrência de constrangimento ilegal caracterizado pela imposição do regime fechado para o início do desconto da reprimenda.
>
> 5- Se equivocadamente foi determinado ao paciente o cumprimento da pena em regime mais gravoso, esse tempo deve ser considerado como cumprido no regime a que ele faria jus, principalmente para fim de eventual progressão.
>
> 6- Negado provimento ao agravo regimental. (AgRg no *HC* n. 106926/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Jane Silva, DJ de 8.9.2008).
>
> *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. REVÓLVER INAPTO PARA DISPARAR. CONSTATAÇÃO POR PERÍCIA. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. MAJORANTE NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. AFASTAMENTO PROCEDIDO. REPRIMENDA MITIGADA.
>
> 1. A utilização de arma ineficaz para disparo para intimidar a vítima do delito de roubo não autoriza o reconhecimento da causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, cuja caracterização está vinculada ao potencial lesivo do instrumento. Precedentes deste STJ. (*HC* n. 99994/SP, Quinta Turma , Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 4.8.2008).

Em razão do exposto, afasto da condenação referida causa de aumento.

Passo a dosá-la:

Em razão da exclusão de uma das majorantes, minoro o patamar de aumento, na terceira fase, para ¼.

Considerando que a pena restou definida, na segunda fase, em 5 anos de reclusão e 30 dias-multa, torno-a definitiva em 6 anos e 3 meses de reclusão e 37 dias-multa.

O regime inicial, ante a comprovada reincidência do apelante, fica mantido o fechado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO, EM PARTE, O VOGAL.

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, 14 de março de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2010.037522-1 - Costa Rica
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIME AMBIENTAL – ART. 54, § 2º, V, DA LEI N. 9.605/98 – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INÉPCIA FORMAL – SÓCIO-PRESIDENTE – NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA ENTRE A CONDUTA DO PACIENTE E FATO DELITUOSO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA – TESE DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PREJUDICADA – ORDEM CONCEDIDA.

Reconhece-se a inépcia formal da denúncia que não descreve circunstanciadamente a conduta atribuída ao paciente, além de não estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta do paciente e o resultado danoso, por inobservância ao estabelecido no art. 41 do CPP e violação ao princípio constitucional da ampla defesa e, via de consequência, determina-se o trancamento da ação penal.

Resta prejudicada a análise do pedido relativo à ausência de justa causa da ação penal, quando trancada a ação penal por inépcia da peça acusatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de janeiro de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Alexandre César Del Grossi em favor de Arlindo de Azevedo Moura, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Costa Rica.

Aduz o impetrante que o paciente, diretor-presidente da SLC Agrícola SA, fora denunciado juntamente com referida empresa como incursos no delito previsto no artigo 54, § 2º, V, da Lei dos Crimes Ambientais.

Assevera que a denúncia seria inepta, pois a peça acusatória não demonstrou o nexo de causalidade entre a conduta do paciente e suposto resultado danoso nem sequer descreveu de que maneira o paciente teria concorrido para o crime, o que viola o princípio constitucional da ampla defesa

Por fim, sustenta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal, por inexistirem provas de que a conduta descrita na denúncia tenha causado ou possa causar danos à saúde humana, ou provoque a mortandade dos animais ou, ainda, a destruição da flora, conforme exige o tipo penal.

Liminar deferida às f. 159-60.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 163-5.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 169-76, opinando pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Alexandre César Del Grossi em favor de Arlindo de Azevedo Moura, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Costa Rica.

A questão cinge-se à regularidade formal da denúncia, visto que o impetrante sustenta sua inépcia, por ausência de individualização da conduta do paciente e do nexo de causalidade entre sua conduta e o suposto resultado danoso.

Aduz-se, ainda, falta de justa causa para a persecução penal, por inexistirem nem sequer indícios de que a conduta descrita na peça acusatória tenha causado ou possa causar danos à saúde humana, mortandade de animais ou destruição da flora.

Conforme se verifica às f.15-6, eis o teor da denúncia no que se refere à conduta da empresa e do paciente:

> [...]
>
> No dia 12 de maio de 2008, na fazenda Planalto, situada na Rodovia MS-306, Km 213, próximo ao distrito de Baús, nesta comarca de Costa Rica – MS, a fiscalização constatou que os denunciados causavam poluição em níveis tais que pudessem resultar em danos à saúde humana – havia no local a deposição a céu aberto e em contato direto com o solo, de resto de animais abatidos, sendo ossos, vísceras, carcaças e etc, bem como o acúmulo de lixo doméstico e outros resíduos lançados diretamente na natureza, sem qualquer tipo de tratamento, fazendo com que o local exalasse forte mau cheiro, decorrente da decomposição dos restos mortais que atraía moscas e aves de rapina, causando destruição significativa da área de preservação permanente e danos à saúde humana.
>
> [...]

Deste modo, verifica-se que a narração na denúncia é genérica e imprecisa, visto que não descreveu de que modo a conduta do paciente influiu para o efeito danoso (lugar, modo, momento em que incorreu no crime etc.), o que impede ou dificulta o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Aliás, precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça são uníssonos no sentido de que, embora não se exija a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado em crimes societários, é imprescindível que o órgão acusatório estabeleça a mínima relação entre o denunciado e o delito que lhe é imputado, pois o simples fato de ser sócio-presidente da empresa não autoriza *per si* a instauração da persecução penal, se não houver comprovação, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer do processo criminal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua condição de dirigente da empresa, sob pena de responsabilização penal objetiva.

A inexistência de elementos que descrevam a relação entre o crime e autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, o que torna inepta a denúncia, por irregularidade formal.

A propósito:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE (ARTIGO 55 DA LEI N. 9.605/1998). EXTRAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS EM DESACORDO COM LICENÇA AMBIENTAL DE OPERAÇÃO E TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE QUAIS CONDIÇÕES, CLÁUSULAS OU CIRCUNSTÂNCIAS NÃO TERIAM SIDO OBSERVADAS PELO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA. INÉPCIA DA INICIAL. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Consoante o art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deve contar a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. 2. Se a inicial acusatória não descreve minimamente as condutas supostamente delituosas, ela é considerada inepta, pois impede o exercício da ampla defesa pelo acusado, que deve se defender dos fatos narrados, ainda que sucintamente, na exordial. 3. No caso dos autos, na vestibular ofertada contra o paciente, não existe qualquer descrição de quais condições, circunstâncias ou cláusulas da Licença Ambiental de Operação ou do Termo de Ajustamento de Conduta teriam sido violadas pelo paciente quando da extração de argila em sua propriedade, o que a torna inepta. 4. Ordem concedida, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente em razão da inépcia da denúncia, sem prejuízo do oferecimento de outra, que atenda aos requisitos legais. (STJ, *HC* n. 159.261, Proc. 2010/0004442-4, SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17.6.2010, DJ de 28.6.2010)

PROCESSUAL PENAL – *HABEAS CORPUS* – ESTELIONATO SIMPLES – FORMAÇÃO DE QUADRILHA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – PEÇA QUE NÃO DESCREVEU, NEM MESMO GENERICAMENTE, A CONDUTA DO PACIENTE – PEÇA QUE, QUANTO AO PACIENTE, SE LIMITOU A PUGNAR PELO ESCLARECIMENTO MÍNIMO DOS FATOS APÓS O CUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIAS – AFRONTA AO ART. 41 DO CPP E, POR CONSEGUINTE, À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA – PEÇA QUE NÃO SE MOSTRA APTA A DEFLAGRAR A AÇÃO PENAL – NECESSIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – TESE DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PREJUDICADA – ORDEM CONCEDIDA, JULGANDO-SE PREJUDICADO PARTE DO PEDIDO. 1. Deixando a denúncia de narrar pormenorizadamente a conduta atribuída ao acusado, mas, pelo contrário, não o fazendo nem mesmo genericamente, de rigor o reconhecimento de sua inépcia, por ofensa aos ditames do artigo 41 do Código de Processo Penal e, por conseguinte, à garantia constitucional da ampla defesa, o que enseja o trancamento da ação penal. Precedentes. 2. Trancada a ação penal por inépcia da denúncia, resta prejudicado o pedido referente à ausência de justa causa para a persecução penal do acusado em juízo. 3. Ordem concedida, julgando-se prejudicado parte do pedido. (STJ, *HC* n. 117.945, Sexta Turma, Relª. Minª. Jane Silva, julgado em 30.8.2008, DJ de 17.11.2008)

CRIMINAL. *HC*. DISPENSA DE LICITAÇÃO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DA PACIENTE COM OS FATOS DELITUOSOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. Hipótese em que a paciente foi denunciada pela suposta prática de crime previsto na Lei de Licitações porque a empresa da qual seria sócia teria celebrado contrato com o Poder Público para a execução de obra sem a prévia observância do procedimento licitatório. O entendimento desta Corte – no sentido de que, nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente –, não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre os denunciados e a empreitada criminosa a eles imputada. O simples fato de ser sócio ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva. O contrato firmado pela empresa da

> qual a acusada seria sócia com a autarquia municipal, o qual seria a circunstância que, segundo a denúncia, caracterizaria a participação da paciente na empreitada supostamente criminosa, teria sido assinado por outro co-réu. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia. Precedentes do STF e do STJ. Deve ser determinado o trancamento da ação penal instaurada contra a paciente. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ, *HC* n. 62.330, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 29.6.2007).

Destarte, mostra-se evidente o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, reconhecendo-se como nula a denúncia oferecida, por inépcia formal, restando prejudicada a análise de demais pedidos.

Importante salientar que o reconhecimento da inépcia formal, não inibe eventual oferecimento de nova denúncia, com a descrição pormenorizada do comportamento do paciente.

Ante o exposto, concedo a ordem para anular a Ação Penal n. 009.08.001479-6, em curso na 2ª Vara da Comarca de Costa Rica, a partir da denúncia, reconhecendo sua inépcia formal, sem prejuízo de que outra seja oferecida com a obediência aos parâmetros legais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 17 de janeiro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.037939-1 - Bataguaçu
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – JOGO DO BICHO – ART. 58 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS – NÃO OFERECIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E DA TRANSAÇÃO PENAL – NULIDADE RELATIVA – PRELIMINAR REJEITADA – SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA – PENA–BASE – REDUZIDA – SÚMULA N. 444/STJ – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A não propositura, no momento oportuno, por parte do *Parquet* da suspensão condicional do processo e da transação penal, trata-se de nulidade relativa que deve ser arguida na primeira oportunidade que em o réu se manifestar no caderno processual após a omissão do órgão ministerial. Na hipótese, o ora apelante, permaneceu silente, alegando aludida nulidade apenas em sede recursal, tornando-se indevido o conhecimento da nulidade suscitada.

Comprovada a materialidade e a autoria da contravenção penal prevista no artigo 58 da Lei n. 3.688/41, impõe-se a manutenção da sentença condenatória.

Circunstâncias judiciais consideradas negativas pelo magistrado singular, sem motivação idônea, não servem para exasperar a pena, devendo ser redimensionadas de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Cabível a substituição a pena privativa de liberdade imposta ao ora acusado por restritiva de direito, em face do preenchimento dos requisitos legais previstos no artigo 44 do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

José Gilmar Ibanes da Silva interpôs recurso de apelação criminal contra sentença (f. 149-53) que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, pela prática da contravenção prevista no artigo 58 da Lei n. 3.688/41, à pena de 5 (cinco) meses de prisão simples e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, calculado no mínimo legal.

Busca a reforma do *decisum* hostilizado, sustentando, preliminarmente, a nulidade do processo, para que seja oportunizado ao réu a transação penal e/ou a suspensão condicional do processo. No mérito, aduz que inexistem provas hábeis a ensejar a sua condenação, a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, a pena corporal substituída por pena restritiva de direito ou, ainda, concedida a suspensão condicional da pena.

Em contrarrazões (f. 187-92), o *Parquet* pugna pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina às f. 266-74, pelo parcial provimento do recurso, a fim de reduzir a pena-base para o mínimo legal e substituir a pena corporal por pena restritiva de direito.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

José Gilmar Ibanes da Silva interpôs recurso de apelação criminal contra sentença (f. 149-53) que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, pela prática da contravenção prevista no artigo 58 da Lei n. 3.688/41, à pena de 5 (cinco) meses de prisão simples e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, calculado no mínimo legal.

Postula, em síntese, pela nulidade do processo, para que seja oportunizada a transação penal e/ou a suspensão condicional do processo, a sua absolvição em face da insuficiência de provas, a redução da pena-base para o mínimo legal, a substituição da pena corporal por pena restritiva de direito ou, ainda, a concessão da suspensão condicional da pena.

Narra a peça acusatória, às f. 2-3, *in verbis*:

> [...] que no dia 10 de março de 2006, por volta das 18h50m, no interior do estabelecimento localizado a Avenida Maracaju n. 251, centro nesta cidade, em decorrência de notícia crime anônima, policiais civis ao deslocaram para referido endereço flagraram o denunciado explorando a chamada referido endereço flagraram o denunciado explorando a chamada loteria jogo do bicho, oportunidade que foram apreendidas várias 'pulis' com os números jogados e números sorteados, bem como a quantia de R$ 187,00 (cento e oitenta e sete reais) de apostas.
>
> **2.** Ao ser inquirido pela autoridade policial confessou a autoria delitiva, afirmando que possui no local um ponto de revenda de bilhetes da lotesul, e acabou aproveitando o local para centralizar o recolhimento das apostas do jogo do bicho, sendo certo, que possuía cambistas que realizavam o jogo pela cidade e depois levavam as 'pulis' preenchidas até o escritório. [...].

Da preliminar de nulidade do processo

A preliminar de nulidade do processo arguida pela defesa, em face do não oferecimento da transação penal e/ou da suspensão condicional do processo, não deve ser acolhida, porque a não propositura, no momento oportuno, por parte do *Parquet* das referidas benesses, trata-se de nulidade relativa que deve ser arguida na primeira oportunidade que em que o réu se manifestar no caderno processual após a omissão do órgão ministerial.

Na hipótese, observa-se que o acusado, ora apelante, permaneceu silente, alegando aludida nulidade apenas em sede de recurso, fato este que torna indevido o conhecimento da nulidade suscitada.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. NÃO OFERECIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E DA TRANSAÇÃO PENAL. NULIDADE RELATIVA. CONDENAÇÃO. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO DE PENA. PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA. NÃO VERIFICADA. ORDEM DENEGADA. 1. A não propositura, ao seu tempo, por parte do ministério público da suspensão condicional do processo ou da transação penal, constituem nulidade relativa, devendo a defesa argüir tal vício na primeira oportunidade em que vier se manifestar nos autos após a omissão ministerial. *In casu*, resta esclarecido que a defesa permaneceu silente por mais de dois (2) anos, questionando a existência de eventual nulidade apenas na fase de execução da pena, fato esse que torna indevido o reconhecimento da nulidade suscitada. Precedentes do STF e do STJ. 2. Havendo o paciente sido condenado a uma pena de um (1) ano e seis (6) meses de detenção, a prescrição da pretensão executória ocorre em quatro (4) anos, conforme estabelece o artigo 109, inciso V, do Código Penal. Assim, não transcorrido o prazo legal inexiste a alegada prescrição. 3. Ordem denegada.[1]

Destarte, rejeito a preliminar de nulidade do processo.

Das provas coligidas no caderno processual

A materialidade está consubstanciada pelo Termo Circunstanciado de Ocorrência n. 114/06 de f. 8-11, auto de apreensão de f. 13, assim como corroborada pela prova oral coligida no caderno processual. A autoria, da mesma forma, ficou suficientemente comprovada pela prova dos autos.

O réu, em seu interrogatório realizado na fase extrajudicial (f. 11) e judicial (f. 92), confessou a prática do fato, referindo-se que aproveitou o local que possuía de revenda de bilhetes da Lotesul para centralizar o recolhimento de apostas de jogo do bicho, possuindo cambista que realizavam o jogo pela cidade e depois levavam as "pules" preenchida até o seu escritório.

O policial civil Irineu Ribeiro da Silva, que participou da diligência, declarou que foram apreendidos no local vários documentos relacionados ao jogo do bicho (f. 9 e 120).

Desta forma, resultou suficientemente demonstrado que o apelante explorava jogo do bicho, com evidente intuito de lucro, subsumindo a conduta dele no tipo descrito no artigo 58 da Lei das Contravenções Penais[2].

Importante salientar que já houve posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento dos Recursos Especiais n. 215.253/SP, de 25.6.2001, e 25.115/RO, de 14.6.1993, quanto à ilicitude da conduta de exploração do jogo do bicho, que deixo de reproduzir a fim de evitar tautologia.

Assim, impõe-se a manutenção da sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

Da pena-base

De acordo com o Ministro Jorge Mussi, do STJ,

> [...] no que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e, sim, vinculada, devendo o togado singular guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e conseqüências do crime; e comportamento

1 TJES, HC n. 100080011180, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas, julgado em 18.6.2008, DJ de 16.7.2008, p. 64.

2 Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:
Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.

> da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado. Essa é a lição de DAMÁSIO E. DE JESUS, que considera o art. 59 do Código Penal um dos mais importantes da legislação penal, pois 'na fixação da pena compete ao juiz, atendendo 'à culpabilidade' do agente, apreciar seus antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, 'conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime'. São as chamadas circunstâncias judiciais, que auxiliam o juiz na verificação da culpabilidade do sujeito' (**Direito Penal:** parte geral. 28. ed. revista, São Paulo: Saraiva, p. 556). (STJ, *HC* n. 113.660/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 22.9.2009, DJ de 26.10.2009).

No caso em análise, a pena-base foi fixada em 6 (seis) meses de prisão simples e 90 (noventa) dias-multa, pelos seguintes motivos (f. 149-53):

> A culpabilidade do réu é de ser tida por normal, sem elemento maior a exigir a elevação da pena base.
>
> No que se refere aos antecedentes criminais do acusado, verifica-se haver registros contra si, não o beneficiando para a fixação da pena base).
>
> Quanto à sua personalidade, observa-se ser o acusado reiterado na prática delituosa, sendo necessário resguardar a sociedade dos malefícios por ele produzidos.
>
> No atinente às circunstâncias, motivos e consequências do crime e conduta social do réu, não há maiores elementos para avaliação.
>
> Pela peculiaridade do delito, não há falar em contribuição da vítima.
>
> Desta forma, considerando-se os requisitos constantes do art. 59 do Código Penal, retro comentados, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 6 (seis) meses de prisão simples e 90 (noventa) dias multa.

Afasta-se os antecedentes criminais e a personalidade tidos por negativos na sentença singular atacada, porque é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula n. 444/STJ).

Some-se a isso, verifica-se que não consta, nas folhas de antecedentes criminais acostadas às f. 25, 50 e 54-55, sentença condenatória com trânsito em julgado.

Destarte, à luz do princípio da proporcionalidade, devem ser decotados da dosimetria da pena os antecedentes criminais e a personalidade negativa, reduzindo a pena-base para 4 (quatro) meses de prisão simples e 40 (quarenta) dias-multa.

Feitas essas considerações, passo à dosimetria da pena.

Na **primeira fase** da aplicação da pena, como já afirmado, reduzo a pena-base para 4 (quatro) meses de prisão simples e 40 (quarenta) dias-multa calculado no mínimo legal.

Na **segunda fase,** presente a atenuante da confissão espontânea. Todavia, deixo de reduzir a pena-base, nos termos da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, mantendo a pena no patamar de 4 (quatro) meses de prisão simples e 40 (quarenta) dias-multa, calculada no mínimo legal, a qual torno definitiva, em face da ausência de outras modificadoras.

Da substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos

Na hipótese, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, a ser fixada pelo juízo da execução, nos termos do artigo 44 do Código Penal[3].

Diante do exposto, com o parecer ministerial, dou parcial provimento ao recurso interposto por José Gilmar Ibanes da Silva, para reduzir a pena-base, fixando a pena definitiva em 4 (quatro) meses de prisão simples e 40 (quarenta) dias-multa, calculada no mínimo legal e substituir a pena corporal por uma pena restritiva de direito a ser fixada pelo juízo da execução.

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. 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, 21 de fevereiro de 2011.

***

3 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
II - o réu não for reincidente em crime doloso;
III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
§ 1º (VETADO)
§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. [...]

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.027199-2 - Iguatemi
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TORTURA – NULIDADE DO PROCESSO – DEFICIÊNCIA GROSSEIRA DA DEFESA – PREJUÍZO COMPROVADO PARA A RÉ – CERCEAMENTO DE DEFESA – PROVIDO.

Resta caracterizado o cerceamento de defesa, acarretando a nulidade do processo, se o Defensor Dativo, nomeado para defender a denunciada, não apresentou rol de testemunhas na defesa prévia; não fez reperguntas para as testemunhas ouvidas em audiência; não requereu a realização de diligências e, para piorar, nas alegações finais não pediu a absolvição ou a desclassificação do crime nem sequer a fixação da pena-base no mínimo legal, causando-lhe evidentes prejuízos.

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, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

Janete Tomaz da Cruz foi condenada à pena de 4 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, no regime fechado, por infração ao art. 1º, II, c.c. § 4º, II, c.c. § 7º, todos da Lei n. 9.455/97 (tortura contra criança) (f. 152-8).

Pede a nulidade do processo a partir da defesa prévia, em razão da ausência de defesa técnica em seu favor, pois o advogado dativo apresentou a defesa prévia sem contatar-lhe, deixando de apresentar o rol de suas testemunhas. Depois, por ocasião da instrução processual, não fez nenhuma repergunta às testemunhas ouvidas. Não bastasse isso, apresentou as alegações finais de forma ininteligível e imprestável para o plano jurídico, pois totalmente destituídas de conteúdo defensivo, considerando que não pugnou pela sua absolvição ou desclassificação do delito nem sequer pela aplicação da pena no mínimo legal, ferindo totalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa, causando-lhe enormes prejuízos (f. 179-88).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo provimento do recurso para anular a sentença (f. 192-6).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso para anular o processo desde a defesa prévia (f. 202-5).

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Narra-se na denúncia que no dia 23.11.2007, por volta das 10:00 horas, na residência situada na Rua 31 de Março, n. 13, Vila Operária, em Iguatemi/MS, os denunciados Janete Tomaz da Cruz e Alcyr Lima, pais da vítima Ana Cecília C. L., de apenas 7 anos de idade, submeteram-na a intenso sofrimento físico e mental, com emprego de violência, como forma de aplicar castigo pessoal, consistente em queimar seu rosto e pescoço com um garfo quente (era esquentado no fogão a gás).

Apenas a denunciada foi condenada pelo crime de tortura, tendo o corréu sido absolvido (f. 152-8).

Em seu recurso, a apelante pede a nulidade do feito em razão da deficiência da defesa técnica.

Assiste-lhe razão.

Verifica-se a existência de várias irregularidades na presente ação penal desde o início da instrução processual.

A apelante foi interrogada mesmo estando desacompanhada de advogado, oportunidade em que afirmou que não tinha advogado, "*sendo-lhe nomeado para sua defesa o Dr. Gelson Luiz de Almeida Pinto, em razão da Defensora Pública atuar como Procuradora em Ação de Guarda relativa à menor, vítima nestes autos, onde Janete é a requerida.*" (f. 102-3).

O advogado aceitou o encargo de Defensor Dativo, mas apresentou a defesa prévia da apelante de forma genérica, afirmando que "*ingressará no âmago da quaestio no ensejo das alegações derradeiras, pugnando pela produção de provas necessárias ao primado da verdade*". Contudo, não requereu a realização de nenhuma prova nem sequer apresentou o rol de testemunhas a serem ouvidas (f. 110-1, 113).

Durante a audiência de instrução, o Defensor também não fez repergunta a nenhuma das três testemunhas ouvidas. Consta que apenas uma pergunta foi feita pela defesa à vítima Ana, contudo não é possível saber se elaborada pela defesa da apelante ou do corréu Alcyr (f. 117-21).

O Defensor também não requereu a realização de diligências e, para completar o descaso, assim se manifestou nas alegações finais (f. 142-3):

> Baldado relatório, a par que os autos tornam irrefragável o malfazejo causado pela denunciada, nos termos da proemial acusatória. Propenderia – como de fato apetece a qualquer causídico – bradar a inocência de minha assistida, entrementes, a circunstância não me aquiesce a máxima de meu *munus*.
>
> Desta feita, somente peço ao Deus onisciente que expurgue o malfazejo do coração da ré.
>
> *Ex positis*, aguarda-se a decisão deste Equânimo Julgador.

Verifica-se que o causídico praticamente pediu a condenação da apelante ao invés de defendê-la, prejudicando-a seriamente, pois desrespeitou o princípio constitucional do devido processo legal, ou seja, a ampla defesa.

A deficiência da defesa é considerada como nulidade relativa, ou seja, o seu reconhecimento depende da demonstração do prejuízo, conforme dispõe a Súmula n. 523, STF: *"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu."*

Contudo, ressalva Guilherme de Souza Nucci[1]: *"há casos de deficiência tão grosseira que podem equivaler a ausência de defesa, razão por que deve o juiz zelar pela amplitude de defesa, no processo penal, considerando o réu indefeso e nomeando-lhe outro defensor. Caso não o faça, constituída está uma nulidade absoluta, inclusive pelo fato de ter infringido preceito constitucional, natural consequência do devido processo legal (ampla defesa)."*

Desse modo, é evidente o prejuízo sofrido pela apelante, visto que o Defensor Dativo não apresentou rol de testemunhas na defesa prévia; não fez reperguntas para as testemunhas ouvidas em audiência; não requereu a realização de diligências e, para piorar, nas alegações finais não pediu sua absolvição ou desclassificação do crime nem sequer a fixação da pena-base no mínimo legal.

Sobre o assunto, Flúvio Cardinelle Oliveira Garcia assevera[2]:

> A defesa técnica há de ser plena, manifesta durante todo o processo, assegurando ao acusado, em todas as etapas do iter processual, os direitos e as garantias que lhe são constitucional e legalmente conferidas, tais como o contraditório, o direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição.
>
> A simples constituição ou nomeação de advogado para atuar na causa não é suficiente para se comprovar a efetividade da defesa. Não basta a presença do advogado, mas a efetiva atuação desde no sentido de assistir com diligência e afinco ao seu cliente, proporcionando-lhe o completo exercício de sua ampla defesa. Cumpre ao juiz conduzir o processo e zelar para a preservação dos princípios do contraditório, da igualdade de armas, do devido processo legal e, com mais razão, da plenitude de defesa. Verificando o magistrado que uma atuação negligente, desatenciosa, superficial, do advogado ou defensor está causando desnível na balança da igualdade entre acusação e defesa, deverá, em cotejo com as fortes evidências constatadas nesse sentido e sempre atento à imparcialidade que deve nortear os atos judiciais, declarar o acusado indefeso, solicitando-lhe que nomeie, num prazo estabelecido, novo defensor, sob pena de ser-lhe nomeado um a critério do juízo (artigos 263 e 497, V, do CPP).

E Julio Fabbrini Mirabete ensina:

> Pela jurisprudência, está comprovado o prejuízo decorrente da defesa deficiente, quando ocorre reiterada omissão do defensor, pela ausência de inquirição de testemunhas, formulação de alegações meramente formais, falta de iniciativa de diligências recomendáveis, por não se ter requerido cabível exame de insanidade mental, pelo simples pedido de pena branda, etc. Por outro lado, não se tem considerado deficiência de defesa a simplicidade das alegações, o pedido de desclassificação da infração, o pedido de pena mínima diante da prova dos autos, o fato de não se apelar estando o réu revel, etc.[3]

Registro, ainda, que, ao ser intimado da sentença condenatória, o Defensor Dativo interpôs embargos de declaração não para favorecer a apelante, mas, sim, para pugnar pela fixação de seus honorários advocatícios (f. 164).

Fixados os honorários (R$ 800,00 – f. 165), imediatamente declinou da nomeação, salientando que *"a acusada manifesta o talante de recorrer da sentença burilada com maestria por este Equânimo Julgador [...]."* (f. 167).

Portanto, restando caracterizado o cerceamento de defesa (desrespeito aos princípios do devido processo legal: ampla defesa), eivado está o processo de nulidade, nos termos do art. 564, III, "c", do CPP.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso para anular o processo, apenas com relação à apelante Janete, desde a audiência de interrogatório, visto que foi ouvida sem a presença de defensor (f. 102).

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT. 2009, p. 914.

2 GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. A defesa como garantia constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 291, 24 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5034>. Acesso em: 6 abr. 2010

3 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal** interpretado. 8. ed. São Paulo: Atlas. p. 261.

Determino, ainda, que seja expedido ofício à OAB/MS, com cópia dos documentos de f. 102-67 e do presente voto, para ciência e providências cabíveis.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

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, 14 de dezembro de 2010.

***

Primeira Turma Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2010.034293-0 - Naviraí
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIMES DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL, FORNECER A CRIANÇA OU ADOLESCENTE PRODUTOS QUE POSSAM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA E INDUZIMENTO AO USO DE DROGAS – PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA INDEFERIDO – RECURSO MINISTERIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E DE INDÍCIOS DE AUTORIA – RECURSO IMPROVIDO.

1. A dúvida acerca da ocorrência dos delitos, quando o art. 312 do CPP exige expressamente a presença de prova do fato delituoso e de indícios de autoria, para que seja autorizada a constrição da liberdade individual, a prisão cautelar dos pacientes mostra-se temerosa.

2. Mesmo que superada a tese de ausência da comprovação dos fatos, a decisão deixou claro que, no momento, não há fundamentos concretos para a decretação da prisão preventiva com base no *periculum libertatis* do paciente.

3. 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 contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2011.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

O Ministério Público Estadual, às f. 143-65, recorre da decisão que indeferiu o pedido de prisão preventiva dos investigados Laurentino Pavão de Arruda e Ronaldo de Araújo, sob a alegação de que estão presentes os requisitos autorizadores da medida, diante de prova da materialidade e indícios de autoria dos crimes de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B do CP), fornecer a criança ou adolescente produtos que possam causar dependência física ou psíquica (art. 243 do ECA) e induzimento ao uso de drogas (art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/06).

Os recorridos, em contrarrazões, pugnam pelo improvimento do recurso ministerial (f. 175-86).

O magistrado *a quo* manteve a decisão (f. 201).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo provimento do recurso (f. 210-5).

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

O Ministério Público Estadual requereu a prisão preventiva dos investigados Laurentino Pavão de Arruda e Ronaldo de Araújo, sob a alegação de que estão presentes os requisitos autorizadores da medida, diante de prova da materialidade e indícios de autoria dos crimes de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B do CP), fornecer a criança ou adolescente produtos que possam causar dependência física ou psíquica (art. 243 do ECA) e induzimento ao uso de drogas (art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/06).

Sustenta que, no dia 30.6.2010, em tese, eles convidaram as adolescentes Amanda (14 anos), Vanessa (15 anos), Maria Caroline (14 anos) e Alexandra (14 anos) para irem a uma festa em Porto Camargo, local onde elas fizeram uso de bebidas alcoólicas e de entorpecentes, bem como foram pagas para manter relações sexuais.

O magistrado *a quo* indeferiu o pedido ministerial por entender que não há elementos de prova suficientes tanto da autoria quanto de materialidade para sustentar o deferimento do presente pedido. Daí o presente recurso.

Pois bem. A prisão provisória é medida de exceção, em respeito ao princípio constitucional de presunção de inocência, somente podendo subsistir quando presentes, no caso concreto, os pressupostos trazidos pelo art. 312 do CPP, ou seja, a prova da existência do delito e suficientes indícios de autoria (*fumus boni iuris*), bem como a necessidade de se garantir a ordem pública ou econômica, a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal (*periculum in mora*).

Assim, cumpre observarmos a decisão combatida:

Em que pesem os argumentos trazidos pelo órgão ministerial, todavia, tenho que o pedido não merece ser acolhido.

Com efeito, apesar de haver fortes indícios de autoria e embora sejam graves os supostos fatos atribuídos aos representados, após análise acurada dos documentos anexados, pode-se concluir que não há elementos de prova suficientes tanto de autoria como de materialidade para sustentar o deferimento do presente pedido.

Como é sabido, muitas vezes, em crimes de natureza sexual, dentre eles os que envolvem exploração sexual, a prova material é de difícil obtenção, uma vez que normalmente não deixam vestígios, baseando-se exclusivamente nas palavras das vítimas. Entretanto, é comum que as vítimas descrevam detalhadamente as respectivas condutas de seus supostos abusadores ou exploradores, o que não ocorre na hipótese dos autos, valendo o mesmo em relação aos demais supostos delitos, uma vez que não há vestígios de que tenha havido qualquer apreensão de material acerca do uso de drogas, bebidas ou dinheiro utilizado como instrumento de obtenção de favores sexuais.

Senão vejamos. Quando ouvidas perante a autoridade policial, de início, todas as adolescentes envolvidas confirmaram o fato de terem ido a uma suposta festa em Porto Camargo junto com os representados, que as teriam convidado através de terceiras pessoas (Ana Cláudia e Luana) A partir daí, no entanto, nenhum dos depoimentos relata com clareza o que de fato aconteceu naquele local, descrevendo individualmente a conduta de cada representado.

A propósito, veja-se o depoimento da adolescente Amanda Silva Nascimento:

> No dia 30.6.2010 recebeu um convite de sua amiga Luana para ir até a uma festa que aconteceria no Porto Camargo, sendo que a informante concordou em ir. Estava na casa de Claudia, ocasião em que Pavão chegou para buscá-la. No carro de Pavão estavam este último, "Fulano de Tal" e Luana. Ao sair da residência, foram buscar mais três adolescentes: Vanessa, Carol e Alexandra, bem como uma mulher conhecida como gaucha. Pavão foi até a casa de um indivíduo conhecido como boquinha e pediu ajuda para levar as meninas. Posteriormente, todos foram a essa tal festa no Porto Camargo [...]. Ao chegar no local da festa, já se encontrava um homem conhecido como babá. Na festa estava sendo preparado um churrasco, bem como tinha bebidas alcoólicas, ressaltando que se deu ao uso de bebidas alcoólicas, bem como as demais adolescentes. Relata que não dormiu durante a madrugada toda, bem como Carol, João Paulo e Dione. Alexandra e Vanessa dormiram no carro de Boquinha. Relata que não manteve relações sexuais com ninguém, entretanto, não pode falar por todas as adolescentes, em compensação, não sou mais virgem. As demais adolescentes acordaram por volta das 06 horas, tomaram café e foram levadas para frente de uma escola por João Paulo. Que Pavão forneceu dinheiro para pagar as passagens de volta das adolescentes. No local não passava nenhum ônibus, e João Paulo levou eu e as demais adolescentes para a beira da rodovia, sendo que este último ficou esperando passar ônibus e no momento em que este chegou, embarcou todas as adolescentes, que voltaram no mesmo ônibus (f. 29-31). (grifo nosso)

Vanessa Lourenço dos Santos:

> No dia 30.6.2010 recebeu um convite de sua amiga Luana para ir a uma festa, porém não deu detalhes de onde seria a festa. Estava em sua residência, ocasião em que Pavão chegou para buscá-la. No carro estavam Pavão, "Fulano de tal", Luana, Gaucha e Buguinha. No mesmo instante, encostou outro carro no local, conduzido pela pessoa de Boquinha. No carro de Boquinha estavam Carol, Amanda e Alexandra. Em seguida todos foram a essa tal festa no Porto Camargo, sendo que, no caminho, os carros pararam para comprar 2 latas de cervejas e que Boquinha comprou as cervejas e ofereceu para Carol e Amanda, sendo que estas começaram a ingerir bebida alcoólica. Chegaram ao Porto Camargo por volta das 22 horas. No local, já se encontrava um homem conhecido como Babá, João Paulo e outros rapazes. Na festa estava sendo preparado um churrasco, bem como tinha bebida alcoólica à vontade. Ressalta que fez uso de bebida alcoólica, bem como as demais adolescentes, exceto Alexandra. Luana subiu na mesa e começou a fazer "strip-tease", ou seja, tirar a roupa e todas as pessoas que estavam lá presenciaram e participaram do ato. Gaucha entrou em um dos quartos com João Paulo e outros dois rapazes. Eu e Alexandra não mantiveram relações sexuais com ninguém, mas não sabe dizer em relação às demais adolescentes. Não sou mais virgem. Relata que dormiu no carro de Boquinha juntamente com Alexandra, enquanto a informante e Alexandra estavam no carro, as adolescentes Carol e Amanda foram até lá e disseram 'eles estão cheirando pó', e que Amanda e Carol foram se dar ao uso da substância entorpecente, provavelmente cocaína. Amanda ganhou R$ 20,00 para se dar ao uso da referida substância entorpecente. Todas as adolescentes tomaram café e, após, Boquinha e João Paulo levaram as adolescentes para frente de um colégio, sendo que lá possivelmente passaria uma condução para trazê-las de volta. Boquinha forneceu dinheiro para pagar as passagens de volta das adolescentes e depois voltou para a residência. Vendo que não passava nenhum ônibus, João Paulo levou as adolescentes para a beira da rodovia. Luana, Gaucha e Buguinha permaneceram na residência, ou seja, não voltaram juntas para esta cidade (f. 35-7). (grifo nosso)

E no mesmo sentido são os depoimentos das demais adolescentes envolvidas.

Por consequência, nota-se que não resta dúvida de que todas as adolescentes ouvidas, de fato, estiveram no local e na referida festa, e também que os representados é que teriam transportado as citadas até o local, todavia, em virtude da superficialidade e da descrição genérica dos fatos, não há atribuir aos representados com certeza absoluta a autoria deste ou daquele delito, uma vez que não há identificar quem teria oferecido bebidas alcoólicas e entorpecentes às adolescentes, bem como não se pode afirmar quem teria mantido relações sexuais

com elas mediante paga, mormente quando se sabe que outras pessoas adultas (homens e mulheres) também teriam participado da mesma festa, de modo que tais relatos revelam-se insuficientes para materializar a conduta dos representados.

Por outro lado, é fato que os representados não possuem bons antecedentes, principalmente o representado "Laurentino Pavão de Arruda", que, aliás, possui uma extensa ficha criminal, com condutas até repudiadas pela sociedade, no entanto, isso, analisado isoladamente, não é suficiente para ensejar o deferimento do pedido formulado pelo *Parquet*.

Ademais, ressalte-se mais uma vez, em que pesem os maus antecedentes dos representados e a gravidade dos fatos ora atribuídos aos representados, verifico que não estão presentes as causas autorizadoras para a decretação da prisão preventiva, quais sejam, necessidade de se manter a ordem pública, a conveniência da instrução processual e a garantia da aplicação da Lei Penal.

No que tange à ordem pública, tenho que não se encontra ameaçada, a uma porque os representados não se tratam de pessoas forasteiras ou com perfil que revele alta periculosidade, pelo contrário, verifica-se que os representados tratam-se de pessoas relativamente conhecidas da comunidade de Naviraí, uma vez que o primeiro (Pavão) era Vereador e o segundo (Ronaldo) Funcionário Público Municipal, portanto exercem cargo e emprego estáveis, convivendo diariamente com toda leva de pessoas, cuja natureza e exercício já induzem que não irão colocar em risco a sociedade local.

Além disso, apesar do grande potencial lesivo embutido nas condutas atribuídas aos representados, não há como reprimir tais práticas, sobretudo quando se observa que as próprias vítimas e seus respectivos representantes legais, ao serem ouvidos perante a autoridade policial, omitiram fatos relevantes acerca do que efetivamente teria ocorrido, optando por não se comprometerem mutuamente, deixando de individualizar a conduta dos investigados em relação às vítimas, demonstrando pouco interesse em colaborar com a justiça, postura essa que deixa o Estado sem embasamento legal, literalmente de "mãos atadas", como se diz, com vistas a resguardar a integridade moral das vítimas, no sentido de assegurar-lhes as garantias e medidas protetivas previstas em Lei, descaracterizando, assim, a necessidade de se manter a ordem pública.

Some-se a isso, o fato de que em nenhum momento há indício de que os representados tenham induzido ou obrigado as adolescentes a comparecerem a tal festa, a denotar que todas lá estiveram por livre e espontânea vontade, portanto, apesar da pouca idade, cientes dos possíveis riscos que provavelmente estariam expostas, e, pior, com grande probabilidade de que não se tratasse de uma situação inédita para algumas delas, já que há indícios de que as mesmas adolescentes já teriam participado de outras "festas" semelhantes anteriormente, sem prejuízo ao fato de que tudo isso só teria ocorrido por omissão e descaso dos pais ou responsáveis, que nem sequer ou mal sabiam do paradeiro de suas filhas naquela ocasião.

Quanto à instrução processual, apesar de a vítima Maria Caroline (Carol) ter dito que Amanda estava sendo ameaçada por Pavão, recebo com reservas tal afirmação, já que não se pode olvidar que o representado, direta ou indiretamente através de outras pessoas, de fato, possa ter proferido ameaças a esta, porém, quando ouvida, Amanda nada disse sobre os fatos, não ficando, ao menos por ora, comprovado que os representados estejam interferindo ou induzindo àquelas a relatarem em seus depoimentos fatos diversos do ocorrido, de modo que o alegado pelo Ministério Público apresenta-se como mera suposição.

E nesse sentido, E. TJMS:

> *HABEAS CORPUS* – ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL – PRISÃO PREVENTIVA – SUPOSTA AMEAÇA AS TESTEMUNHAS – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA – CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS DO PACIENTE – PRIMÁRIO, RESIDÊNCIA FIXA E TRABALHO LÍCITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – ORDEM CONCEDIDA.

> Concede-se a ordem para se colocar em liberdade o paciente, quando não se demonstra a presença dos requisitos que justifiquem a medida coercitiva (artigo 312, do CPP), e, ainda, quando preenchidos os requisitos subjetivos favoráveis. Conclusões vagas e abstratas, tais como a possibilidade de que o paciente possa ameaçar testemunhas, caso permaneça solto, sem vínculo com situação fática concreta, consistem meras probabilidades e suposições, motivo pelo qual não podem respaldar a medida constritiva para conveniência da instrução criminal, sendo que a sua prisão afigura-se como desnecessária, ensejando constrangimento ilegal.

Por fim, no que tange à alegação de que se deve garantir a aplicação da Lei Penal, tenho que também esse argumento não merece guarida, pois, apesar de, em caso de futura e eventual condenação, a pena imposta aos delitos apurados ser considerável, não há indícios de que os representados irão se furtar de eventual cumprimento da pena, já que ambos possuem residência fixa e ocupação lícita nesta cidade.

De outro vértice, quanto ao argumento de que o representado "Laurentino Pavão de Arruda" já empreendeu fuga uma vez, após cometimento de crimes mais graves e tidos como hediondos (homicídio consumado e tentativa de homicídio) e anterior aos aqui aludidos, cuja apuração encontra-se em trâmite perante este juízo, ocasião em que o nosso Egrégio Tribunal de Justiça, não obstante a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade desfavoráveis ao réu (ora representado), ainda assim lhe concedeu alvará de soltura, por meio de decisão proferida em sede de *habeas corpus*, tenho que tal argumento não é válido, tendo em vista que os citados fatos em nada se assemelham aos do presente caso, isso porque, até pela gravidade da situação anterior, a fuga revelou-se justificável, pelo menos no entender da eminente Desembargadora relatora, tanto assim que o *writ* foi concedido à época.

In casu, nem sequer há notícia ou indícios que apontem para uma iminente fuga dos representados, tudo não passando de mera especulação, motivos pelos quais, ao menos por hora, não vislumbro razão para decretar a prisão preventiva deles.

Nesse contexto, tenho por temerária e desnecessária a prisão cautelar dos representados, ante a fragilidade das provas trazidas a este procedimento. (Destacou-se)

A decisão atacada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

De fato, compulsando os autos não há dúvida de que as adolescentes ouvidas estiveram na referida festa, e também que os requeridos é que as teriam transportado até o local, todavia, em virtude da superficialidade e da descrição genérica dos fatos, é duvidosa a autoria deste ou daquele delito, mormente quando se sabe que outras pessoas adultas (homens e mulheres) estavam presentes.

Aliás, com exceção de tais depoimentos, não há notícia da apreensão de drogas, bebidas, dinheiro ou qualquer outra prova da materialidade dos delitos.

Sobre o assunto, cumpre observarmos o ensinamento de Júlio Fabbrini Mirabete:

> Nos termos legais, a prisão preventiva só pode ser decretada quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. A primeira exigência refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudo de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal, etc.). Exigindo-se 'prova' da existência do crime, não se justifica a custódia por mera suspeita ou indícios da ocorrência de um ilícito penal. [1]

Nessa esteira, colhe-se da jurisprudência do STJ:

1 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 799.

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PRISÃO EM FLAGRANTE. DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO. DÚVIDAS ACERCA DA MATERIALIDADE DO DELITO. MOTIVAÇÃO ABSTRATA. MERA INDICAÇÃO DAS HIPÓTESES LEGAIS DA CAUTELA. CONSTRANGIMENTO EVIDENTE.

1. A prisão provisória é medida de exceção, somente podendo subsistir quando, além de comprovada a materialidade do crime e fundados indícios de autoria, haja expressa indicação dos fatos que, ao encontro das hipóteses trazidas pelo art. 312 do Código de Processo Penal, indicaram ser necessária a constrição do agente.

2. A dúvida acerca da ocorrência do delito impede seja decretada a custódia preventiva, mostrando-se ausente pressuposto essencial à sua imposição, porquanto se exige a prova material do fato típico, não bastando simples indícios do suposto cometimento do crime pelo réu, para que seja determinado o cerceamento de sua liberdade**.**

3. Da mesma forma, a mera enumeração dos fundamentos trazidos pelo dispositivo processual, sem que se aponte, de maneira concreta, as circunstâncias pelas quais se entendeu imprescindível a prisão - seja para garantir a ordem pública, a posterior aplicação da lei ou por conveniência da instrução criminal -, não constitui motivação idônea para o seqüestro corporal do paciente, que, ademais, não pode se amparar na gravidade abstrata do tipo penal em tese praticado.

4. Ordem concedida, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso. (STJ, *HC* n. 124.975/AM, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16.6.2009, DJ de 3.8.2009.)

PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS PARA A SEGREGAÇÃO. DÚVIDAS ACERCA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1 - Se, além de existirem dúvidas acerca da autoria e da materialidade dos delitos, a ordem pública não foi afetada, a não ser pelo sensacionalismo e exagero dos meios de comunicação, não há porque manter decreto de prisão preventiva**.**

2 - Em conseqüência, pelo fato único da configuração de crime hediondo, sem outra demonstração de real necessidade, não faz sentido a prisão, devendo ser concedida liberdade provisória.

3 - Ordem concedida. (STJ, *HC* n. 9.690/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 24.8.1999.)

Portanto, a dúvida acerca da ocorrência dos delitos, quando o art. 312 do CPP exige expressamente a presença de prova do fato delituoso e de indícios de autoria, para que seja autorizada a constrição da liberdade individual, a prisão cautelar dos requeridos mostra-se temerosa.

Ademais, mesmo que superada a tese de ausência da comprovação dos fatos, a decisão deixou claro que, no momento, não há fundamentos concretos para a decretação da prisão preventiva com base no *periculum libertatis* do paciente.

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.038729-5 - Coxim
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CASA DE PROSTITUIÇÃO – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS – INOCORRÊNCIA – DEPOIMENTO DA PROSTITUTA E DOS POLICIAIS MILITARES QUE CONFIRMAM A HABITUALIDADE E O LUCRO AUFERIDO COM A PROSTITUIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em falta de provas do crime de manter casa de prostituição se os policiais, clientes e principalmente uma prostituta que ali trabalhava, confirmam que o local era conhecido prostíbulo que auferia lucro diretamente dos programas efetuados, tanto que, quando um cliente levava a mulher para fazer programa fora do 'bar', tinha de pagar certa quantia ao apelante.

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, negar provimento ao recurso, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2011.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

Alceu Coelho da Silva foi condenado à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa pelo crime de manter casa de prostituição (art. 229 do Código Penal), que foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Inconformado, recorre alegando que não há provas a lastrear sua condenação.

O *Parquet* contra-arrazoa pela mantença da decisão lançada.

O Parecer Ministerial opina, às f. 296-8, pelo improvimento recursal.

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Alceu Coelho da Silva foi condenado à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa pelo crime de manter casa de prostituição (art. 229 do Código Penal), que foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Inconformado, recorre alegando que não há provas a lastrear sua condenação.

O apelante foi denunciado porque mantinha uma casa destinada à prostituição chamada "BR DRINKS", onde alugava quartos destinados a programas sexuais e, quando uma de suas funcionárias saía, o cliente tinha de pagar R$ 30,00 para a casa.

Os policiais Dario de Souza Nery, em juízo, à f. 123, e Erno Selvino Schimidt são uníssonos em declarar que, no aludido Bar, havia vários quartos no local com cama de casal, dando a entender que os programas ocorriam ali mesmo.

O cliente do bar, Sr. Pedro Brandão de Souza, em juízo, à f. 126, afirma que já tinha ido ao local outra vez, para fazer programa, deixando nítido que no "BR DRINKS", habitualmente, funcionava uma casa de prostituição.

Quanto à comprovação da habitualidade, o STJ já decidiu que:

> RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ART. 229, DO CP.
>
> TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. PROVA DA HABITUALIDADE. PRESCINDE DE SINDICÂNCIA PRÉVIA, PODENDO SER DEMONSTRADA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS.
>
> Descrevendo a denúncia crime em tese, descabe trancá-la sob o argumento de falta de justa causa, não se evidenciando, *in casu*, inépcia da denúncia, atipicidade da conduta ou extinção da punibilidade.
>
> No delito do art. 229, do CP, a prova da habitualidade prescinde de sindicância prévia podendo ser demonstrada por outros meios, inclusive depoimentos de testemunhas.
>
> Recurso desprovido. (STJ, *HC* n. 11.853/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 27.11.2001, DJ de 25.2.2002, p. 401.)

A prostituta Patrícia Rocha de Souza, em juízo, à f. 125, confirma que *"[...] no local trabalhavam outras meninas que faziam programas e eram garçonetes; Recebia porcentagem, mas não pagava para utilizar o quarto [...]"*.

Ademais, Patrícia Rocha de Souza, na fase policial, às f. 8 dos autos, confirma que o programa era realizado no bar "BR DRINKS", e que recebia R$ 50,00, pelo programa, e casa, de quinze a vinte reais pelo aluguel do quarto, esclarece também que, quando o programa era feito fora do aludido bar, o cliente tinha de pagar R$ 30,00, deixando claro que o recorrente auferia lucro com a prostituição.

Ante o exposto, com o Parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e o Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.034784-4 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CÁRCERE PRIVADO E DESOBEDIÊNCIA – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – ATIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO OFERTADO PELA VÍTIMA, ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO – PRETENDIDA CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA EXORDIAL – INVIABILIDADE – SENTENÇA CONFIRMADA – IMPROVIDO.

Se as provas existentes nos autos dão conta que não houve qualquer restrição à liberdade da vítima, que permaneceu na residência de um dos réus por sua própria vontade, prontificando-se, inclusive, a esclarecer os fatos na Delegacia, evidentemente que não está caracterizado o delito de sequestro e cárcere privado.

Inexistindo qualquer desobediência à decisão judicial, tendo os réus apenas obedecido ao estabelecido na sentença, não autorizando a vítima a levar a criança sem a apresentação dos referidos documentos, não há falar no tipo penal previsto no art. 330 do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de fevereiro de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de apelação criminal interposta por Maria Cecília Franco Caldeira, assistente de acusação, em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que absolveu sumariamente os réus Gislene Bacargi e Ricardo Hugueney Dal Farra, ante a atipicidade da conduta, dos delitos previstos nos artigos 148 (sequestro e cárcere privado) e 330 (desobediência), ambos do Código Penal, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Em suas razões, a recorrente pleiteia a reforma da decisão guerreada, remetendo-se os autos à origem para regular processamento do feito.

Nas contrarrazões, os apelados requerem o improvimento do recurso ofertado por Maria Cecília Franco Caldeira.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e não provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Debela-se a recorrente contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que absolveu sumariamente os réus Gislene Bacargi e Ricardo Hugueney Dal Farra, ante a atipicidade da conduta, dos delitos previstos nos artigos 148 (sequestro e cárcere privado) e 330 (desobediência), ambos do Código Penal, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Eis o inteiro teor da sentença, *in verbis*:

> Os fatos se deram da maneira abaixo descrita.
>
> Gislene Bacargi, ré neste feito, conviveu com Sérvulo Benedito de Figueiredo Santos por, aproximadamente, oito anos, originando desta união Helen Bacargi de Figueiredo Santos, que à época dos fatos possuía sete anos.
>
> Por motivos que não cabem agora serem analisados, Gislene Bacargi ajuizou em face de Sérvulo Benedito de Figueiredo Santos uma medida judicial perante a Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher nesta Comarca.
>
> A medida cautelar em questão foi julgada procedente para o fim de estabelecer, entre outras medidas, o afastamento do lar conjugal do requerido, bem como o regramento para o exercício do direito de visitas de Sérvulo Benedito de Fiqueiredo Santos (f. 21-25).
>
> Restou consignado na sentença também que a criança deveria ser retirada da casa de Gislene Bacargi por intermédio de pessoa da confiança de Sérvulo Benedito de Fiqueiredo Santos, e não pelo requerido pessoalmente.
>
> Nesse contexto, a fim de exercer adequadamente o direito de visitas, Sérvulo Benedito de Fiqueiredo Santos contratou Maria Cecília Franco Caldeira, que figura como vítima nestes autos, para retirar a menor da casa de Gislene Bacargi (f. 26-28).
>
> No dia estipulado na sentença, compareceu na casa de Gislene a vítima Maria Cecília Franco Caldeira, que, mediante permissão da moradora, adentrou na residência para retirar a menor, que estava se arrumando.
>
> Ocorre que, como Maria Cecília Franco Caldeira não havia levado os documentos necessários para comprovar a qualidade de pessoa autorizada por Sérvulo Benedito de Fiqueiredo Santos para retirar a criança, tal fato fez emergir receio por parte de Gislene Bacargi, que acabou entrando em contato com o Dr. Ricardo Hugueney Dal Farra, também réu neste processo, tendo este se dirigido até o local.
>
> Ao chegar à residência de Gislene Bacargi, o Dr. Ricardo Hugueney Dal Farra, após alguns contatos telefônicos, comunicou à Maria Cecília Franco Caldeira que a situação seria resolvida na Delegacia de Polícia, o que de fato ocorreu, sendo lavrado o Boletim de Ocorrência de f. 8-9.
>
> Algum tempo depois dos fatos aqui narrados, Sérvulo Benedito de Fiqueiredo Santos apresentou *notitia criminis* da suposta prática dos crimes de sequestro e cárcere privado e desobediência por parte de sua ex-convivente Gislene Bacargi e o advogado desta, Dr. Ricardo Hugueney Dal Farra.
>
> O Boletim de Ocorrência de f. 8-9 deu origem ao Termo Circunstanciado de Ocorrência n. 826/08 (f. 7) (lavrado sob a suspeita da prática de constrangimento ilegal e desobediência),

que acabou por originar a presente ação penal, após o encaminhamento dos autos originais por parte dos Juizados Especiais para esta Vara Criminal Residual.

Pois bem.

Diante dos fatos acima relatados, reconsidero a decisão de f. 100, para o fim de absolver sumariamente os réus. Com efeito, os fatos descritos na denúncia são atípicos, diante dos elementos de informação contidos nos autos.

Quanto ao crime de sequestro e cárcere privado, não se vislumbram indícios de sua ocorrência. Denota-se dos autos que a denúncia esta amparada unicamente nas declarações da vítima, que, a despeito de sua importância, não se coadunam com os demais elementos de informação.

O único momento em que se pode vislumbrar a ocorrência da suposta prática do delito de sequestro ou cárcere privado é no seguinte trecho das declarações prestadas por Maria Cecília Franco Caldeira:

'[...]; que a declarante ainda questionou o advogado se ele a estaria prendendo, tendo o mesmo respondido que sim, pois a declarante teria entrado na casa de sua cliente sem uma identificação[...]'.

Ora, em nenhum momento houve a privação da liberdade da vítima por parte de Gislene Bacargi, eis que a própria vítima imputa à Ricardo Hugueney Dal Farra a suposta prática do crime de sequestro e cárcere privado, pois a teria prendido sem motivo justo, o que não ocorreu.

Com efeito, o próprio policial que atendeu a ocorrência esclareceu no auto lavrado que, ao chegar na casa de Gislene Bacargi, encontrou a Maria Cecília Franco Caldeira sentada no sofá, não aduzindo qualquer restrição a sua liberdade e ainda prontificando-se a esclarecer os fatos na Delegacia (f. 10 verso).

Como se não bastasse, nas declarações prestadas pelo policial militar Adeildo Alves de Macedo, ficou claro que, em momento algum, Maria Cecília Franco Caldeira foi privada de sua liberdade, sendo que esta "ali permaneceu por sua própria vontade" apenas para esclarecer os fatos (f. 18).

É de se registrar o entendimento do Delegado de Policia que atendeu, ao tomar conhecimento da ocorrência, entendeu supostamente caracterizado os crimes de constrangimento ilegal e desobediência, nada obstante ter sido lavrado Boletim de Ocorrência com a imputação da prática dos crimes de sequestro e cárcere privado e desobediência (f. 8 verso).

Aliás, acaso realmente estivesse caracterizado o sequestro e cárcere privado, caberia à autoridade policial prender em flagrante os réus, pois trata-se de crime permanente.

Nesse sentido, entende-se que não existe respaldo instrutório suficiente para a caracterização do crime de sequestro e cárcere privado, motivo pelo qual os réus devem ser absolvidos sumariamente de tal imputação.

Da mesma forma, quanto ao crime de desobediência, entende-se que não restou configurado.

Denota-se dos autos que não houve decisão judicial desobedecida, uma vez que a recusa da ré Gislene Bacargi em entregar sua filha à vítima Maria Cecília Franco Caldeira se deu em virtude de esta não ter apresentado os documentos necessários.

> Ora, o exercício do direito de visitas deve ser exercido da maneira adequada, de tal sorte que, não tendo sido apresentados os documentos que justificavam a presença de Maria Cecília Franco Caldeira e autorizavam a retirada da criança, como, inclusive, reconhecido por esta em sua declarações (f. 11-13), inexistiu afronta à decisão judicial.
>
> Nesse âmbito, é o caso de se absolver sumariamente os réus também no que tange à imputação da prática do crime de desobediência.
>
> Por fim, cabe consignar que, muito mais do que atestar a ocorrência dos crimes de sequestro e cárcere privado e desobediência, emerge dos autos uma suposta afronta pessoal tanto por parte de Gislene Bacargi quanto de Sérvulo Benedito de Figueiredo Santos, em decorrência da união estável mal sucedida. E quanto às questões sentimentais não resolvidas não tem o Judiciário como dar suporte.
>
> Isto posto, e pelo que mais dos autos constam, reconsidero a decisão de f. 100 para fim de absolver sumariamente os réus Gislene Bacargi e Ricardo Hugueney Dal, ante a atipicidade da conduta, com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Consta dos autos que os apelados foram denunciados porque, no dia 17.8.2009, teriam privado a vítima Maria Cecília Franco Caldeira de sua liberdade, mediante cárcere privado, consistente em impedir que ela saísse da casa da apelada Gislene Barcargi e, na mesma ocasião, teriam desobedecido à ordem legal de funcionário público, consistente em impedir que Maria Cecília levasse a menor impúbere Helen Bacargi para o pai Sérvulo Benedito, em razão de seu direito de visita.

Faz-se mister transcrever os fatos para uma melhor compreensão, tal como fora feito pelo magistrado.

A apelada Gislene Bacargi conviveu com Sérvulo Benedito de Figueiredo Santos por, aproximadamente, oito anos, originando desta união Helen Bacargi de Figueiredo Santos, que à época dos fatos possuía sete anos.

Por motivos outros, Gislene Bacargi ajuizou medida cautelar em face de Sérvulo Benedito de Figueiredo Santos perante a Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher nesta Comarca, julgada procedente, a fim de estabelecer, dentre outras medidas, o afastamento do lar conjugal do requerido, bem como o regramento para o exercício do direito de visitas de Sérvulo Benedito de Fiqueiredo Santos (f. 21-5). Na decisão, ficou consignado, dentre outras medidas, também que a criança deveria ser retirada da casa de Gislene Bacargi por intermédio de pessoa da confiança de Sérvulo Benedito de Fiqueiredo Santos, e não pelo requerido pessoalmente.

Com a finalidade de exercer adequadamente o direito de visitas, Sérvulo Benedito de Fiqueiredo Santos contratou a recorrente Maria Cecília Franco Caldeira, que figura como vítima nestes autos, para retirar a menor da casa de Gislene Bacargi (f. 26-8).

Na data estipulada na sentença, a vítima Maria Cecília Franco Caldeira compareceu na casa de Gislene para retirar a menor. Todavia, como Maria Cecília Franco Caldeira não havia levado os documentos necessários para comprovar a qualidade de pessoa autorizada por Sérvulo Benedito de Fiqueiredo Santos para retirar a criança, receosa, Gislene Bacargi acabou entrando em contato com o Dr. Ricardo Hugueney Dal Farra, também réu neste processo, tendo este se dirigido até o local.

Ao chegar à residência de Gislene Bacargi, o Dr. Ricardo Hugueney Dal Farra, após alguns contatos telefônicos, comunicou à Maria Cecília Franco Caldeira que a situação seria resolvida na Delegacia de Polícia, o que de fato ocorreu, sendo lavrado o Boletim de Ocorrência de f. 8-9.

Disso tudo, extrai-se que a decisão não merece reparos, agindo com acerto o magistrado ao absolver sumariamente os réus Gislene Bacargi e Ricardo Hugueney Dal Farra, ante a atipicidade da conduta, dos delitos

previstos nos artigos 148 (sequestro e cárcere privado) e 330 (desobediência), ambos do Código Penal, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

No que tange ao crime de sequestro e cárcere privado, a toda evidência a atipicidade da conduta, já que as provas existentes nos autos dão conta que não houve nenhuma restrição à liberdade de Maria Cecília Franco Caldeira, tendo permanecido na residência de Gislene Barcargi por sua própria vontade, prontificando-se, inclusive, a esclarecer os fatos na Delegacia.

Nota-se, portanto, que não existiu dolo na conduta dos apelados, tampouco privação da liberdade pessoal da vítima. Como pontuou o Procurador de Justiça (f. 209), **"*Ocorreu um fato afeto a questões de guarda e visita de menor*"**.

A propósito, alguém que estivesse praticando um crime jamais chamaria a autoridade policial para averiguar a questão, como ocorreu no caso em epígrafe, onde o apelado, Dr. Ricardo Hugueney Dal Farra, após ter se dirigido até o local, comunicou à Maria Cecília Franco Caldeira que a situação seria resolvida na Delegacia de Polícia.

Outrossim, também não há falar em crime de desobediência, visto que não houve decisão judicial desobedecida, muito pelo contrário. Justamente por obedecer rigorosamente o estabelecido na sentença é que não foi autorizado que Maria Cecília levasse a criança sem a apresentação dos referidos documentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ofertado por Maria Cecília Franco Caldeira, mantendo-se intacta a sentença proferida pelo juiz *a quo*, que absolveu sumariamente os réus Gislene Bacargi e Ricardo Hugueney Dal Farra, ante a atipicidade da conduta, dos delitos previstos nos artigos 148 (sequestro e cárcere privado) e 330 (desobediência), ambos do Código Penal, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal. Decisão com o parecer.

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. 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, 28 de fevereiro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.038156-1 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA FULCRADA NO ARTIGO 386, VII (NÃO EXISTIR PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO), DO CPP – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO INCISO IV (ESTAR PROVADO QUE O RÉU NÃO CONCORREU PARA A INFRAÇÃO PENAL) OU V (NÃO EXISTIR PROVA DE TER O RÉU CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO PENAL), DO ARTIGO 386 DO CPP – POSSIBILIDADE – PROVAS CONTIDAS NOS AUTOS DEMONSTRAM QUE A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE SE DEU PELO FATO DE NÃO ESTAR PROVADO QUE ELE TENHA CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO PENAL – RECURSO PROVIDO.

Se os fundamentos do *decisum* guerreado demonstram que a absolvição do apelante se deu pelo fato de não estar provado que ele tenha concorrido para a infração penal, uma vez que, segundo as palavras do próprio magistrado que sentenciou o feito, as provas adunadas aos autos não comprovam que o apelante é o autor do crime descrito o recurso, deve ser provido para modificar a base legal da absolvição para o inciso IV do artigo 386 do CPP.

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 provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de fevereiro de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Emerson Nantes do Amaral, com fulcro no art. 386, VII, do CPP, foi absolvido, nos termos do artigo 386, VII (não existir prova suficiente para a condenação), do CPP, da acusação de suposta infração ao disposto no artigo 155 (furto), § 4º (qualificado), II (com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza) e IV (mediante concurso de duas ou mais pessoas) c.c. artigo 71 (crime continuado) e 29, *caput* (quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, à medida de sua culpabilidade), todos do Código Penal.

Irresignado com a sentença que o absolveu, nos termos do artigo 386, VII (não existir prova suficiente para a condenação), do CPP, o acusado interpõe recurso de apelação criminal, suplicando, em síntese, para que a sua absolvição seja proferida nos termos do inciso IV (estar provado que o réu não concorreu para a infração penal) ou V (não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal), do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Em sede de contrarrazões, o representante do *Parquet* requer o improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser provido.

O apelante irresignado com a sentença que o absolveu, nos termos do artigo 386, VII (não existir prova suficiente para a condenação), do CPP, interpõe recurso de apelação criminal, suplicando, em síntese, para que a sua absolvição seja proferida nos termos do inciso IV (estar provado que o réu não concorreu para a infração penal) ou V (não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal), do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Para melhor análise, transcrevo o édito absolutório:

> [...]
>
> Em síntese é o relatório. Decido.
>
> Trata-se de ação penal pública incondicionada pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal.
>
> Verifico, porém, que não existem provas suficientes para a condenação dos acusados.
>
> Com efeito, apesar da negativa de autoria ser prática bastante comum, no caso dos autos o conjunto probatório não autoriza afirmar com a certeza que se exige para uma condenação que, de fato, os acusados praticaram o delito descrito na peça acusatória.
>
> Segundo consta na denúncia, a autoria do crime em relação ao denunciado Emerson estaria diretamente relacionada ao fato das notas fiscais mencionadas na notícia crime de f. 9-14, supostamente emitidas para acobertar o furto das peças em questão, terem sido feitas com a utilização de sua senha pessoal.
>
> Sucede, entrementes, que em seu interrogatório o referido acusado nega a prática do delito (f. 187) e as testemunhas de f. 62-63, 70-71 e 74, ouvidas na fase policial e cujos depoimentos foram ratificados em juízo, afirmaram que a senha utilizada pelo denunciado Emerson era compartilhada pelos outros funcionários do setor.
>
> Especificamente sobre essa questão do compartilhamento da senha de emissão das notas fiscais, a testemunha Gisely Fernandes da Silveira, funcionária da empresa Pelegrino, foi categórica ao afirmar em seu depoimento judicial que "era possível o usuário deixar o computador aberto e outra pessoa utilizar-se daquele terminal." Ainda, acrescentou ter "conhecimento de que o Sr. Júlio frequentemente utilizava a mesa de trabalho do Sr. Emerson". (*sic* – f. 238).
>
> Ora, se a senha pessoal do acusado Emerson era compartilhada por outros funcionários da empresa, então resta evidente que o simples fato dela ter sido utilizada quando da emissão das notas fiscais mencionadas na notícia crime, por si só, não é suficiente para comprovar ser ele o autor do crime descrito na denúncia.

Por outro lado, quanto aos acusados David Abrego de Oliveira e Adevanildo José Ferreira da Silva, nenhuma prova foi produzida durante a instrução processual acerca da participação deles no crime em questão.

De fato, as testemunhas ouvidas tanto na fase inquisitorial quanto na fase judicial nada afirmaram sobre eventual participação deles na subtração das peças do estoque da empresa Pelegrino.

Aliás, é importante notar que a própria denúncia não descreve de forma individualizada qual teria sido a conduta delituosa dos acusados David e Adevanildo.

Logo, os elementos trazidos aos autos não são suficientes para alicerçar o decreto condenatório, sendo inevitável a absolvição dos acusados.

Ante o exposto, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal[1], julgo improcedente o pedido formulado na denúncia para absolver Emerson Nantes do Amaral, David Abrego de Oliveira e Adevanildo José Pereira da Ssilva da imputação feita nesse processo.

[...]

Ainda para melhor analise transcrevo os incisos IV, V e VII, do artigo 386, do CPP:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

[...]

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

[...]

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Pois bem. Para fixar melhor as premissas que levarão à conclusão do feito, trago a colação o ensinamento do colega paulista Guilherme de Souza Nucci, acerca dos incisos IV, V e VII do artigo 386 do CPP, respectivamente:

Incisos IV do artigo 386 do Código de Processo Penal:

[...]

41. Existência de prova da não concorrência do réu: esta era uma hipótese faltante, dentre as previstas no art. 386 do CPP. Da mesma forma que não se poderia ter prova suficiente da co-autoria ou participação do acusado na infração penal, seria viável supor a existência de prova abundante apontando para a sua não participação no evento. Nesse caso, já havíamos sugerido a utilização do antigo inciso IV do art. 386 (atual inciso V), numa interpretação sistemática, para dar fim a discussão, fazendo coisa julgada também na esfera civil (ver a nota 15 ao art. 66).

[...]

Incisos V do artigo 386 do Código de Processo Penal:

1 Modificado pelos Embargos de Declaração de f. 401-402.

> [...]
>
> 42. Inexistência de prova da concorrência do réu: a hipótese retratada neste inciso evidencia a existência de um fato criminoso, embora não se tenha conseguido demonstrar que o réu dele tomou parte ativa. Pode haver co-autores responsabilizados ou não. A realidade das provas colhidas no processo demonstra merecer o acusado a absolvição, por não se ter construído um universo sólido de provas contra sua pessoa. Pode-se ajuizar ação civil, para, depois, provas a participação do réu no ilícito civil.
>
> [...]
>
> Incisos VII do artigo 386 do Código de Processo Penal:
>
> [...]
>
> 44. Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu – *in dubio pro reo*. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição. Logicamente, neste caso, há possibilidade de se propor ação indenizatória na esfera cível.
>
> [...]. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: RT. p. 688-9)

Com efeito, das premissas suprafixadas e da análise das razões de fundamento do magistrado de primeiro grau, antecipo que razão não lhe assiste. Explico:

Do *decisum* combatido, extrai-se que o magistrado *a quo* absolveu o apelante, pois "*o conjunto probatório não autoriza afirmar com a certeza que se exige para uma condenação que, de fato, os acusados praticaram o delito descrito na peça acusatória*", ou seja, ficou demonstrado que o apelante não concorreu para a infração penal, nos termos do inciso IV do artigo 386 do Código de Processo Penal.

A questão é tão clara que o magistrado, ao fundamentar a absolvição do acusado, sustentou que as testemunhas ouvidas em juízo, afirmaram que a senha utilizada pelo denunciado Emerson era compartilhada pelos outros funcionários do setor, ou seja, ainda segundo uma das testemunhas ouvidas "*era possível o usuário deixar o computador aberto e outra pessoa utilizar-se daquele terminal*" ainda acrescentou ter "*conhecimento de que o Sr. Júlio frequentemente utilizava a mesa de trabalho do Sr. Emerson*" (f. 238).

Nesse mesmo sentido conclui o magistrado "ora, se a senha pessoal do acusado Emerson era compartilhada por outros funcionários da empresa, então resta evidente que o simples fato dela ter sido utilizada quando da emissão das notas fiscais mencionadas na notícia crime, por si só, não é suficiente para comprovar ser ele o autor do crime descrito na denúncia." (grifo nosso)

Assim, ante os fundamentos do *decisum* guerreado, ficou claro que a absolvição do apelante deu-se pelo fato de não estar provado que o réu concorreu para a infração penal, uma vez que, segundo as palavras do próprio magistrado que sentenciou o feito, as provas adunadas aos autos não comprovam que o apelante é o autor do crime descrito.

Posto isto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso interposto por Emerson Nantes do Amaral modificar a base legal de sua absolvição para o inciso IV do artigo 386 do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 28 de fevereiro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.038472-5 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO QUE ABSOLVEU A ACUSADA COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – LESÃO PATRIMONIAL INEXPRESSIVA – FATO ATÍPICO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado.

Aplica-se o referido princípio quando presentes os requisitos de ordem objetiva mencionados pelo STF, quais sejam: ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor.

Campo Grande, 28 de fevereiro de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que, sumariamente, absolveu a acusada Evelyn Carolina Lopes de Ataíde Gouvea do crime previsto no art. 168, § 1º, III, do Código Penal, pela atipicidade da conduta em face da aplicação do princípio da insignificância.

Busca o representante do *Parquet* a reforma da decisão para que seja recebida a denúncia, visto que não cabe a aplicação do mencionado princípio ao caso vertente.

A defesa, em contrarrazões, requer o improvimento do recurso ministerial.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser **improvido**.

Infere-se dos autos que a acusada Evelyn Carolina Lopes de Ataíde Gouvea foi denunciada pela suposta prática do crime previsto no art. 168, § 1º, III, c.c art. 71, ambos do Código Penal, porque, segundo consta da denúncia:

> [...] nos dias 16, 17, 20, 23, 24, 27 e 29 de outubro de 2007, e nos dias 2, 5, 6, 13 e 16 de novembro de 2007, no horário das 14 às 22 horas, no posto de combustível da empresa Abastecedora de Combustível América LTDA, localizada na Rodovia BR 163, no anel rodoviário entre as saídas para São Paulo e Cuiabá, Bairro Itamaracá, nesta cidade e comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de seu emprego de operadora de caixa, em continuidade delitiva, a denunciada Evelyn Carolina Lopes de Ataíde Gouvea, apropriou-se de cartões telefônicos de celular das operadoras BRASIL TELECOM, CLARO, TIM, VIVO, de que tinha a posse, para fazer a venda.
>
> Apurou-se que, a denunciada Evelyn Carolina Lopes de Ataíde Gouvea trabalhava no posto de combustível da empresa Abastecedora de Combustível América LTDA, no período em que realizava suas atividades como operadora de caixa, tendo como uma de suas atribuições realizar a venda de cartões de celular das operadoras citadas, oportunidade em que se apropriou indevidamente dos cartões, efetivando lançamentos incorretos nas planilhas de fechamento de operador de caixa do posto de combustível, realizadas diariamente, somando um prejuízo no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), conforme auto de avaliação indireta (f. 58).
>
> Infere-se dos autos, que, no início do mês de novembro de 2007, a funcionária Rita de Cássia Leque de Souza, exercendo suas atividades como auxiliar administrativo da empresa, percebeu que os valores apresentados pela denunciada Evelyn Carolina Lopes de Ataíde Gouvea no fechamento do caixa não correspondiam com os valores dos cartões efetivamente vendidos, razão pela qual, comunicou o fato ao gerente e solicitou relatório detalhado das operadoras de telefonia celular, constatando a prática delitiva reiterada da denunciada, de acordo Auto de Exibição e Apreensão de f. 7.
>
> Assim agindo, a denunciada Evelyn Carolina Lopes de Ataíde Gouvea, incorreu na prática do crime de apropriação indébita qualificada, em continuação delitiva, previsto no artigo 168, § 1º, inciso III, combinado com art. 71, ambos do Código Penal Brasileiro.

Às f. 89-92, o magistrado de instância singela, absolveu a acusada sumariamente da prática do crime de apropriação indébita, com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal. Confira-se:

> A ré deve ser absolvida sumariamente, diante da inexpressividade da lesão ao bem jurídico juridicamente tutelado. Nesse contexto, denota-se a atipicidade da conduta imputada a acusada, aplicando-se, na espécie, o princípio da insignificância.
>
> A tipicidade material consubstancia-se na relevante ou intolerável lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, de tal sorte que, acaso esta no esteja devidamente caracterizada, o fato deve ser tido por atípico.
>
> De fato, o Direito Penal não deve cuidar de situações em que não se vislumbra uma expressiva lesividade ou ameaça de lesão ao bem jurídico, porquanto estar-se-ia violando a lógica da sistemática penal, calcada no princípio da intervenção mínima e seus subprincípios, o da subsidiariedade e fragmentariedade.

> Para intervir, o Direito Penal deve se fundamentar na busca pela repreensão às condutas socialmente reprováveis que expressem uma significativa lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, resguardando às demais searas do Direito a sanção no âmbito administrativo e civil, suficientes na grande maioria das hipóteses.
>
> Nesse sentido tem se manifestado o STF e o STJ:
>
> *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. Restando configurados os requisitos do princípio da insignificância, impõe-se o seu reconhecimento, com a conseqüente absolvição do paciente, tendo em vista a atipicidade material da sua conduta. *Habeas corpus* concedido de ofício. (*HC* n. 95742, Segunda turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 17.3.2009, DJ n. 75 de 24.4.2009, EMENT VOL-02357-03, PP-00546, LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 413-420).
>
> Apropriação indébita (pequeno valor). Princípio da insignificância (adoção). Crime (não constituição). 1. A melhor das compreensões penais recomenda não seja mesmo o ordenamento jurídico penal destinado a questões pequenas – coisas quase sem préstimo ou valor. Já foi escrito: "Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se." 2. É insignificante, dúvida não há, na apropriação indébita de um aparelho celular usado, que nem sequer mais existente no mercado, avaliado em duzentos reais. 3. A insignificância, é claro, mexe com a tipicidade, donde a conclusão de que fatos dessa natureza evidentemente não constituem crime. 4. Recurso especial ao qual se negou provimento. (REsp n. 922.475/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 13.8.2009, DJ de 16.11.2009).
>
> Aliás, no julgado do STF acima transcrito, restaram consignados no voto do relator Min. Joaquim Barbosa os parâmetros necessários para a análise da aplicação do princípio da insignificância: 1) ínfimo valor da coisa subtraída; 2) a mínima ofensividade da conduta do agente; 3) a ausência de periculosidade social da ação; 4) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do réu; 5) a inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado.
>
> Nesse norte, cumpridos os requisitos acima expostos, tem-se que a conduta do réu analisada neste feito deve ser tratada como atípica, mormente por não representar relevante e intolerável lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado, devendo o acusado ser absolvido.
>
> Isto posto, e pelo que mais dos autos constam, absolvo sumariamente a ré, com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal, julgando extinto o presente feito.

Tenho como acertada a decisão proferida pelo magistrado *a quo*.

Há muito venho externando entendimento no sentido de que:

> […] no Direito Penal de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, estruturado no respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), que ultrapassa as barreiras dogmáticas-formais subjetivas, e, se insere na concepção objetiva substancial do Direito Penal. Dentro desta perspectiva, é de suma importância o bem jurídico protegido; não a norma em si, mas o que a norma visa tutelar.
>
> A infração penal não é mera violação da norma. É mais que isto, é violação do bem jurídico, numa perspectiva de resultado e de relevância da ofensa ao bem jurídico protegido.
>
> Um fato – furto de objetos –, embora reconhecido pelo legislador como delito – há tipificação e inexiste norma geral a respeito da ofensividade –, merece uma exegese valorativa

do ponto de vista do bem jurídico tutelado, o qual integra a própria previsão abstrata, mais precisamente, se houve relevância ofensiva ao bem jurídico, examinando-se as conseqüências jurídicas.

A tutela ao bem jurídico deve ser averiguada do ponto de vista positivo, ou seja, de que somente há transgressão da norma quando efetivamente existe um ataque ofensivo ao valor tutelado. Afastada a efetiva ofensa ao bem jurídico, o tipo penal abstrato não se perfectibiliza no plano concreto da realidade da vida.

O princípio da ofensividade ao bem jurídico, como afirma Luiz Flávio Gomes (**Princípio da Ofensividade no Direito Penal**, p. 25), deve ser instrumentalizado e tornado efetivo, sob pena de se ter um discurso liberal e uma aplicação autoritária do Direito Penal.

Como bem ensina Carbonell Mateu (***Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales,*** 1999, p. 215 a 218), o princípio da ofensividade ou lesividade exige que não haja crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, dentro de um critério valorativo que a norma comporta. Mais, num Estado social e democrático de Direito, a intervenção punitiva somente se justifica nas condutas transcendentes aos demais que atinjam as esferas de liberdade alheias, sendo contrário ao princípio de ofensividade o castigo de uma conduta imoral, antiética ou antiestética que não invadam a liberdade alheia. Ainda, este princípio descansa na consideração do crime como um ato desvalorado, isto é, contrário à norma de valoração.

No mesmo sentido, Palazzo (**Valores Constitucionais e Direito Penal**, 1989, p. 79 a 84) preconiza que o princípio da ofensividade informa que o fato não constitui um ilícito se não for lesivo ou perigoso ao bem jurídico tutelado.

Também Ferrajoli (***Derecho y Razón***, 1997, p. 464 a 467) ensina que somente os efeitos lesivos justificam a proibição e a pena. Este princípio surge já em Aristóteles e Epicerro e domina toda a cultura penal ilustrada: de Hobbes, Prefendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, os quais observam que os danos causados a terceiros são a razão, o critério e a medida das proibições e das penas. O bem jurídico implica uma valoração para sabermos se deve haver ou não tutela penal.

O tipo penal é como uma pedra bruta que necessita ser lapidada, burilada, integrada com elementos externos ao abstrativismo, tomados do plano objetivo. Só assim é que podemos conceber a formação de um suporte válido, suficiente e real à aplicação da sanção criminal.

A adoção deste princípio implica que se investigue o conteúdo material do tipo penal, isto é, se a conduta se revestiu de entidade suficiente a lesar o bem jurídico. A proteção do bem jurídico e a ofensividade se conectam e se constituem em pilares de sustentação de um Direito Penal voltado à satisfação dos interesses sociais atuais. O que deve ser protegido pela norma penal - bem da vida determinado, ou bem jurídico -, apenas informa o Direito Penal do bem jurídico, não sendo suficiente para determinar se há delito, mais precisamente, se a previsão abstrata se concretiza, isto é, se ocorreu uma lesão ou perigo concreto ao valor cultural protegido - ofensividade. Não há crime sem uma real ofensa ao bem jurídico, materializada no brocardo *nullum crimen sine iniuria*.

Destarte, quando não há ofensa ao bem jurídico protegido, não há fato típico, já que a previsão abstrata não se concretiza.

Além do fundamento constitucional, o princípio da ofensividade se extrai do artigo 13 do Código Penal: o resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria

ocorrido. A nossa sistemática típica preconiza resultados naturalísticos e formais, mas as duas espécies de resultado são relevantes somente quando ofendem o bem jurídico, isto é, quando houver lesão ou perigo concreto de lesão.

Compete ao magistrado, diante da situação concreta que lhe é submetida, avaliar se houve ou não ofensa ao bem jurídico. Portanto, há fazer um juízo valorativo.

Quem subtrai coisa alheia móvel viola o preceito no plano abstrato normativo. Entretanto, esta violação somente será relevante se também ofender ao bem jurídico patrimônio, isto é, se lesionou ou causou um perigo concreto ao patrimônio. Isto se descobre por meio de um processo valorativo. (*in* Apelação Criminal n. 2008.012558-8).

Conforme prelecionam Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo este princípio, que Klaus Tiedermann chamou de 'princípio de bagatela', é imperativo uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e drasticidade de intervenção estatal. Amiúde, conduta que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal por que em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

[...]

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma, em particular, é que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada. (BITENCOURT, Cezar Roberto. PRADO, Luiz Regis. Princípios Fundamentais do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo-SP, ano 4, n. 15, p. 87-8, jul.-set., 1996).

E prosseguem os autores retromencionados:

A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal.

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica (*idem*, *ibidem*, p. 83).

Luiz Flávio Gomes pontua:

Tanto no Direito brasileiro como no comparado a via dogmática mais apropriada para se alcançar o *desideratum* da não punibilidade do fato ofensivo ínfimo é constituída pelo chamado princípio da insignificância ou de bagatela, 'que é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo, abre a porta a uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser

> castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio a fatos nímios se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de Direito penal. (*In* **RT** 789: 445–456, Delito de Bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato)

Ivan Luiz da Silva também leciona sobre o tema:

> A insignificância da ofensividade expressa uma idéia de negação do desvalor da ação e do resultado da conduta praticada contra o bem jurídico penalmente tutelado, razão pela qual não deve ser alcançado pelo poder punitivo, ficando, assim, excluída da persecução penal. Assim sendo, podemos afirmar que a noção de justiça e utilidade consubstancia-se em separar-se quantitativamente os delitos. Nesse particular a Constituição Federal deu o primeiro passo ao dispor em seu art. 98, I, sobre as infrações de menor potencial ofensivo, definindo um sistema procedimental específico para a apreciação da denominada pequena criminalidade. Da separação qualitativa dos delitos infere-se que há algumas condutas que não provocam nenhuma repercussão social, dando-nos uma idéia de irrelevância; por esse motivo não merecem repressão essas condutas insignificantes formalmente típicas. (*In* **RT** 841: 427-437, Teoria da Insignificância do Direito Penal Brasileiro.)

Deve, portanto, o Estado-Juiz agir para reprimir e punir apenas os ataques intoleráveis aos bens jurídicos que necessitem da intervenção penal.

In casu, impõe-se a aplicação do princípio da insignificância, visto que, além do total do valor que teria sido apropriado ser inferior ao salário-mínimo, nota-se que a apropriação deu-se de forma fracionada, sendo que a acusada, na função de caixa da empresa Abastecedora de Combustível América Ltda., entre os meses de outubro e novembro de 2007, supostamente se apropriava de pequenos valores referentes a cartões telefônicos de celular, chegando-se aproximadamente no montante de R$ 300,00.

Ainda, verifica-se que as condições pessoais da ré são todas favoráveis e não obstam a concessão do benefício, pois ela é primária e de bons antecedentes, sendo este fato isolado em sua vida.

Nesse sentido está a jurisprudência:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL – REJEITADA – ABSOLVIÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PEQUENA QUANTIDADE DE COMBUSTÍVEL – RECURSO PROVIDO.
>
> A preliminar não pode ser acolhida, uma vez que o apelante foi citado por edital, tendo sido suspenso o prazo prescricional. O valor ínfimo da coisa subtraída, sem força para causar dano relevante ao patrimônio da vítima, não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, sendo caso de absolvição, com força no art. 386, III, do CPP. (TJMS, ACr n. 2006.017255-0, Brasilândia, Relator Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 31.7.2007).

Ainda:

> TACRSP: Tendo a coisa subtraída, em relação ao patrimônio da vítima, inexpressivo valor econômico, deve-se aplicar o princípio da insignificância, com a conseqüente absolvição por inexistência de crime, uma vez que não se produziu qualquer repercussão patrimonial ou dano social significativo. – (RJE 17/410).
>
> TJRS: Furto. Crime de bagatela. Se o fato imputado ao réu mostra-se irrelevante socialmente, sendo o valor do bem furtado irrisório, aplica-se o princípio da insignificância. Apelação provida para absolver o réu (RJTJERGS 190/199).

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

No presente caso, a apelada apropriou-se, em diversas oportunidades e reiteradamente, de vários cartões telefônicos cuja venda estava sob sua atribuição como operadora de caixa, efetivando lançamentos incorretos nas planilhas de fechamento de operador de caixa do posto de combustível, somando um prejuízo no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), e, embora se trate de valor inferior ao salário-mínimo vigente à época dos fatos, é certo que a admissibilidade desse tipo de conduta para um indivíduo resultará na propagação da idéia de que se apropriar de bens e valores é permitido, e na consequente multiplicação dessas atitudes.

Ademais, a importância apropriada é considerável para a vítima, a qual tão logo tomou conhecimento do crime empreendeu as medidas necessárias para que se procedesse a sua elucidação, circunstância demonstrativa de que os valores acarretaram-lhe prejuízos e não eram indiferentes ao seu patrimônio.

Indubitavelmente, houve ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado.

Além disso, é preciso garantir a penalização dos delinquentes, também, como instrumento de preservação da ordem e do império da lei, bem como desencorajar a criminalidade, que se sente livre para agir no infortúnio e fértil terreno da impunidade, como já alertava BECCARIA.

Portanto, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual para receber a denúncia e determinar o prosseguimento do feito.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O REVISOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 28 de fevereiro de 2011.

***

NOTICIÁRIO

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



DISCURSO DE SAUDAÇÃO DO DES. FERNANDO MAURO MOREIRA MARINHO POR OCASIÃO DA POSSE DA NOVA ADMINISTRAÇÃO

Ao primeiro dia do mês de fevereiro do ano de dois mil e onze

Cumpre-me, por previsão de norma de regência interna e especial mercê dos nobres Pares que me antecedem na antiguidade, fazer a saudação de despedida da atual diretoria deste Sodalício, inicialmente constituída pelos Des. Elpídio Helvécio Chaves, que deixou a Presidência, por haver atingido a aposentadoria compulsória, vindo a ser substituído por seu vice, Des. Paulo Alfeu Puccinelli, cujo posto, por seu turno, veio a ser ocupado pelo Des. João Batista da Costa Marques e ainda Josué de Oliveira, bem como a de boas-vindas àqueles que exercerão os cargos de Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral da Justiça, respectivamente, suas Exª Des. Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Atapoã da Costa Feliz.

Antes de qualquer coisa, rogo ao Senhor Todo Poderoso suas bênçãos constantes, para que ilumine nossos novos condutores com sabedoria e prudência, de molde possam eles conduzir os destinos do Poder Judiciário de forma tranquila e enérgica, quando assim se fizer necessário. No que concerne aos primeiros, esta Casa teve, no biênio que ora se encerra, a sorte de ser comandada, como já visto, por uma triarquia, alternada ao longo do tempo, composta por homens de escol, profissionais por excelência, que não se descuraram, um segundo que fosse, de suas obrigações, exemplo de que se aponta - além de suas tarefas rotineiras relativas à jurisdição e administração -, dentre outros, a implantação de varas virtuais na Capital, em sete comarcas do interior e em Juizados Especiais; incremento às ações na área de Tecnologia da Informação - ferramenta de trabalho indispensável no século XXI -, o que, sem dúvida alguma, aumentou a agilidade da atividade fim do Poder Judiciário, tornando-o cada vez mais acessível ao jurisdicionado, quer seja em primeiro, quer seja em segundo grau.

Merece remarcar que em tal hiato temporal, Mato Grosso do Sul voltou a ocupar lugar de destaque no Judiciário brasileiro, colocando-se seu Tribunal de Justiça em 8º lugar dentre os 91 tribunais do país, consoante classificação feita pelo Conselho Nacional de Justiça. A eles, pois, o reconhecimento público do dever bem cumprido, desejando-lhes que prossigam em suas atividades judicantes com o mesmo empenho e lucidez com que o fizeram como administradores.

Inicia-se hoje uma nova etapa do Poder Judiciário estadual, cuja direção passa a um novo triunvirato, cujos integrantes são magistrados de carreira, forjados ao longo do tempo, deles podendo esperar-se uma administração serena, porém firme, sem divorciarem-se do Direito, como ciência a ser aplicada com eficiência e eficácia, em favor daqueles que batem às portas da Justiça.

O Des. Luiz Carlos Santini é natural de Bauru-SP, onde colou grau pela Instituição Toledo de Ensino, em 1968, tendo especialização em Direito Administrativo pela USP e Direito Tributário pela PUC, sendo, ainda Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, onde foi um dos pioneiros na implantação do Curso de Direito, ali lecionando as matérias Introdução à Ciência do Direito e Direito Constitucional para o curso de graduação.

Casado com Marilene Esteves Santini, tem dois filhos: Luis Carlos Santini Júnior e Ana Cláudia. Ingressou na magistratura em 1977, ainda no estado uno, tendo iniciado sua carreira na Comarca de Paranaíba, de onde foi promovido para a 1ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana e dali para a Comarca de Campo Grande, sendo guindado para este Sodalício em 1991, tendo sido seu vice-presidente no biênio 1999-2000 e ainda foi Corregedor-Geral Eleitoral e Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul.

O Des. Hildebrando Coelho Neto nasceu em Tocantinópolis (TO), formou-se em Direito em 1971, pela Universidade Federal de Goiás, ingressando na magistratura sul-mato-grossense em 1981, na comarca de Rio Verde de Mato Grosso, donde foi promovido para a 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados e dali novamente promovido para a 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande. Em 19.9.96, foi promovido ao cargo de Desembargador deste Tribunal, tendo exercido as funções de Corregedor-Geral de Justiça, no biênio 2005/2006.

O Des. Atapoã da Costa Feliz é natural de Guararapes-SP, formou-se pela Faculdade de Direito de Uberlândia (MG) em 1970. Ingressou na magistratura de Mato Grosso do Sul em 1979, fazendo parte da primeira turma de magistrados aqui concursados, tendo como primeira judicatura a Comarca de Glória de Dourados e foi promovido, no ano seguinte, para a 2ª Vara da Comarca de Paranaíba, dali se removendo para a 1ª Vara da Comarca de Amambaí e posteriormente para a 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá. Promovido em 1986 para a Comarca de Campo Grande, exerceu suas funções na 7ª Vara Criminal, 5ª Vara Cível e 3ª Vara Criminal, posteriormente alterada para 3ª Vara Cível, e em 1995 foi promovido para o cargo de Desembargador desta Casa, onde foi Corregedor-Geral de Justiça no biênio 2003/2004.

Apresentados que se acham os perfis dos novos dirigentes do Poder Judiciário, espera-se deles, volto a gizar, uma administração tranquila, porém firme, que saiba valorizar, ainda mais, o nosso maior e mais precioso patrimônio: magistrados e servidores de 1º e 2º graus, cujo empenho e dedicação são assaz reconhecidos, mas nem sempre devidamente valorados, sabedores que somos das limitações orçamentárias impostas à Administração, por disposições legais.

Temos absoluta certeza de que será dispensado pela nova Direção um tratamento digno, respeitoso e cortês, sempre altivo e altaneiro, sem laivos ou arroubos de jactância, mas jamais subserviente ou de tibieza, no relacionamento institucional com os demais Poderes de Estado, Tribunais Superiores, Conselho Nacional de Justiça, Ministério Público, OAB, órgãos de classe e imprensa, não se admitindo, sequer por um átimo, sejam assacadas afirmações ou insinuações lastreadas em aleivosias ou falsas suposições contra esta instituição ou qualquer de seus membros sem uma pronta resposta, dentro da ética e dos limites da lei.

Consigno, ainda, em nome do Tribunal Pleno, o preito de imorredoura saudade a um de seus ex-componentes, Des. Rui Garcia Dias - insigne magistrado que, juntamente com os Des. Leão Neto do Carmo e Jesus de Oliveira Sobrinho, foi um dos três responsáveis pela instalação do TJMS, quando da criação do então novel Estado -, cuja envergadura profissional e pessoal dispensa qualquer encômio, recentemente chamado para o convívio com o Senhor, desejando que o descanso eterno lhe seja suave, bem como que seus familiares aceitem com resignação seu inevitável passamento.

Tenho dito.

DISCURSO DO DES. PAULO ALFEU PUCCINELLI ENCERRAMENTO DO BIÊNIO 2009-2010

Ao primeiro dia do mês de fevereiro do ano de dois mil e onze

O discurso será breve, como o foi a nossa administração e como devem ser as despedidas, visto que a nova tem muito, ainda, por fazer.

Agradeço a Deus pela oportunidade que me deu de servir não apenas aos jurisdicionados, como magistrado, mas também à magistratura, aos nossos servidores, à população e ao Estado, como administrador, por este período. À minha família, na pessoa da minha esposa e dos meus filhos, que compreenderam que o amor que nos une também possibilita o trabalho em favor de tantos outros, e assim permitiram que, em algum momento, deles me distanciasse para cumprir tais tarefas.

Sem o trabalho diuturno de todos os magistrados e de todos os nossos servidores, essa missão não seria cumprida. A eles, pois, dirijo também o meu agradecimento.

O tempo, as dificuldades vivenciadas pelo Poder Judiciário, a quantidade e a complexidade dos problemas existentes, somados às limitações pessoais, não possibilitaram que tudo fosse feito.

De qualquer forma, no pouco tempo disponível, buscou-se fazer o melhor em tudo que foi feito. O relatório hoje distribuído presta contas de tudo, mas algumas ações devem ser destacadas nesta manifestação.

Não basta enfrentar o problema. Ele tem de ser solucionado. Demos solução àqueles que elegemos para solucionar ou que disto necessitavam urgentemente.

Para enfrentar o problema da escassez de recursos, obedecer aos limites da Lei de Responsabilidade fiscal quanto aos gastos com pessoal, darmos cumprimentos à recomendação do Conselho Nacional de Justiça e continuar a oferecer serviços de qualidade a toda a população, propusemos e o Tribunal Pleno determinou a concentração do trabalho dos nossos servidores, especialmente da área fim, num único turno.

Concentrado o expediente, implantamos o sistema de carga programada de processos e, em seguida, a expedição de certidões negativas *on-line*.

Os números resultantes foram os seguintes: a) reduzimos gastos e deixamos de gastar cerca de um milhão e cem mil reais para pagamento de jornada integral, trabalho noturno e horas extras, e com substituições, sem contar o que não foi preciso gastar com novas contratações, economia de energia elétrica, consumo de água e telefone. Reequilibramos as contas e estamos hoje abaixo do limite prudencial imposto pela Lei de responsabilidade fiscal; b) evitamos qualquer prejuízo no atendimento das partes e procuradores, porque os serviços de distribuição e protocolo mantiveram o horário de atendimento anterior, apesar de terem processado apenas 2% do volume de atos no período da manhã, além do benefício trazido com a carga programada, a expedição de certidões *on-line* e o ganho de uma hora – entre 18 e 19 horas – para atendimento nos Cartórios e protocolo, período em que o acesso é até mais fácil em razão da diminuição do trânsito; c) eliminamos eventuais insatisfações entre os servidores por cota da escolha de período para o trabalho, o que também melhorou a fiscalização e o gerenciamento dos serviços pelo respectivo Chefe de Cartório; d) nas comarcas de primeira e de segunda entrância, onde os magistrados ainda não contam com assessoria, o novo horário a eles permitiu trabalhar no período matutino de forma mais tranquila; e) ao final, a estatística demonstrou que houve aumento significativo de produtividade de todos os servidores e magistrados, visto que a relação entre

processos distribuídos e julgados subiu de 71 para 79%, o que permite que seja afirmado que a produtividade, em percentuais absolutos, subiu 10% nos quatro meses finais de 2010. f) gastando melhor os recursos financeiros destinados ao pagamento de pessoal e com o auxílio da tecnologia, será possível estabelecer política de valorização, até salarial, para os nossos servidores, de tal sorte que o Poder Judiciário Estadual deixará de ser apenas a passagem para carreiras mais atraentes financeiramente.

Reafirmamos na prática aquilo que a Constituição estabelece: O Judiciário é um poder do Estado, independente, e deve, em razão disto, pelo menos organizar por si os seus serviços.

O que foi planejado foi alcançado, e o resultado é muito bom, como se pode ver com olhos desarmados.

A Tecnologia de Informação muito ajudou neste período. No período de fevereiro de 2009 a julho de 2010, o processo eletrônico foi implantado nas quatro varas cíveis digitais de Campo Grande, nos dois Juizados Especiais de Dourados, no Juizado de Corumbá, no Juizado Adjunto de Cassilândia, nas duas Varas de Execuções Penais, na Central de Penas Alternativas e na Vara da Auditoria Militar da Capital, na Comarca de Dois Irmãos do Buriti e nas quatro Varas de Família de Campo Grande. De agosto até agora, implantamos o processo eletrônico nas duas Varas da Comarca de Cassilândia, que se tornou 100% digital, o que também fizemos nas Comarcas de Bataiporã, Rio Verde, Camapuã e Dourados, de tal sorte que todas estas também se tornaram 100% digitais.

Não se tem notícia de que em qualquer outro estado da federação exista pelo menos uma comarca totalmente digital, e nosso Estado já conta, hoje, com sete comarcas totalmente digitais, ou seja, onde só tramitam processos eletrônicos, abrangendo as três entrâncias da Justiça, de tal forma que a experiência facilitará a implantação do mesmo sistema nas varas, juizados e comarcas restantes. Estamos novamente na vanguarda. Não fosse isto suficiente, ampliou-se o *link* de comunicação, disponibilizou-se rede sem fio, consulta virtual de legislação em Plenário, toda a legislação e jurisprudência *on-line,* consultas por *smartphones*, implantação de sistema de controle de documentos e de processos administrativos virtuais, o que possibilitou o descarte de mais de quarenta e três toneladas de papel durante o biênio.

No relatório hoje distribuído, constam outros dados, também importantes, que a ocasião impede que sejam detalhados.

De se ressaltar, também, o incansável trabalho desenvolvido pela Escola do Servidor do Poder Judiciário, que no mesmo período realizou 525 capacitações em diversas áreas de atuação, com um total de 12.582 participantes, o que comprova o desejo de aperfeiçoamento dos nossos servidores. A Escola também desenvolveu seu próprio ambiente virtual de aprendizagem, que poderá ser implantado este ano. Valorizado o servidor através de seu aperfeiçoamento, são evidentes os benefícios conferidos à celebridade e efetividade do processo, o que realiza o desejo maior de nossa população: a solução efetiva dos conflitos.

Quanto às obras físicas, ressalto a entrega das obras do Fórum de Três Lagoas, do anexo do Fórum de Dourados, dos Fóruns de Água Clara, Bonito e Mundo Novo e as reformas e adequações em vários outros prédios. Já em fase final, deixamos a obra do anexo do Tribunal de Justiça a ser entregue pela próxima administração.

Realizaram-se, no biênio, concursos para a magistratura, para os cartórios extrajudiciais vagos, para o cadastro reserva de servidores e para os estagiários das mais diversas áreas. Implantamos a Coordenadoria da Infância e da Juventude, aos cuidados do Des. Joenildo de Sousa Chaves, a Comissão de Segurança Institucional, disponibilizamos Psicólogos e Assistentes Sociais em todas as comarcas do Estado e implantamos o Juizado da Fazenda Pública.

Tudo só foi possível graças ao comprometimento das diversas áreas administrativas deste Tribunal, das quais devem ser destacadas a Direção-Geral, o Gabinete da Presidência, as Secretarias de Planejamento e Gestão, de Finanças, de Obras e Serviços e de Gestão de Pessoal.

A Vice-Presidência, sob o comando do Des. João Batista da Costa Marques, processou volume expressivo de recursos destinados aos Tribunais Superiores e adequou-se aos ditames da Emenda Constitucional nº 62 quanto ao processamento e pagamento de precatórios, findando por permitir convênio que facilitará os cálculos destes, ponto que sempre estrangulou o sistema.

A Corregedoria-Geral de Justiça, a cargo do Des. Josué de Oliveira, além de cumprir com as correições normais, implantou o sistema de leilão eletrônico e o sistema de informações gerenciais dos Cartórios Extrajudiciais, para os quais foram criados os selos digitais, realizou mutirões carcerários, melhorou o regimento de custas e emolumentos, adequou as normas de serviços da Corregedoria-Geral de Justiça e realizou extraordinário trabalho de inclusão de indígenas à cidadania.

A Ouvidoria Judiciária, a cargo do Des. Sideni Soncini Pimentel, atendeu a todos os reclamos ali apresentados, e levou a cabo a missão para a qual foi criada.

A Escola Judicial – EJUD/MS –, criada recentemente, deu os seus primeiros e seguros passos sob o comando experiente da Des. Tânia Garcia de Freitas Borges, que por quatro anos dirigiu a ESMAGIS.

Enfim, nos últimos dois anos, Mato Grosso do Sul voltou a ocupar lugar de destaque no judiciário nacional. Com a determinação de 10 metas anuais para todos os órgãos da justiça brasileira, o Tribunal de Justiça de MS alcançou, no ano de 2009, a 8ª colocação entre os 91 tribunais do país, posição que também deverá ser honrosa mais uma vez, conforme o resultado parcial divulgado no final de 2010.

No campo jurisdicional, destaco que o empenho de cada magistrado na solução das causas só se fez possível por conta da iniciativa e da intervenção de advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, que a lei a eles reserva processualmente, e que neste biênio foram exercidas com lhaneza, dedicação e senso de profissionalismo. Registro, assim, minhas homenagens aos profissionais da advocacia e aos integrantes da Defensoria Pública e do Ministério Público.

Em meio a tudo, permitimo-nos ainda comemorar o aniversário de trinta anos do Poder Judiciário e de 20 anos dos Juizados Especiais do Estado, cujo pioneirismo foi reconhecido publicamente pelos seus maiores defensores nacionalmente, e que aqui continua trilhando os bons caminhos traçados pelo seu idealizador, e agora Presidente do seu Conselho de Supervisão, Des. Rêmolo Letteriello.

O convívio respeitoso entre todos os desembargadores, a responsabilidade, o desejo e o apoio de cada um ajudaram a Administração a atravessar, com boas realizações, um período difícil. Para fazer justiça à colaboração e ao empenho de cada um dos meus ilustres pares, à falta de palavras mais significativas, resta-me apenas dizer-lhes: Muito obrigado. Sem os senhores e as senhoras, esta administração nada seria!

Agradeço, ainda, o respeito com que fui distinguido pelo Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, então Presidente, no tempo em que exerci a Vice-Presidência desta Corte e, em nome dele, agradeço a colaboração dos ex-juízes auxiliares Vilson Bertelli e Alexandre Corrêa Leite. Em nome do Vice-Presidente, Des. João Batista, agradeço também a colaboração do juiz auxiliar Marcos José de Brito Rodrigues. Pelo Des. Josué de Oliveira, agradeço o trabalho e o empenho dos juízes auxiliares da Corregedoria, Ruy Celso Barbosa Florence e Fábio Possik Salamene. Por fim, agradeço especialmente a colaboração, o trabalho e o empenho dos juízes auxiliares Marcelo Câmara Rasslan, Elizabete Anache e Vítor Guibo, que me acompanharam na presidência.

De início, agradeci a Deus e à família. Ao meio, agradeci àqueles que colaboraram na consecução da obra. Agora, e já finalizando, faço questão de agradecer aos homens que, sensibilizados e convencidos de que a melhoria do Poder Judiciário é um anseio de toda a nossa população, para a qual os nossos serviços se dirigem, nada deixaram faltar para esta realização.

Meu agradecimento, pois, a todos os Prefeitos Municipais que firmaram convênios para o bom atendimento da população pelo Poder Judiciário, seja com participação em obras e reformas, seja visando a extinguir ações judiciais para o cumprimento de metas, dentre os quais destaco o Prefeito de Campo Grande, Nelson Trad Filho, precursor de tais convênios, que muito beneficiaram a população.

Aos senhores deputados estaduais, especialmente na pessoa do Deputado Jerson Domingos, Presidente da Assembleia Legislativa, pelo pronto atendimento a todos os nossos pleitos, pelo empenho na concretização de nossos ideais e pelo respeito pessoal e institucional a nós dedicados. Aos senhores, nós e a população, também devemos a ampliação e a melhoria dos nossos órgãos julgadores com a criação de novas vagas nesta Corte, além das alterações legislativas que levaram à simplificação do Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Servidores.

Ao Dr. André Puccinelli, Governador do Estado, não basta dirigir apenas um agradecimento formal. Vossa Excelência fez mais do que, institucionalmente, poderia fazer um Governador. Fez-se presente como amigo, ombreou-se conosco nas crises, venceu a crise financeira e, com isto, propiciou recursos para sobrevivermos e a avançarmos na tarefa de fazer Justiça todos os dias e, por último, permitiu a recuperação do índice histórico de participação orçamentária do Poder Judiciário.

Tenham certeza, Deputado Jerson Domingos e Governador André Puccinelli, de que o melhor desempenho administrativo foi dos senhores, como 32º e 33º integrantes de honra deste Tribunal de Justiça.

À nova administração, na pessoa do Des. Luiz Carlos Santini, auguro pleno sucesso e coloco-me, doravante, como seu servidor e liderado.

A todos, o meu muito obrigado.

DISCURSO DE POSSE DO NOVO PRESIDENTE DES. LUIZ CARLOS SANTINI

Ao primeiro dia do mês de fevereiro do ano de dois mil e onze

Presidente do Tribunal de Justiça Egrégio Tribunal Pleno, eminentes desembargadores, meus senhores e minhas senhoras.

Hoje, ao assumir o cargo de Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, o que faço com apreensão, mas com imenso desejo de conduzir o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, mantendo-o na trilha que sempre ocupou entre os Tribunais de Justiça da Federação Brasileira; um dos mais céleres do País seja no primeiro, seja no segundo grau; um dos primeiros a utilizar a informática como instrumento de trabalho, bem como um dos mais prestigiados pela população.

Se vou falar sobre minha apreensão e o imenso desejo relativos à condução da administração do Poder, não posso neste momento olvidar do trabalho hercúleo que meus antecessores fizeram no mesmo sentido que eu pretendo fazer, de tal sorte que necessário se faz tecer os elogios à administração substituída que em 2009 iniciou sob a regência do Desembargador Elpídio Helvécio Chaves Martins e termina sob a condução do e. Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli, a qual enfrentou toda a crise oriunda da queda drástica da arrecadação tributária do Estado e, consequentemente, a diminuição do valor da receita.

As dificuldades não resumiram na queda da arrecadação, mas também em violenta crise institucional, encontrando o Poder Judiciário do Estado, principalmente este Tribunal de Justiça, na berlinda de credibilidade da ética e da honradez de seus membros; o Tribunal foi colocado dentro de uma disputa política eleitoral e daí derivou toda uma falsa presunção quanto à falta de ética e de honradez, a ponto de o Conselho Nacional de Justiça ter antecipado a correição e exame das nossas práticas judiciárias e administrativas, mas mesmo assim conseguiram os que nos administravam levar a termo razoável aquela inspeção.

Este assunto encontra-se ainda com pendência que a nova administração processará como de fato processaremos, para manter a credibilidade, a ética e a honradez dos membros do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Em relação à crise financeira, a administração que encerrou foi obrigada a tomar medidas drásticas, tal como a alteração do horário de funcionamento do Poder, o que deu origem a críticas, críticas essas que até o presente momento subsistem, de forma que deverão ser enfrentadas sem atitudes passionais, mas com exame criterioso das vantagens e desvantagens do atual sistema, sem perder de horizonte a disponibilidade financeira constante do orçamento aprovado pela população representada pela Assembleia Legislativa e as determinações do Conselho Nacional de Justiça relativamente ao horário de funcionamento do Poder judiciário.

Assim é que esta administração tem a obrigação de agradecer e tecer elogios às administrações anteriores e a que hoje se encerra, pela condução dos destinos do nosso Poder e o dever de enfrentar as dificuldades, para manter o conceito ético e moral do Poder Judiciário, a segurança e celeridade da prestação jurisdicional.

No mais, problemas da administração existem e são, alguns deles, perenes, isto é, existem desde que o Estado de Mato Grosso do Sul foi instalado, tais como a eterna falta de recursos financeiros, falta de Juízes, a falta de espaços físicos adequados, e falta de funcionários, aliado à necessidade de diminuir drasticamente a possibilidade de provimento em comissão, atendendo à resolução do CNJ, além do mais novo que é o horário de funcionamento.

Pois bem, entendendo que o Estado, portanto o Poder Judiciário como um dos seus elementos, não é um super-homem coletivo, mas "*apenas uma instituição autorizada a usar do poder e da coação, e constituída por técnicos e especialistas em questões de ordem e bem-estar; em suma um instrumento ao serviço do homem*", como ensina Jacques Maritain, devo colocar o meu entendimento sobre como deverá a administração que hoje se inicia a agir ante os problemas com suas dificuldades no sentido de, se não os resolver de forma definitiva, equacioná-los em busca de suas resoluções.

Ação e equacionamento sem paixão, como já afirmei, mas buscando a melhor forma de atender as atividades essenciais à prestação da Justiça, Ministério Público, Advogados e Defensores Públicos, com o dispêndio financeiro que a gestão orçamentária exige.

Manifestarei primeiramente quanto à questão do horário de funcionamento, pois essa é a que se encontra nas folhas da mídia impressa e virtual, além de constante manifestação da OAB.

Segundo levantamento do sistema de estatística do Tribunal, devo efetuar a comparação da atividade administrativa e jurisdicional entre o quadrimestre de maio a agosto, anterior ao novo horário, com o de setembro a dezembro do ano passado, posterior à adoção do novo horário e, assim, obtém-se o seguinte resultado: no protocolo inicial, o segundo período foi de 1,01% maior: no protocolo remoto o aumento no segundo período foi de 29% maior; na inicial via WEB o aumento foi de 71,83%; no protocolo de balcão e intermediário, a movimentação foi de 16,5% menor; para protocolo intermediário via WEB, o aumento no segundo período foi de 194,3% e, finalmente, no protocolo de outros documentos, no balcão, houve uma diminuição de 2%. Ante tais resultados, aumento violento de protocolo e petições nos processos virtuais, bem como o aumento no protocolo inicial físico, nota-se que o horário de funcionamento em nada contribuiu para menor eficiência.

Anteriormente, afirmei ser objeto da administração que hoje assume o Tribunal a preocupação com a eficiência e eficácia dos serviços jurisdicionais, e tais números, ao exame singelo demonstra que não há dificuldade aos Srs. Advogados, aos membros do Ministério Público e Defensores relativamente ao novo horário, pelo contrário, os números provam que a utilização do processo informatizado, isto é, sem papel, atende melhor a sociedade que utiliza dos serviços do Poder Judiciário.

Considerando a utilização maior do processo virtual, como demonstram os números, e diante de oferecer a sociedade melhores serviços com o menor custo possível é que determinarei o estudo para transformar todas as Varas da Comarca de Campo Grande que ainda utilizam o processo físico em Varas Virtuais.

Quanto à existência de comarcas e varas vagas, por falta de Juízes, necessário esclarecer que depende de concurso que se encontra em andamento; a falta de espaço físico adequado está desde as administrações passadas em constante trabalho de solução pela construção desses.

Em relação à falta de funcionários, necessário afirmar que a nomeação dos já aprovados em concurso dependerá da disponibilidade orçamentária, pois segundo dados da Secretaria de Finanças deste Tribunal a folha de pessoal alcança, consoante execução orçamentária do ano de 2010, 5,61% (cinco inteiros e sessenta e um décimo por cento) da Receita Tributária líquida, além de um passivo com os funcionários de mais de 100 milhões que necessitam ser equacionados.

Ora, se a despesa com pessoal alcança 5,61% da Receita Tributária Líquida, as críticas com relação ao horário de funcionamento ou são totalmente desconhecedoras da realidade ou, desculpem a palavra, de absoluta má-fé, pois toda e qualquer economia de poucos por cento sempre será bem-vinda às despesas públicas se tal economia não afetou a eficiência e eficácia dos trabalhos.

De outra feita, tendo em vista o meu conceito do que é Estado, como já foi citado, entende esta nova administração que não é possível se manter funcionário, que tendo incorporado à sua remuneração a vantagem

de cargo ou função de confiança, sem exercer o cargo, obrigando a nomeação de outro, de forma que, para o mesmo cargo, paga-se dois servidores. Não é possível, porque o Tribunal necessita, urgentemente, efetuar estudos no sentido de equacionar o passivo com os mesmos funcionários.

Em razão de tal decisão, rogo aos Srs. Magistrados, Desembargadores ou Juízes, que atentem para tal aspecto. Não é justo que um funcionário com incorporação venha exercer cargo de menor remuneração, ocasionando, para os demais, uma injustiça. Se o servidor com incorporação não deseja cumprir com as obrigações, deve seu chefe imediato, o Magistrado, exigir a responsabilidade desse servidor público.

Senhores Desembargadores, Senhores Juízes, o Poder Judiciário encontra-se sob vigilância constante da população e em constantes artigos da mídia, o que é, de certa forma, bem-vindo, mas, ao mesmo tempo e exatamente por isso, sob constante crítica; crítica pela sua morosidade; crítica pelo comportamento de alguns de seus membros e crítica pelas decisões proferidas.

Entendo que críticas são sempre bem-vindas, venham de onde vierem, mas sejam essas com fundamento e não meras alegações quanto às decisões ou morosidade ou mesmo comportamento dos membros. É comum criticar-se uma decisão porque a entende errada; pois bem, faça a crítica, mas ao mesmo tempo diga por que tal ou qual decisão é incorreta diante dos fatos provados ou mesmo diante do que consta da Lei.

Se a crítica diz respeito à morosidade, o que muitas vezes ocorre, necessário afirmar ser o processo de condução dialética, pois a cada fato pode haver duas histórias, as quais ao Magistrado é necessário examinar, além de verificar se a morosidade encontra-se com o Poder Judiciário ou com os componentes de suas funções essenciais.

Dirijo-me às mídias, escrita, falada, televisionada ou virtual, para colocar-me a sua disposição sempre que houver uma notícia de interesse público sobre o Poder Judiciário para pronto esclarecimento, se possível for, mas desde já afirmo em alto e bom som que, como Presidente do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, não permitirei ataques infundados sem a devida resposta, pois tenho como obrigação manter o ideal que os primeiros desembargadores deste Estado, Leão Neto do Carmo, Jesus de Oliveira Sobrinho, Sergio Martins Sobrinho e Rui Garcia Dias, bem como os que os sucederam, criaram para o nosso Poder Judiciário.

Finalizando, peço vênia aos eminentes desembargadores, ilustres convidados, senhores Juízes, autoridades, meus senhores e minhas senhoras, para tecer um agradecimento à minha mulher e aos meus filhos, à minha nora e ao meu neto, pois sem o apoio deles jamais teria chegado a esta data e a esse momento de júbilo. Marilene, você que deixou uma bela residência em Bauru, bem como todo o modo de vida de uma grande cidade para, juntamente comigo, enfrentar a vida em uma pequena cidade dos idos de 1977, Aparecida do Taboado, sem o conforto que o interior do Estado de São Paulo lhe fornecia tudo para me apoiar, deixando de lado sua própria individualidade, somente posso agradecer dizendo de público: eu amo você e agradeço sua paciência para comigo; Ana Claudia e Luiz Carlos Junior, na minha carreira pelo interior do Estado e no exercício da judicatura muita vezes eu fui omisso, mas mesmo assim entenderam, muito obrigado; a você, minha nora, Beatriz, agradeço o carinho que você tem para com meu filho e por ter me dado o maior presente da minha vida, meu neto Pedro Henrique.

Termino pedindo autorização das autoridades, dos meus pares e dos convidados para duas citações e uma oração que bem representam o meu pensamento: "*Nada é, pois, imutável, a não ser os direitos inerentes e inalienáveis do homem.*" (Thomas Jefferson)

"*Se eu não for para mim, quem será por mim? Se eu for apenas para mim, que serei eu? Se não agora, quando*?" (ditado talmúdico, Mishinah, About)

"*Não te criamos celestial nem terrestre, nem mortal nem imortal, mas de modo que pudesse ser livre de acordo com tua própria vontade e para tua honra, para seres teu próprio criador e construtor. A ti, somente demos crescimento e desenvolvimento, dependentes de tua própria vontade. Trazes em ti os germes de uma vida universal.*" (Oratio de hominis dignitate, Pico Della Mirandolla)

Ilustres autoridades, ilustres pares magistrados e convidados, muito obrigado.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação Cível n. 2010.008120-7 018

Apelação Cível n. 2010.032559-4 022

Apelação Cível n. 2010.034817-6 025

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de Segurança n. 2009.027762-2 034

Divoncir Schreiner Maran

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.027860-4/0001-00 044

Apelação Cível n. 2010.034490-3 048

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.035488-7/0001-00 057

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2010.029918-9 061

Apelação Cível n. 2010.033201-8 066

Apelação Cível n. 2010.035370-6 071

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2010.021745-5 076

Apelação Cível n. 2010.034752-1 086

Apelação Cível n. 2011.003273-3 089

Hildebrando Coelho Neto

Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2007.013001-2/0002-02 095

Agravo Regimental em Precatório de Requisição de Pagamento n. 2008.037380-4/0001-00 099

Mandado de Injunção n. 2009.029785-1 102

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2008.037248-6 119

Apelação Cível n. 2009.024167-2 127

Apelação Cível n. 2010.012164-2 132

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2008.015570-1 138
Apelação Cível n. 2009.029060-6 143
Apelação Cível n. 2010.016541-7 146

Josué de Oliveira

Apelação Cível n. 2010.012716-3 151
Apelação Cível n. 2010.038317-0 155
Apelação Cível n. 2010.038838-3 163

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2010.035886-1 171
Apelação Cível n. 2011.004987-9 174
Apelação Cível n. 2011.005392-6 177

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2010.030190-3 181
Apelação Cível n. 2010.032087-9 186
Apelação Cível n. 2010.038850-3 194

Luiz Carlos Santini

Apelação Cível n. 2010.026428-9 199
Mandado de Segurança n. 2010.028724-9 203
Agravo n. 2010.030756-5 209

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2010.029685-3 214
Apelação Cível n. 2010.031422-3 219
Apelação Cível n. 2010.038847-9 224

Marco André Nogueira Hanson

Agravo Regimental em Agravo n. 2010.037438-4/0001-00 229
Apelação Cível n. 2010.038286-2 235
Apelação Cível n. 2011.005257-7 240

Oswaldo Rodrigues de Melo

Mandado de Segurança n. 2010.010727-1 247
Apelação Cível n. 2010.034512-5 255
Apelação Cível n. 2011.000479-6 262

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2008.008150-9 272
Apelação Cível n. 2008.015792-5 277
Apelação Cível n. 2010.036381-7 281

Paulo Alfeu Puccinelli

Apelação Cível n. 2010.031678-4 285
Apelação Cível n. 2010.033924-9 293
Mandado de Segurança n. 2010.038968-4 300

Rêmolo Letteriello

Apelação Cível n. 2010.033780-5 307
Apelação Cível n. 2011.001255-9 310
Apelação Cível n. 2011.004034-5 313

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2010.034162-2 319
Apelação Cível n. 2011.004348-2 326
Apelação Cível n. 2011.005490-4 333

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2008.005826-3 337
Apelação Cível n. 2008.024103-3 345
Apelação Cível n. 2011.002625-9 351

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2010.038901-7 356
Apelação Cível n. 2011.000510-7 359
Apelação Cível n. 2011.006750-9 363

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação Cível n. 2008.011119-4 366
Apelação Cível n. 2009.014559-0 369
Apelação Cível n. 2010.011441-0 374

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2008.035266-6 380
Apelação Cível n. 2010.034952-5 388
Apelação Cível n. 2010.036287-7 392

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação Criminal n. 2010.019237-3.....400

Apelação Criminal n. 2010.022263-8.....410

Apelação Criminal n. 2010.023492-5.....414

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Criminal n. 2010.035600-1.....419

Habeas Corpus n. 2011.000060-2 424

Dorival Moreira dos Santos

Apelação Criminal n. 2010.031375-7.....431

Apelação Criminal n. 2010.033197-5.....434

Apelação Criminal n. 2010.035268-7.....440

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação Criminal n. 2010.018707-3 444

Recurso em Sentido Estrito n. 2010.037176-6.....449

Agravo Criminal n. 2011.002031-2.....452

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2009.011968-1.....455

Mandado de Segurança n. 2010.015449-0 465

Mandado de Segurança n. 2010.030098-7 470

Manoel Mendes Carli

Apelação Criminal n. 2010.037407-8 474

Habeas Corpus n. 2010.037522-1 484

Apelação Criminal n. 2010.037939-1.....488

Marilza Lúcia Fortes

Apelação Criminal n. 2010.027199-2.....493

Recurso em Sentido Estrito n. 2010.034293-0.....497

Apelação Criminal n. 2010.038729-5.....504

Romero Osme Dias Lopes

Apelação Criminal n. 2010.034784-4.....506
Apelação Criminal n. 2010.038156-1.....511
Apelação Criminal n. 2010.038472-5.....516

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Arrematação. Escritura de doação. Documento não registrado. Imóvel oferecido em garantia hipotecária. Ausência de interesse de agir (2010.032087-9) 186

Ação cautelar

Cancelamento de restrição cadastral. Discussão judicial do débito. Consignação do valor incontroverso da dívida. Não ocorrência (2010.032559-4) 022

Ação civil pública

Contratação. Cargos em comissão. Companheira. Prática de nepotismo (2010.031678-4) 285

Ação de cobrança

Arrendamento de pastagem. Inadimplemento contratual. Culpa do arrendador. Pagamento do aluguel pelos meses restantes do contrato. Litigância de má-fé (2010.036381-7) 281

Despesas hospitalares. Ressarcimento. Seguro de saúde. Cláusulas restritivas e limitativas de difícil compreensão. Interpretação em benefício do consumidor (2010.038838-3) 163

Tarifa de esgoto. Prestação de serviço por concessionária. Preço público. Base de cálculo (2011.004034-5) 313

Ação de obrigação de fazer

Carteira Nacional de Habilitação. Renovação. Impossibilidade. Portador de anomalia denominada discromatopsia. Daltonismo. Departamento estadual de trânsito (2010.031422-3) 219

Ação de prestação de contas

Contrato bancário. Incidência da coisa julgada em parte. Prescrição decenal. Admissibilidade do pedido de prestação de contas (2010.008120-7) 018

Ação declaratória

Contrato de pecúlio. Desistência do contratante. Restituição dos valores pagos. Impossibilidade. Contrato de risco (2010.038901-7) 356

Prorrogação de dívida. Securitização. Alongamento de dívida rural. Obrigatoriedade (2008.005826-3) 337

Retenção de benfeitorias. Multa moratória. Indenização. Fruição do imóvel durante o período de inadimplência. Repetição de indébito. Vícios na construção. Perícia judicial. Depreciação do imóvel. Habite-se (2010.034490-3) 048

Ação monitória

Duplicata. Factoring. Cessão civil de crédito. Notificação do devedor. Terceiro de boa-fé. Título literal e autônomo (2011.004987-9) 174

Título de crédito. Assinatura falsificada. Furto. Posse do título obtida de forma legítima pelo credor. Omissão na guarda do talonário de cheque (2010.035488-7/0001-00) 057

Ação reivindicatória

Imóvel objeto de contrato de gaveta. Exceção de usucapião. Pedido reivindicatório julgado improcedente (2010.029685-3) 214

Aposentadoria por invalidez

Auxílio acidentário. Motorista de ônibus urbano. Lesão na coluna. Acidente de trabalho. Competência. Justiça estadual (2010.030756-5) 209

Servidor público. Licença prêmio não gozada. Prescrição. Termo inicial. Conversão do benefício em pecúnia. Possibilidade (2010.035370-6) 071

Arrematação

Reserva de meação. Bem dado em hipoteca. Dívida contraída por um dos conviventes. União estável. Desconhecimento do credor. Litigância de má-fé. Multa mantida (2008.037248-6) 119

Arrolamento

Doação de meação. Escritura pública. Registro. Desnecessidade. Atribuições de quinhões aos donatários (2010.034952-5) 388

Capacidade civil

Indígena em pleno gozo de seus direitos. Existência. Indenização. Danos morais (2010.026428-9) 199

Carta de arrematação

Cancelamento do registro. Via administrativa. Impossibilidade. Necessidade de ação própria (2010.027860-4/0001-00) 044

Coação moral

Não realização de casamento. Temor de dano iminente e considerável. Simulação. Não comprovação. Parte do negócio e não terceiro prejudicado. Impossibilidade de reconhecimento (2010.033780-5) 307

Compra e venda

Imóvel. Contrato ad corpus. Abatimento do preço. Incabível. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Indenização. Danos morais. Impossibilidade (2011.005392-6) 177

Concurso público

Regime de cotas para pessoas negras. Lei estadual. Número de vagas. Fração. Direito líquido e certo não caracterizado (2010.010727-1) 247

Direitos autorais

Festa de casamento em local de frequência coletiva (Buffet). Evento privado e gratuito. Pagamento indevido (2011.000510-7) 359

Embargos de terceiro

Abuso da personalidade jurídica. Desconstituição da pessoa jurídica. Confusão patrimonial comprovada (2011.001255-9) 310

Aquisição de bem imóvel. Execução garantida por hipoteca devidamente registrada. Direito de sequela. Impossibilidade de excluir o bem da penhora (2011.000479-6) 262

Bem de família Ilegitimidade ativa. Filhos dos devedores executados. Legitimidade reconhecida (2010.029918-9) 061

Espólio. Meação. Dívida contraída pelo marido inventariante. Ônus da prova. Presunção de que a dívida foi contraída em benefício da família (2008.015570-1) 138

Energia elétrica

Ação de cobrança. Fraude no medidor. Responsabilidade do consumidor. Não comprovação. Impossibilidade (2010.035886-1) 171

Erro médico

Prescrição de medicamento para paciente grávida. Criança portadora de paralisia cerebral. Ausência de nexo causal. Indenização indevida (2010.011441-0) 374

Execução

Cédula de crédito bancário. Iliquidez do título. Contrato de abertura de crédito em conta corrente (2010.034817-6) 025

Título executivo extrajudicial. Cédula de crédito bancário. Empréstimo pessoal sem seguro prestamista (2010.033201-8) 066

Honorários advocatícios

Ação de nulidade. Cláusula contratual. Inventário. Vício de consentimento. Erro caracterizado (2010.038850-3) 194

Imposto

ICMS. Diferença de alíquotas. Empresa de construção civil. Mercadorias adquiridas para utilização nas obras contratadas. Operação interestadual. Não incidência (2010.038317-0) 155

Sobre transmissão causa mortis e doação. ITCMD. Decadência. Arrolamento sumário (2011.004348-2) 326

Indenização por danos materiais

Demolição de casa. Comodato. Imóvel de domínio público. Excesso de poder. Violação ao princípio da boa-fé. Indenização devida (2011.003273-3) 089

Lei de software. Titularidade de obra. Direitos autorais. Aplicação do art. da Lei n. 9.609/98 (2008.015792-5) 277

Indenização por danos morais

Divulgação de imagem ou fotografia sem autorização e sem fins comerciais. Comprovação do dano. Reparação indevida (2011.006750-9) 363

Internet banda larga. Serviço não disponibilizado. Cobrança indevida. Inscrição em cadastro de restrição ao crédito. Dano moral devido (2010.033924-9) 293

Matéria que atribui conduta criminosa. Liberdade de imprensa em conflito com garantia da vida privada e da imagem das pessoas. Dever de indenizar (2008.024103-3) 345

Transporte aéreo. Cancelamento de voo. Alterações no horário de embarque. Ausência de força maior. Restituição de despesas com alimentação. Dano moral configurado (2009.014559-0) 369

Indenização por danos morais e materiais

Empresa de transporte. Passageiro que não chegou ao seu destino. Vítima encontrada morta na beira da rodovia. Obrigação objetiva. Ausência de nexo causal (2010.036287-7) 392

Homicídio. Sentença condenatória. Pensão mensal. Danos materiais. Juros moratórios. Correção monetária. Termo inicial. Danos morais. Majoração (2010.038286-2) 235

Invasão de dados via internet. Retiradas indevidas em conta-corrente. Dever de o banco indenizar (2010.016541-7) 146

Prisão preventiva. Responsabilidade subjetiva do Estado. Processo anulado pelo STJ. Ausência de dolo ou culpa (2010.021745-5) 076

Viagem internacional. Bagagem retida pela autoridade americana. Não comprovação da regularidade dos objetos despachados. Ausência do dever de indenizar (2011.002625-9) 351

Inquérito civil

Restrição ao direito de propriedade. Ausência de dolo ou fraude. Ministério Público. Responsabilidade administrativa do Estado. Dano moral. Ausência de comprovação (2008.035266-6) 380

Interdição

Genitora interditada judicialmente pela filha. Relatório social. Nomeação de curador (2010.012716-3) 151

Inventário

Herdeiro incapaz. Avaliação de bens. Necessidade (2010.034752-1) 086

Regime de comunhão universal de bens. Doação para um dos cônjuges. Cláusula de incomunicabilidade. Inexistência. Morte de um dos cônjuges. Meação. Composição do acervo da herança (2010.037438-4/0001-00) 229

Licença prêmio

Ver aposentadoria por invalidez 542

Mandado de injunção

Aposentadoria especial. Servidor público estadual. Ausência de norma regulamentadora. Concessão da ordem (2009.029785-1) 102

Mandado de Segurança

Fornecimento de serviço de água. Serviço considerado essencial. Cadastro de inadimplentes. Inscrição indevida de nome (2009.027762-2) 0034

Servidora pública inativa. Adicional pelo exercício de atividades perigosas ou insalubres. Redução do percentual. Violação a direito adquirido. Não ocorrência (2010.038968-4) 300

Vencimentos e vantagens pecuniárias. Servidor público. Execução nos próprios autos do *mandamus* (2007.013001-2/0002-02) 095

Plano de saúde

Cirurgia. Redução de estômago por vídeo. Obesidade mórbida. Autorização pelo método convencional. Negativa de cobertura. Conduta abusiva (2009.024167-2) 127

Precatório

Compensação com ITCDM. Possibilidade (2010.028724-9) 203

Requisição de pagamento. Imposto de renda. Obrigação de retenção pelo devedor. Possibilidade (2008.037380-4/0001-00) 099

Reintegração de posse

Execução fiscal. Bem integrado ao patrimônio público. Arrematação. Ausência de comprovação da posse. Possibilidade de imissão na própria execução (2010.038847-9) 224

Usucapião. Prescrição aquisitiva afastada. Indenização das benfeitorias. Construção em terreno. Acessão. Pagamento de aluguéis pelo tempo de uso indevido do imóvel. Perdas e danos. Não ocorrência (2010.034162-2) 319

Rescisão contratual

Locação. Pagamento de multa. Impossibilidade. Furto. Cláusula contratual. Interpretação. Razoabilidade e boa-fé (2009.029060-6) 143

Venda antecipada de soja. Contrato aleatório. Risco intrínseco ao negócio. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. *Pacta sunt servanda* (2008.008150-9) 272

Responsabilidade civil

Danos morais. Provedor de serviços de hospedagem na internet. Google. Orkut. Denúncia de abuso. Notificação judicial. Omissão. Indenização (2011.005257-7) 240

Infecção hospitalar. Internação. Responsabilidade objetiva. Indenização. Danos morais e materiais (2010.030190-3) 181

Revisional de contrato

Índice de correção pelo INCC. Entrega do imóvel. Substituição pelo IGPM. Habite-se. Multa diária (2010.012164-2) 0132

Seguro de vida

Ação de cobrança. Inclusão do cônjuge. Término da cobertura. Separação judicial. Ausência de divórcio. Casamento existente (2010.034512-5) 255

Taxa

Taxa condominial. Ação de cobrança. Juros de mora. Citação. Impossibilidade. Vencimento de cada parcela devida (2011.005490-4) 333

Taxa de licença. Exercício do poder de polícia. Efetividade da prestação de serviços pela municipalidade. Prescindibilidade de comprovação (2008.011119-4) 366

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Adulteração de medicamento

Liberdade provisória. Crime hediondo. Coautoria. Insurgência do Ministério Público somente quanto à liberdade provisória do recorrido. Aplicação analógica do art. 580 do CPP (2010.037176-6) 449

Apelação criminal

Crime de tortura. Violação ao princípio da dialeticidade. Razões recursais que constituem mera repetição das alegações finais. Recurso não conhecido (2010.023492-5) 414

Sentença absolutória. Recurso defensivo. Modificação da base legal da absolvição. Recurso provido (2010.038156-1) 511

Arma de fogo

Busca e apreensão domiciliar. Deferimento somente quanto ao local onde o suspeito reside (2010.031375-7) 431

Posse ilegal. Munição de uso restrito. Abolitio criminis temporária. Não cabimento. Pena-base. Abrandamento do regime. Culpabilidade elevada. Armamento encontrado em locais diferentes. Concurso material. Inaplicabilidade (2010.019237-3) 400

Cárcere privado

Desobediência. Absolvição sumária. Atipicidade da conduta. Condenação nos termos da inicial. Inviabilidade (2010.034784-4) 506

Casa de prostituição

Alegação de falta de provas. Inocorrência. Provas da habitualidade e do lucro auferido com a prostituição (2010.038729-5) 504

Contravenção penal

Jogo do bicho. Suspensão condicional do processo. Transação penal. Nulidade relativa. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (2010.037939-1) 488

Crime contra o patrimônio

Emprego de arma de fogo. Ausência de apreensão e perícia. Irrelevância. Confissão espontânea. Compensação. Reincidência (2010.037407-8) 474

Defensor dativo

Nulidade do processo. Deficiência grosseira da defesa. Prejuízo comprovado para a ré. Cerceamento de defesa (2010.027199-2) 493

Desacato

Palavras injuriosas. Agente de saúde no exercício de suas funções. Retratação em juízo. Delito caracterizado. Embriaguez voluntária. Excludente inadmissível (2010.033197-5) 434

Estelionato

Fraude no comércio. Prescrição retroativa. Pena. Participação de menor importância. Concurso de pessoas. Inaplicabilidade (2009.011968-1) 455

Furto

Arrependimento posterior. Bens restituídos por policiais e não voluntariamente pelo acusado. Delação premiada. Requisitos. Excepcionalidade não verificada (2010.035600-1) 419

Furto qualificado

Rompimento de obstáculo. Imóvel desocupado. Princípio da insignificância. Incabível (2010.035268-7)..... 440

Habeas corpus

Crime ambiental. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Violação ao princípio da ampla defesa (2010.037522-1) 484

Lavagem de capitais. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Necessidades de extensão de efeitos aos coindiciados. Ordem concedida e efeitos estendidos (2011.000060-2) 424

Homicídio qualificado

Pretensão de realização de novo julgamento. Decisão contrária à prova dos autos. Escolha de uma tese pelos jurados embasada nos elementos de provas produzidos nos autos. Soberania dos veredictos. Redução de pena. Impossibilidade (2010.018707-3) 444

Mandado de Segurança

Antecedentes criminais. Extinção da punibilidade. Certidão de antecedentes. Exclusão de dados. Possibilidade. Inscrição em concurso público (2010.015449-0) 465

Inquérito sanitário de origem. Militar. Apuração da origem da sequela. Direito líquido e certo à instauração do inquérito sanitário (2010.030098-7) 470

Princípio da insignificância

Apropriação indébita. Lesão patrimonial inexpressiva. Fato atípico. Sentença mantida (2010.038472-5)..... 516

Prisão domiciliar

Tratamento de saúde. Impossibilidade. Enfermidade não comprovada. Realização de perícia. Provimento (2011.002031-2) 452

Prisão preventiva

Crime de exploração sexual de vulnerável. Imputações genéricas. Alegação de gravidade do crime. Insuficiência. Ausência de prova da materialidade e de indícios de autoria. Recurso improvido (2010.034293-0) 497

Roubo e quadrilha

Internos de presídio que comandam a perpetração de crimes. Vínculo associativo caracterizado. Condenações mantidas (2010.022263-8) 410