Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 33 – n. 183
Janeiro a Março de 2012





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 33 - n. 183 - Janeiro-Março de 2012

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 33, n. 183

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. 183 (2012)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2012 - .

Trimestral
Continuação de: Revista trimestral de jurisprudência. – n. 1 (1979) – n. 170. (2009).
ISSN 2177-6040

1. Jurisprudência – Mato Grosso do Sul. 2. Poder Judiciário – Mato Grosso do Sul. 3. Tribunal de Justiça. I. Título.

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria de Comunicação
Coordenadoria de Relações Públicas

Revisão

Marilza Moreno Comar

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

Diretoria

Presidente - Des. Hildebrando Coelho Neto

Vice-Presidente - Des. João Batista da Costa Marques

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

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Carlos Brandes Garcia

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Des. João Batista da Costa Marques

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Desª. Marilza Lúcia Fortes

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

SUMÁRIO

Doutrina

PROGRESSÃO DE REGIME DE PENA DE ESTRANGEIRO COM EXPULSÃO DECRETADA OU IMPOSSIBILITADO DE FIXAR RESIDÊNCIA NO BRASIL. *Anderson Royer*..... 007

SEPARAÇÃO, POR QUE NÃO? *David de Oliveira Gomes Filho*. 014

O REGISTRO DE IMÓVEIS NA ERA DIGITAL. *Juliano Duailibi Baungart*..... 018

A AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO RÉU NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. *Roberto Ferreira Filho e Adriany Barros de Britto Ferreira*..... 022

Jurisprudência Cível..... 031

Jurisprudência Criminal..... 391

Noticiário..... 517

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível..... 524

Jurisprudência Criminal 527

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível..... 530

Jurisprudência Criminal 535

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

PROGRESSÃO DE REGIME DE PENA DE ESTRANGEIRO COM EXPULSÃO DECRETADA OU IMPOSSIBILITADO DE FIXAR RESIDÊNCIA NO BRASIL

Anderson Royer
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

RESUMO: A progressão de regime de estrangeiro só é possível se tiver o visto permanente, quando houver regime jurídico de trabalho e residência assemelhado ao brasileiro, e desde que não tenha sido decretada a expulsão do estrangeiro do Brasil pelo Ministério da Justiça. Contudo, é possível a concessão do livramento condicional independentemente de sua situação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Estrangeiro. Progressão de regime. Visto permanente. Expulsão.

Atualmente, vem sendo controvertida no meio jurídico a progressão de regime de estrangeiro com expulsão do território nacional decretada, notadamente daquele que tem contra si inquérito de expulsão em andamento no Ministério da Justiça, aguardando o julgamento da expulsão ao mesmo tempo em que cumpre pena no regime fechado.

Para melhor compreensão da questão, convém inicialmente anotar as hipóteses de expulsão de estrangeiro.

O art. 65 da Lei n. 6.814, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), possibilita a expulsão do estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

O parágrafo único do citado artigo acrescenta ser também passível de expulsão o estrangeiro que:

a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;

b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;

c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância;

d) ou desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

O art. 68 do referido estatuto acrescenta que sempre que houver sentença condenatória de estrangeiro autor de crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular, a moralidade ou a **saúde pública (por exemplo, tráfico de entorpecentes)**, cópia dela deverá ser encaminhada ao Ministro da Justiça justamente para instauração de inquérito para fins de expulsão.

Fica evidente, portanto, que há todo um regime jurídico nacional próprio do estrangeiro e isso se dá por força da própria **Constituição Federal**, pois ela traça regras que diferenciam o estrangeiro do nacional. Por exemplo, no § 2º do art. 12 da Carta Política, está expresso que **a lei** não pode diferenciar o brasileiro **nato** e o **naturalizado**, salvo nos **casos previstos na própria Constituição**. Vale dizer, a Constituição permite, em outras palavras, que a lei diferencie o estrangeiro do nacional, desde que não diferencie o nacional nato do naturalizado, já que entre estes só a própria Constituição pode estabelecer diferenças, como ocorre no § 3º do mesmo artigo, onde consta que **são privativos de brasileiro nato** os cargos: "*I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas. VII - de Ministro de Estado da Defesa.*"

Também a título de exemplo, a Constituição proíbe o alistamento eleitoral de estrangeiros (art. 14, § 2º), bem como traça diversas proibições de ingresso de capital estrangeiro (arts. 17, II, 172, 192, 199, § 3º, 222, § 4º).

Tudo isso se dá a fim de se proteger a Nação, a soberania nacional, o mercado de trabalho nacional, o capital nacional etc.

É por isso que o Estatuto do Estrangeiro, por exemplo, proíbe o exercício de atividade remunerada ao estrangeiro com visto de turista, trânsito ou temporário (art. 98) e, se excepcionalmente autorizado o trabalho quando da concessão do visto (ainda que permanente), a mudança de empregador ou atividade profissional só poderá ocorrer se expressamente autorizada pelo Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho (arts. 100 e 101). A própria condição de turista, ou em trânsito ou temporário, proíbe o estrangeiro de fixar residência, nem mesmo sendo permitido para aqueles estrangeiros de países vizinhos nas cidades limítrofes (art. 21, § 2º). **Só podem fixar residência os estrangeiros com visto permanente.**

Feitos esses esclarecimentos jurídicos sobre a situação dos estrangeiros, bem se vê que todas essas diferenças entre eles e os nacionais se dá por força da própria Constituição Federal.

Assim, quando a Lei Maior disciplina o princípio da igualdade no art. 5º ("*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros* ***residentes*** *no País [...]*" – grifo nosso), tal princípio deve ser devidamente interpretado ante a todas as diferenças que a própria Constituição faz entre estrangeiros, brasileiros natos e naturalizados e também ante a todas as diferenças que a Constituição permitiu que a lei ordinária fizesse (arts. 12, § 2º, e 22, XV, da CF). Aliás, a redação do *caput* do art. 5º da Constituição, ao estabelecer a isonomia entre os brasileiros e os estrangeiros, exigiu que os estrangeiros fossem residentes no Brasil e, nesta condição, evidentemente que a residência deve ser legal, pois, se for ilegal, esses estrangeiros estão em situação irregular e deverão ser deportados ou expulsos, conforme o caso, fazendo emergir uma diferenciação jurídica (e constitucional) entre o estrangeiro não residente (de forma lícita) e o nacional pela própria Constituição e pelo Estatuto do Estrangeiro, repetimos. Mas é claro que o princípio da igualdade também se aplica aos estrangeiros não residentes (turista, em trânsito ou temporário), **mas observadas as peculiaridades dessa própria situação.**

Pois bem!

Vejamos agora a questão da progressão de regime de estrangeiros condenados e presos no Brasil.

A rigor, a progressão de regime não pode ser negada desde que o estrangeiro preencha os requisitos objetivo e subjetivo previstos na Lei de Execução Penal, até porque, por força do princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da CF, se o estrangeiro tiver **residência** no Brasil (portanto, com visto permanente), não pode haver nenhuma diferenciação.

Até aí tudo bem. O problema surge se o estrangeiro tiver contra si decretada a expulsão do País ou não tiver o visto permanente, já que dessa forma ele não pode estabelecer residência e nem exercer atividade remunerada no território nacional.

Vejamos, primeiro, a situação do estrangeiro com expulsão decretada.

A ideia do decreto de expulsão, ato decorrente da própria soberania nacional, é excluir da sociedade brasileira aquele estrangeiro que praticou ato de alguma forma prejudicial à Nação (art. 65 do Estatuto do Estrangeiro).

Já a ideia de progressão de regime é incluir na sociedade brasileira, de forma gradativa (do regime fechado para o regime semiaberto e, depois, deste para o aberto) a pessoa (brasileira ou estrangeira) condenada por um crime, testando gradativamente seu senso de responsabilidade para, ao término de sua pena, estar ressocializada e inclusa no seio da sociedade brasileira.

É fato que, até o término da pena, a pessoa condenada sofre diversas restrições, seja por efeito principal, seja por efeito secundário da condenação (restrição da liberdade, multa, suspensão dos direitos políticos, perdas de bens etc.). Então, é evidente que a condenação afeta direitos do condenado, notadamente seus direitos humanos (já que a liberdade, a propriedade, o direito de votar e ser votado, dentre outras garantias, são facetas dos direitos humanos), mais isso por força da conduta anterior do próprio condenado ante o ordenamento repressor vigente.

Mas voltando ao assunto, seria possível incluir na sociedade brasileira pela progressão de regime a pessoa condenada que teve contra si decretada a expulsão do território nacional? A resposta deve ser negativa, já que a razão de ser da progressão de regime é incompatível com a razão de ser da expulsão. Uma, como visto, inclui na sociedade gradativamente e, a outra, exclui de imediato.

Nesse sentido, o STJ, também reiterando posição do STF, decidiu:

> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO AGUARDANDO CUMPRIMENTO. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA. 4 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A orientação jurisprudencial deste STJ e do STF é de que a progressão de regime prisional é inacessível ao condenado estrangeiro que teve contra si decretada a expulsão. 2. **A expulsão é a retirada compulsória de estrangeiro cuja permanência em território nacional é inconveniente (art. 65 da Lei nº 6.815/80). A progressão, por seu turno, é a paulatina recondução do condenado ao meio social de que proveio. A implementação desta frustraria os propósitos daquela.** 3. Parecer ministerial pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (STJ. HC n. 134.330,, RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 1º.9.2009, DJE 28.9.2009).

A par desse entendimento, também, devemos registrar que o regime semiaberto permite a saída temporária (visita externa à família etc.) e a saída nos dias úteis para o trabalho e estudo (é condição implícita a residência fixa e trabalho para a progressão); e, apesar de a Lei de Execução Penal dispor sobre colônia agrícola, industrial ou similar para o cumprimento desse regime, é de conhecimento notório que essa previsão legal não foi implementada na maioria das Comarcas do País, por isso o regime semiaberto é cumprido em "albergues" (próprios para o regime aberto), onde o reeducando só pernoita e sai durante o dia para trabalho e estudo.

O regime aberto também não foi devidamente implementado, pois, como visto, na prática, o semiaberto é que vem sendo cumprido em "albergues" e o aberto é domiciliar, considerando essa deficiência

estrutural do sistema carcerário nacional. Ou seja, **tais regimes são bem mais benéficos na prática do que nos termos da lei, ficando a critério do reeducando cumprir a pena ou não (evasão ou fuga).**

Além disso, mesmo que se cogitasse da existência de colônia agrícola ou similar para o regime semiaberto em todas as comarcas (situação em que os reeducandos não precisariam sair para o trabalho), igualmente os reeducandos têm direito a cinco saídas temporárias de até sete dias por ano para visita externa à família, além da saída nos dias úteis para estudo.

Logo, conceder a progressão do regime fechado para o semiaberto ao estrangeiro com a expulsão decretada, além de contrariar a finalidade da progressão (incluir na sociedade) e da expulsão (excluir), estaríamos permitindo que um estrangeiro proibido de ficar no território nacional pudesse ter a seu favor o cumprimento da pena como forma de permanecer no Brasil. Vale dizer, ele poderia trabalhar e fixar residência no País justamente por ter sido condenado por um crime que praticou e agora cumprindo essa pena no semiaberto ou ainda no aberto. **Ou seja, a progressão de regime equivaleria à concessão de visto permanente por autoridade incompetente e à suspensão da ordem de expulsão.**

Além dessa situação paradoxal, é inegável que o cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto tem facilidades de fugas e evasões infinitamente maiores do que no regime fechado (com vigilância direta). Assim, permitir que o estrangeiro com expulsão decretada seja beneficiado com a progressão de regime equivale a permitir que ele obtenha autorização para não cumprir a pena se assim o quiser. Por exemplo, digamos que um boliviano, em região de fronteira, obtivesse a progressão de regime mesmo tendo sido decretada a sua expulsão, ao ganhar o semiaberto e sair para o trabalho, estudo ou saída temporária (se não quiser pular o muro do estabelecimento), ele não retorna e foge para a Bolívia. Só depois disso é que ele será regredido, ainda que cautelarmente, para o regime fechado justamente em decorrência da evasão ou fuga. Essa ordem de prisão não tem validade na Bolívia e, assim, basta ele não retornar ao território nacional para não cumprir a pena e, a par disso, como a expulsão não foi efetivada, se ele retornar ao território nacional não cometerá o crime de reingresso. Situação, aliás, que cria um critério diferenciador prejudicial ao brasileiro, pois este terá de cumprir toda a sua pena e, se descumprir o semiaberto ou o aberto, volta para o regime fechado.

Por essa razão, o ilustre Mirabete ensina que *"não se pode conceder a progressão para o regime semiaberto ao estrangeiro quando sua expulsão foi decretada, sob pena de poder vir a frustrar-se a própria ordem de expulsão, pela fuga* [...]*"* (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 286).

Nessa mesma linha é o entendimento do STJ reiterando posicionamento do STF:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO. REGIME SEMI-ABERTO. ESTRANGEIRO COM DECRETO DE EXPULSAÕ DO PAÍS. IMPOSSIBILIDADE. Este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de impossibilidade de deferir-se a estrangeiro progressão para o regime semi-aberto, se contra o mesmo já fora expedido decreto de expulsão do país. Hábeas corpus denegado. (HC 18747/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal.. DJ 11.03.2002, p. 283).
>
> Habeas corpus. Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. Progressão ao regime semi-aberto. A progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento da pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade. (Habeas corpus conhecido, mas indeferido. (RHC n. 68.135, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 13.9.1991, RTJ 139/527).

Vencida a situação do estrangeiro com decreto de expulsão, **vejamos agora a progressão de regime do estrangeiro que tem contra si instaurado inquérito no Ministério da Justiça para fins de expulsão, a qual ainda não foi decretada.**

Num primeiro raciocínio, até se poderia cogitar de ser possível a progressão, já que ainda não há a expulsão, devendo o estrangeiro nessa situação, pelo princípio da igualdade, ter o mesmo tratamento que o brasileiro (nato ou naturalizado).

Contudo, a questão vai mais além do que a mera igualdade formal. O princípio da igualdade também deve ser analisado sob o aspecto material e não meramente formal. Não convém aqui ficar discutindo essa diferença, pois a veremos na prática.

O que precisamos saber neste caso é se o estrangeiro com o inquérito de expulsão instaurado, mas ainda não expulso, possui visto permanente (com residência no País) ou não.

É que, conforme já vimos no início, a Constituição Federal permite que a lei ordinária crie diferenças entre estrangeiros e brasileiros. No caso, também conforme já vimos, o Estatuto do Estrangeiro diferenciou os estrangeiros com visto de turista, de trânsito ou temporário dos estrangeiros com visto permanente. Estes podem fixar residência e até trabalhar, aqueles, a rigor, não.

Aí é que vem a questão. A progressão de regime exige necessariamente a residência no território nacional, até porque não teria sentido cogitar de progressão para se cumprir pena no exterior (salvo acordo internacional firmado **e implementado pelas vias legais**). Assim, para se cogitar da progressão para o regime semiaberto ou aberto, o reeducando estrangeiro deve residir no território nacional. Residindo **legalmente** (com visto permanente, portanto), terá direito à progressão e, ainda que pender contra ele inquérito de expulsão, poderá aguardar o julgamento deste no novo regime.

Agora, se o estrangeiro nessa situação tiver o **visto de turista, de trânsito ou temporário, ou pior, tiver ingressado ilegalmente no País**, aí não terá direito à progressão, pois não lhe é lícito fixar residência no território nacional nem trabalhar, a rigor. Do contrário, repetimos, a progressão de regime equivaleria à concessão de visto permanente durante todo o tempo de cumprimento da pena, autorizando o reeducando a ficar no território nacional e a trabalhar, mesmo que não autorizado pela autoridade competente.

Aliás, é por essa mesma razão que o Decreto-Lei n. 4.865, de 23 de outubro de 1942, proíbe a concessão da suspensão condicional da pena (*sursis*) ao estrangeiro que se encontre no Brasil em caráter temporário, **já que ele não teria como cumprir as condições da suspensão da pena, pois não poderia ficar no território nacional, ainda que não tivesse sido decretada a sua expulsão nem sequer tivesse contra si instaurado inquérito para tanto**. Nessa hipótese, o estrangeiro deve cumprir a pena (ou aguardar o livramento, como veremos) para, ao término dela, seguir os trâmites legais de sua condição de temporário, independente da expulsão.

Vale dizer, **não é a condição jurídica de estrangeiro propriamente dita que gera óbice à progressão de regime**, não é este o fator de *discrimen***, mas a condição de estrangeiro impedido de fixar residência e de trabalhar (turista, em trânsito e temporário ou com ingresso ilegal)**, máxime quando decretada a expulsão (excluído da sociedade brasileira).

Por isso há a possibilidade de, em concreto, ocorrer a situação de o estrangeiro apenas estar respondendo a inquérito de expulsão (sem decreto de expulsão ainda) e mesmo assim não ter direito à progressão de regime, até para que a progressão não se transforme em instrumento para autorizar estrangeiros a ficarem no território nacional irregularmente, ainda que não decretada a expulsão, violando a política de disciplina de estrangeiros pela lei e pela autoridade competente. Se isso vier a ocorrer, acabará sendo vantajoso ao

estrangeiro praticar crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo para, em regime semiaberto ou aberto, permanecer em território nacional independentemente da expulsão.

Nesse sentido:

> Execução penal. Tráfico internacional de entorpecentes. Progressão de Regime. Réu estrangeiro em situação irregular no País. Tramitação de procedimento administrativo para decretação de expulsão. Impossibilidade de cumprimento das regras do regime pleiteado. Não-provimento do agravo. (TJSP,Agravo em Execução Penal n. 990080046489,16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Almeida Toledo, julgado em 11.11.2008, DJSP 3./12.2008).

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. ESTADA IRREGULAR. REGIME ABERTO DE PRISÃO. LEI DE EXECUÇÃO PENAL, ART. 114. REQUISITO. O acusado estrangeiro aqui, no Brasil, não residindo, nem podendo permanecer por ter entrado ilegalmente no País, aqui, também, não podendo trabalhar, não tem direito ao regime aberto de prisão, em face do disposto no inciso I do art. 114 da Lei 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal). (TRF da 1ª Região. HC nº 2004.01.00.047641-0, Terceira Turma, Relator Tourinho Neto, julgado em 9.11.2004).

Finalizando esse assunto, basta notar como a maioria dos outros Países tratam os estrangeiros quando praticam crimes. A igualdade material (e não meramente formal) reside aí além das diferenças entre brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros fixadas pelo próprio ordenamento jurídico interno.

Mas outra indagação surge. Quando, então, os estrangeiros com expulsão decretada ou com visto de turista, em trânsito, temporário ou com ingresso ilegal poderão obter algum benefício da Lei de Execuções Penais, já que, a rigor, teriam de cumprir toda a pena?

Para responder essa questão, devemos averiguar quando o reeducando fica dispensado do cumprimento da pena. **Isso se dá por força de lei** (CP e LEP). Ou seja, ou com a extinção da punibilidade ou, em termos, com a concessão do livramento condicional. A extinção da punibilidade mais adequada ao caso em comento é o cumprimento integral da pena. Já a concessão do livramento condicional igualmente é pertinente, já que em tal benefício não ocorre propriamente o cumprimento da pena, mas o cumprimento do "período de prova" sem estar vinculado a estabelecimentos penais, ao término do qual, se o reeducando não der causa à revogação, também terá extinguida a sua punibilidade; mas, se der causa a revogação, terá de voltar a cumprir a pena, podendo não aproveitar o período em que gozou o benefício (salvo algumas situações).

O livramento condicional difere da suspensão condicional da pena (vedada aos estrangeiros pelo Decreto-Lei n. 4.865/1942), o qual exige que anteriormente uma fração considerável da pena tenha sido cumprida, donde sua concessão como forma de antecipar a expulsão está de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Em outras palavras, cumprindo o lapso necessário (requisito objetivo) para ser beneficiado com o livramento condicional (1/3 se primário em crime comum, 1/2 se reincidente em crime comum, 2/3 nos crimes hediondos, salvo se reincidente específico), o estrangeiro que também preencha o requisito subjetivo (bom comportamento ou parecer favorável da Comissão Técnica de Classificação etc.) será beneficiado com o livramento condicional (onde não se cumpre pena em si, mas condições), tendo como condição, no caso, retornar ao seu País ou, se já decretada a expulsão, concretizar o decreto de expulsão, bastando que seja entregue à Polícia Federal para a deportação, no primeiro caso, ou expulsão, no segundo.

Só para ilustrar, vejamos o seguinte julgado:

> Livramento condicional para apenado estrangeiro - I - O paciente teve seu pedido de livramento condicional indeferido pelo Juízo da Execução, tendo em vista tratar-se de apenado estrangeiro, **não residente no País**, não estando seu requerimento instruído de forma a embasar o objetivo cumprimento das condições previstas nos §§1º e 2º do art. 132 da LEP, em consonância com a Lei 6.815/80. II - O Estatuto dos Estrangeiros **veda ao alienígena com visto de turista ou temporário o exercício de atividades remuneradas, significando que, se trabalhar nestas condições, poderá ser expulso, por estar em situação irregular**. **Não especifica, porém, que deverá ele permanecer preso, quando a lei lhe assegura livramento condicional. No entanto, dito livramento se mostra incompatível com a permanência. Já a expulsão obedeceria. Não aproveita à administração a recuperação daquele que aqui não reside. Se se abre mão nesse espaço de tempo, no qual há uma liberdade vigiada, que tome o rumo estrangeiro de seu país de origem.** (TRF-2ª Reg., HC 96.0224.336/8, Rel. Chalu Barbosa).

Isso se dá por que não pode o Juiz da Execução Penal dispensar o reeducando do cumprimento da pena **sem lei** que o permita, até por decorrência do princípio da legalidade. Da mesma forma, como já dito, não pode o Juiz permitir que um estrangeiro com expulsão decretada ou que não possa legalmente residir no País venha a fixar residência e a trabalhar por força de uma decisão (de progressão de regime) contrária às normas de disciplina do estrangeiro nessas condições.

Há quem defenda que seria viável, até para diminuição de custos e aumento de vagas nos estabelecimentos penais, que o estrangeiro condenado e com decreto de expulsão já fosse expulso quando atingisse o lapso para a progressão ao regime semiaberto. Contudo, isso implicaria dispensar o estrangeiro de cumprir o restante de sua pena (enquanto os nacionais têm de cumprir toda a pena, ainda que no regime semiaberto ou aberto, com a possibilidade de regressão ao regime fechado, podendo se cogitar de uma desigualdade). Portanto, essa hipótese só poderia ocorrer com o advento de lei que autorizasse decisão nesse sentido.

Nesse ponto, há o Projeto de Lei n. 7.137/2010, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, cuja proposta é justamente antecipar a expulsão do estrangeiro para a progressão de regime ou livramento condicional (nesta última hipótese, como visto, o ordenamento jurídico já o permite pelo princípio da proporcionalidade e numa interpretação sistemática e teológica, pelo menos a nosso ver).

Em resumo, ressalvada a possibilidade de o Projeto de Lei citado ser aprovado, o estrangeiro com expulsão decretada ou que não tenha legalmente residência no Brasil (só aquele com visto permanente pode obtê-la), não pode obter a progressão de regime, até por não preencher o requisito subjetivo para ser progredido de regime, pois, ainda que tenha bom comportamento carcerário, não lhe é lícito residir e trabalhar no território nacional, condições até implícitas dos regimes semiaberto e aberto de cumprimento de pena.

SEPARAÇÃO, POR QUE NÃO?

David de Oliveira Gomes Filho
Juiz de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, MS

RESUMO: A Emenda Constitucional n. 66/2010 acabou com a exigência de prévia separação de fato ou judicial para se alcançar o divórcio. Facilitou, assim, o desfazimento do casamento para aqueles que o desejarem, mas uma dúvida ficou: A separação judicial ainda existe? Há quem diga que sim e há quem diga que não. E nós perguntamos, por que não?

PALAVRAS-CHAVE: Separação. Divórcio. Emenda Constitucional n. 66.

Muitos nomes respeitáveis defendem a tese de que a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, ao dar nova redação ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal, acabou com a possibilidade de se conceder a separação judicial ao casal que assim o desejar.

Neste sentido, já se manifestaram Rolf Madaleno[1], Maria Berenice Dias[2], Pablo Stolze Gagliano[3], dentre outros.

Ocorre que o texto modificado da Constituição Federal era o seguinte:

> Art. 226 [...]
>
> § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Após a modificação ocorrida, o texto ficou da seguinte forma:

> Art. 226 [...]
>
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Do exposto, percebe-se que o novo texto não excluiu o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico, mas apenas retirou a necessidade de prévia separação judicial ou de separação de fato para se alcançar o divórcio.

Antes da modificação, tínhamos os prazos de 1 ano de separação judicial ou de 2 anos de separação de fato para pleitear o desfazimento do casamento pelo divórcio, e agora não há mais tais prazos. São os prazos que foram suprimidos e não os institutos. Estes persistem, pois a separação de "fato", por redundante que seja, é um fato da vida e a separação judicial possui previsão na Lei Substantiva Civil, precisamente no art. 1.571 e seguintes.

É importante lembrar que dentro do Direito sempre houve uma preocupação em regulamentar as situações de fato que geram consequências na vida civil. Para se evitar lacunas legais, encontramos no

1 Disponível em: < http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=807&Itemid=39>
2 Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_separa%E7%E3o_de_corpos_e_desenlace_familiar.pdf>
3 Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>

ordenamento jurídico o mais variado rol de regramentos a serem seguidos e de instrumentos de interpretação a serem aplicados quando a lei silencia.

A separação de fato é uma hipótese de incidência frequente na vida das pessoas e a separação judicial é um instrumento jurídico apto a definir, com segurança, todos os variados aspectos que decorrem do desfazimento da sociedade conjugal. Na separação judicial, temos um instrumento único que comporta a discussão sobre a partilha dos bens do casal, guarda e visitação dos filhos, alimentos etc. Por que dispensá-lo?

Não há sentido suprimir este comando legislativo do ordenamento, deixando situações que a vida cria no dia a dia ao "sabor do vento", sem regramento algum, se o Código Civil prevê a existência da separação judicial e este instituto não confronta a Constituição Federal. Na verdade, ele vem ao encontro dela, quando o texto maior prevê que a família tem proteção especial do Estado (art. 226, *caput*), quando prevê, já no seu artigo primeiro, como um de seus fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta pessoa humana, de comum acordo com o seu cônjuge, pode optar em dissolver o vínculo conjugal (pela separação), e não dissolver o casamento (pelo divórcio). Neste caso, deveria o magistrado constranger o casal a se divorciar contra a sua vontade? Daria a eles a opção da informalidade da separação de fato? Ou seria melhor ao Estado-juiz definir o fim da sociedade conjugal pela separação requerida, mantendo-se, contudo, o vínculo do casamento até que o ex-casal se acostume com a ideia do divórcio ou decidam retornar?

Todos sabemos que a maioria dos casamentos não se desfaz sem um longo período de reflexão, tempo em que emoções são experimentadas e um complexo procedimento de desgaste do casamento é vivenciado. As pessoas são diferentes, reagem a situações de estresse de forma diversa e muitas vezes a separação judicial é uma alternativa aceitável àquele que ainda não amadureceu a ideia da vida sem o outro. Traumas maiores podem ser evitados nestes casos, se houver a concordância de ambos com a separação judicial amigável. Nesta hipótese, a recusa do Estado em homologar o pedido de separação judicial mostra-se totalmente incompreensível e contrária à sua missão fundamental (art. 1º, III, e art. 226, ambos da Constituição Federal).

É importante realçar que, por uma visão fria e exclusivamente racional daquele que **não** está vivendo o processo de desfazimento conjugal, o divórcio seria a opção mais eficaz. Não se veria, neste caso, vantagem alguma na opção da separação quando é possível se divorciar. Nesta linha de raciocínio, a separação seria simplesmente um "divórcio defeituoso", que põe fim aos deveres de coabitação, de fidelidade, define a partilha dos bens, o destino dos filhos e as responsabilidades alimentares, mas mantém "inexplicavelmente" o casal amarrado ao vínculo do casamento que só existe no papel e talvez na cabeça dos cônjuges.

Ocorre que duas situações excluem a separação judicial do pensamento frio e puramente racional acima. A primeira é que o casamento cria uma trama complexa de relações, com contornos de ordem legal, moral, emocional e psicológica, que nenhum outro instituto jurídico é capaz de igualar. Todos estes aspectos estão interligados, são codependentes e têm reflexos em relações com terceiros. O desfazimento destes elos é mais complexo do que a solução simplista de extirpar do mundo jurídico o instituto da separação judicial. Não há desconsiderar estes reflexos próprios do ser humano a quem vive uma situação de desequilíbrio pessoal de toda a ordem. Neste cenário, o pensamento não pode ser tão cartesiano.

O segundo aspecto é que quem vive o trauma da separação ou do divórcio não tem uma visão racional, mas emocional do fato. O casal está mergulhado em um mar de emoções, e muitos não têm certeza do acerto ou desacerto de sua decisão, tamanha é a tormenta mental que os aflige. Por outro lado, são estas pessoas que têm o pleno conhecimento a respeito dos motivos do fim do casamento, da intensidade das mágoas vividas e das alegrias que se desejou viver, do que é possível acontecer e do que é mera ilusão. A análise da "utilidade" e da "necessidade" da medida foge dos conceitos tradicionais e é preciso estar sensível a isto, pois não é um simples contrato que se desfaz.

A separação pode ser um degrau a mais no rumo do divórcio para aqueles que ainda não alcançam um passo tão largo sem traumas ou para aqueles que admitem a hipótese de voltar atrás na sua decisão. Nem se diga que os dois poderão se casar novamente após o divórcio, pois o que a separação judicial está oferecendo o segundo casamento não oferece. Com a reabilitação do casal, eles têm a possibilidade de desistir da decisão errada (separação) e de continuar algo que nunca terminou (o casamento). No campo jurídico, a diferença pode ser pouca, mas no campo psicológico os reflexos são maiores. Quem opta pela separação o faz por motivos que não cabe ao magistrado questionar.

Não cabe ao Estado imiscuir-se nesta decisão, seja para forçar a separação, seja para forçar o divórcio, seja para forçar o casamento, pois interferência tal suprimiria o princípio da dignidade da pessoa humana e importaria no enfraquecimento dos vínculos familiares em total desprezo àquele vínculo que, mesmo por um fio, ainda se mantém.

Havendo pedido de separação judicial consensual, o magistrado não pode negá-lo.

Da mesma forma, havendo um pedido de separação judicial, o magistrado não pode negar o processamento do feito, pois sempre existe a possibilidade de a parte contrária concordar com a opção da separação judicial como palco para as discussões próprias desta triste fase da vida das pessoas, entendam-se discussões patrimoniais e relativas ao futuro dos filhos. Não se admitem mais discussões sobre culpa por violação de deveres conjugais como motivo da separação, tema este que dá outro artigo.

Naturalmente que, havendo um confronto de vontades entre os litigantes, onde um deseja a mera separação judicial e o outro o divórcio, deve prevalecer o divórcio por representar ele um direito mais amplo.

Este foi o judicioso posicionamento tomado na V Jornada de Direito Civil, realizado em Brasília, dando origem a enunciado específico neste sentido: "- *Enunciado 514*. ***Art. 1.571***. *A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial."*

Concluindo, seja em um exercício hermenêutico literal do texto antigo e do texto novo do art. 226 da Constituição Federal; seja em um exercício hermenêutico sistemático do art. 1º, III, da Constituição Federal, do art. 1.571 e seguintes do Código Civil; seja na visão de que é inconcebível se extirpar do ordenamento jurídico uma regra (separação judicial) que atende casos tão frequentes (separação de fato); seja na indispensável visão humanista do instituto da separação; seja na consideração multidisciplinar dos aspectos que envolvem os fatos que geram a opção pela separação em detrimento do divórcio, e lembro aqui que os fatos sempre devem ser considerados na interpretação e na aplicação do direito[4], a resposta à pergunta inicial deve ser positiva: - *Se querem a separação, a resposta é sim, por que não?*

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Terezinha Féres. Casamento contemporâneo: o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade.Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79721998000200014&script=sci_arttext>.

CESAR, Bel. Razão e emoção são interdependentes. Disponível em:< http://somostodosum.ig.com.br/conteudo/conteudo.asp?id=9888>.

4 "a Dogmática sem a Sociologia está vazia. A Sociologia sem a Dogmática está cega" (Kantorowicz *apud* DULCE, 1989, p. 73) – tirado do texto: Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas, p. 13. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782006000200012&script=sci_arttext>

DIAS, Maria Berenice. Separação de corpos e o desenlace familiar. Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_separa%E7%E3o_de_corpos_e_desenlace_familiar.pdf>.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FEDERAL, Conselho da justiça: enunciados. Disponível em: < http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/Compilacao%20enunciados%20aprovados1.pdf>

GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>.

MADALENO, Rolf. O divórcio da EC 66/2010. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=807&Itemid=39>

REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas.Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782006000200012&script=sci_arttext>.

TAVARES, Aderruan Rodrigues. Abram-se as cortinas: o intérprete e o ato normativo.Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/20411/abram-se-as-cortinas-o-interprete-e-o-ato-normativo>.

THEOPHILO, Roque. A dor da separação conjugal. Disponível em:< http://www.psicologia.org.br/internacional/ap39.htm>.

TORRES, Anália Maria Cardoso. Sociologia da família teorias e debates. Disponível em:< http://analiatorres.net/pdf/agregacao/RelatoriodaUCSociologiadaFamiliaTeoriasedebates.pdf>.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

O REGISTRO DE IMÓVEIS NA ERA DIGITAL

Juliano Duailibi Baungart

Juiz Substituto do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

RESUMO: Análise sucinta das perspectivas da virtualização do Registro Imobiliário no Brasil e seus aspectos mais relevantes, com a facilitação da consulta ao cadastro imobiliário e otimização da atividade jurisdicional no que toca ao conhecimento da existência de propriedade e respectivos proprietários de bens imóveis, assim como a respectiva situação cadastral do bem de raiz.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de imóveis. Matrícula virtual. Sistema registral. Princípios orientadores. Publicidade. Força probante. Legalidade. Territorialidade. Continuidade. Prioridade. Especialidade. Instância. Segurança do sistema registrário. Virtualização das matrículas e dos livros registrários. Interconexão de informações. Amplo acesso aos dados do cadastro. Conhecimento real da situação do imóvel. Rápida solução e prevenção de litígios. Prestação jurisdicional mais célere e justa.

A finalidade deste artigo é analisar de forma sucinta a situação do registro imobiliário no Brasil e as perspectivas de sua transformação com a adoção da chamada matrícula virtual. Com esse intuito, examinarei rapidamente o atual sistema registral, passando pelos princípios que o compõem, com foco no princípio da publicidade, para comentar, em seguida, os impactos da modificação já em curso.

Inicialmente, é preciso dizer, quanto ao registro de imóveis, que, na ordem legislativa atualmente em vigor, o negócio jurídico não tem aptidão para transferir a propriedade ou outro direito real sobre o imóvel, sendo indispensável, para tanto, o registro do título translativo, a ser realizado na matrícula do imóvel, na serventia de registro de imóveis competente, caracterizando tal atividade o cerne do que constitui hoje a atividade registrária.

Pela sua importância para a preservação da ordem e da confiabilidade do registro imobiliário, a atividade registrária deve ser cercada da maior segurança possível, daí por que, para garantir a sua eficácia, o legislador criou um sistema de registros públicos integrado por uma série de princípios, além de impor a adoção obrigatória de livros e formas em cada unidade de registro imobiliário, todos destinados à organização e controle da atividade registral, e a adoção do sistema matricial, que se mencionou acima, impondo sejam condensados nas matrículas todos os fatos e atos jurídicos que envolvam o imóvel, exemplificados no art. 167 da Lei dos Registros Públicos.

Quanto aos princípios referentes à atividade registrária, importa destacar, em primeiro lugar, o da publicidade. Por este princípio, com o registro, os negócios imobiliários ganham notoriedade, tornando-se públicos e oponíveis contra terceiros. Assim, qualquer pessoa, interessada que esteja na situação registral de um determinado imóvel, poderá requerer ao oficial do registro a certidão da matrícula, sem declinar as razões do pedido.

Outro princípio de relevo é o da força probante, segundo o qual os registros possuem força probatória porque são presumidamente verdadeiros. A rigor, tal presunção é relativa, podendo ser afastada mediante prova em contrário. Tal presunção relativa só é excepcionada pelo instituto do registro *torrens*,

que é modalidade de registro prevista exclusivamente para a propriedade rural, com um procedimento diferenciado, de índole contenciosa, que gera presunção absoluta da propriedade.

Em terceiro lugar, na lista dos princípios que norteiam o sistema registrário, está o princípio da legalidade, que impõe ao oficial a obrigação de verificar meticulosamente os aspectos extrínsecos do título que lhe é entregue a registro para aceitá-lo ou não, após a devida qualificação. Esta análise, entretanto, não deve ultrapassar a natureza do título, não sendo autorizado ao registrador examinar eventuais vícios de consentimento, função esta eminentemente jurisdicional.

Ao princípio da legalidade, segue-se o da territorialidade, que determina seja o registro impreterivelmente efetuado na circunscrição imobiliária da situação do imóvel. Tal exigência encontra fundamento na necessidade de se concentrar todas as informações relativas ao imóvel em um único lugar, de modo a tornar eficiente a publicidade do registro.

Em quinto lugar está o princípio da continuidade, que exige seja observada uma conexão lógica entre as partes, os fatos e os negócios jurídicos que figuram na matrícula, de maneira a manter-se uma sequência organizada e bem ordenada das transações imobiliárias que envolveram o imóvel.

A seguir, tem-se o princípio da prioridade. De acordo com este princípio, que visa a oferecer proteção àquele que primeiro prenota o seu título, se mais de um título for levado a registro em um mesmo dia, terá prioridade sobre todos os demais aquele que houver sido prenotado em primeiro lugar no livro de protocolo.

Esta preferência só não será observada caso a parte não atenda às exigências eventualmente formuladas pelo registrador, para o registro do título, no prazo de trinta dias. Nessa hipótese, será registrado, caso esteja em ordem, o título apresentado e prenotado em segundo lugar.

O próximo princípio, na ordem, é o da especialidade, que obriga seja o imóvel detalhadamente individualizado e descrito, a fim de que possa ser registrado sem erros capazes de confundir as propriedades e causar prejuízos aos titulares de direitos sobre o bem de raiz.

Cuida-se, aqui, de princípio de crucial importância, porquanto a experiência revela que a falta ou insuficiência da individualização do imóvel nos registros que eram feitos no passado, deixou a propriedade demasiadamente vulnerável, sobretudo, à ação de pessoas mal intencionadas que enxergaram nessa situação uma oportunidade de manipular ilicitamente o cadastro imobiliário.

Finalmente, tem-se o chamado princípio da instância que, por analogia com o princípio da inércia, de incidência no âmbito jurisdicional, veda ao oficial o registro de ofício, exigindo que haja requerimento do interessado nesse sentido, ainda que verbal. Tal princípio está em absoluta consonância com o espírito público do registro e tem a finalidade de manter a imparcialidade do oficial e exonerá-lo de suspeitas que possam recair sobre a execução de sua atividade.

Não obstante esse conjunto de princípios e demais medidas de que se falou ao norte, concebidas com a finalidade de aperfeiçoar a segurança do sistema registrário, certo é que este sistema nunca esteve completamente a salvo da manipulação ilegal.

É que a ausência de uma interconexão entre as unidades imobiliárias brasileiras bem como com o próprio Poder Judiciário não permitia concretizar a contento a publicidade exigida pela lei.

Isto porque os dados imobiliários sempre estiveram confinados nas raias das respectivas serventias e, embora a lei franqueasse o acesso a qualquer interessado, o fato é que a vastidão do território brasileiro, a infinidade de cartórios de registro de imóveis atualmente existentes e, principalmente, a inexistência de um intercâmbio eficiente entre essas serventias e destas com o Poder Judiciário, sempre constituíram enormes obstáculos ao conhecimento completo da realidade imobiliária, bem como do patrimônio imobiliário individual.

Este cenário, entretanto, está em vias de se modificar completamente. Com a implementação da chamada matrícula virtual, o registro imobiliário inaugurará uma nova era. A partir dela será possível que o cadastro imobiliário brasileiro seja efetivamente conhecido pelo público interessado.

Nas palavras de Sérgio Jacomino,

> [...] pensar na matrícula digital é conceber um todo inter-relacionado, maior que a soma das suas partes. A palavra chave é interconexão. O número da matrícula poderá ser a chave para o acesso de níveis diferenciados de informação. Poder-se-ia construir hipertexto, escamação de informações relevantes, com níveis diferenciados, a permitir um trânsito não linear entre os vários níveis de informação relevantes e disponíveis. Por exemplo, do indicador pessoal poder-se-ia abrir uma janela (para usar uma expressão muito em voga) para a descrição textual do imóvel, bem assim, outra janela para visualizar um croquis do terreno; poder-se-ia fazer um zoom na representação do terreno para uma visualização dos confrontantes, da quadra, do loteamento; poder-se-ia abrir uma janela para visualização dos confrontantes, da quadra, do loteamento; poder-se-ia abrir uma janela para visualizar o título que serviu de suporte para o registro. Enfim, todos os dados disponíveis na Serventia (planta, croquis, certidões, e outros documentos, bem assim o próprio título que deu origem ao registro), poderiam ser acessados de qualquer ponto do sistema, seja a partir de uma pesquisa primária no indicador real, seja no pessoal, a partir do número da matrícula, a partir do número do protocolo etc. Não há limitações, já que se tem por objeto a pesquisa numa entidade que tenho chamado de matrícula digital. (JACOMINO, Sérgio, *apud* CHICUTA).

A virtualização das matrículas permitirá aos órgãos públicos consultar a propriedade dos imóveis nacionais sem custo algum, além de oportunizar o acesso aos demais interessados mediante pagamento dos emolumentos devidos.

Esta possibilidade, sem dúvida, causará uma verdadeira revolução no âmbito dos processos judiciais, em particular naqueles que versam sobre fraudes à execução e fraudes contra credores, bem como nas execuções, uma vez que possibilitará a localização de bens em nome das partes, em qualquer lugar do país, de forma rápida e eficaz.

Repercutirá igualmente no que toca à configuração da má-fé por parte de credores e executados. É possível prever que, com a adoção da matrícula digital, ter-se-á uma sensível redução de embargos à execução e de terceiros diante da demonstração clara da existência ou não de bens e direitos, bem como das datas de aquisição e alienação.

Os processos que eventualmente surgirem, por sua vez, terão solução acelerada à luz das informações fornecidas por este mecanismo, como datas de aquisição e venda dos imóveis, as quais permitirão uma análise conglobada da situação registral do imóvel.

Aliás, já está em funcionamento o Portal do Ofício Eletrônico, www.oficioeletronico.com.br, cujo objetivo é prestar serviços, em meio eletrônico, interligando as utilidades de Registro de Imóveis com o Poder Judiciário e órgãos da Administração Pública, com a finalidade de proporcionar o acesso a informações registrais que permitam identificar a ocorrência de registros de bens e direitos em determinada localidade.

Poderão usufruir deste *site* todos os entes e órgãos públicos, bem como empresas privadas que manifestarem interesse, mediante a assinatura de um convênio padrão com a Associação de Registradores de São Paulo (ARISP), que faz a manutenção do Portal. As informações armazenadas no banco de dados serão permanentemente atualizadas pelos oficiais de registro de imóveis da Capital de São Paulo. O próximo passo será integrar os demais Estados da Federação.

No futuro, com a desejada adesão de todos os Estados da Federação a este sistema, assim como do Poder Judiciário, será possível estruturar uma rede ampla e completa de informações a partir da qual será possível conhecer a realidade patrimonial das partes, com acesso integral aos dados sobre os bens objeto de litígio.

Isto, sem dúvida, representará um grande avanço na análise dos processos judiciais relacionados a esses temas, contribuindo para a formulação de políticas públicas e para a entrega de uma prestação jurisdicional mais célere e justa.

REFERÊNCIAS

JACOMINO, Sérgio. Matrícula digital. Uma pequena abordagem sobre a informatização do registro imobiliário brasileiro. In: CHICUTA, Kioitsi. **A informatização do registro de imóveis brasileiro no início do terceiro milênio. Disponível em: <**http://archiv.jura.uni-sb.de/portugues/biblioteca/chicuta.htm#_ftnref7>. Acesso em: **24 abr.2012.**

A AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO RÉU NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Roberto Ferreira Filho
Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (Unipar) e Juiz da Vara da Infância e Juventude de Campo Grande

Adriany Barros de Britto Ferreira
Mestranda em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara

RESUMO**:** O artigo analisa a obrigatoriedade ou não, nas ações de improbidade administrativa, da notificação do réu para apresentar defesa prévia e, sobretudo, se a ausência desta é causa geradora de nulidade absoluta ou relativa. O estudo baseia-se não só na interpretação do artigo 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, como também na análise de jurisprudência e doutrina acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Notificação Prévia – Ausência – Nulidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Proximidade entre o Procedimento Previsto na Lei de Improbidade Administrativa e o Processo Penal. 3 Nulidades Absolutas e Relativas: Breves apontamentos. 4 Ausência de Notificação Prévia do Réu nas Ações de Improbidade Administrativa. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Medida Provisória n. 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, trouxe, dentre outras inovações na Lei n. 8.429/1992, a previsão contida no § 7º de seu artigo 17, de que o juiz deverá, antes de rejeitar ou receber a inicial, providenciar a notificação do réu para, em 15 (quinze) dias, por escrito, apresentar manifestação – defesa preliminar –, podendo, na oportunidade, juntar documentos e apresentar justificações.

Esta alteração na Lei de Improbidade Administrativa ainda provoca discussões acerca da obrigatoriedade ou não desta notificação prévia e, sobretudo, se sua ausência é capaz de causar nulidade absoluta ou relativa do processo.

A discussão é travada à luz de importantes princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, o do contraditório e o da ampla defesa, e justifica-se pelo grande interesse jurídico e popular na questão do enfrentamento e combate à improbidade administrativa e à corrupção no Estado brasileiro.

A intenção do artigo é a de justamente apresentar a discussão ainda presente acerca do assunto e de se posicionar a respeito.

2 A PROXIMIDADE ENTRE O PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PROCESSO PENAL

É sabido que a Lei de Improbidade Administrativa não é lei penal ou processual penal, cominando, com exceção aos seus artigos 19 a 21, sanções de natureza civil e administrativa ao agente público ímprobo.

Ainda assim, por evidente, é inegável que guarda alguma proximidade com o direito penal – tanto que dela se extrai, tal como se verifica com o artigo 59 do CP, gradação e escalonamento das sanções que contempla – e com o direito processual penal – sobretudo pelas graves consequências que podem advir ao réu caso se reconheça que praticou algum ato de improbidade, gravidade esta que também ocorre quando se reconhece que determinado acusado praticou um ilícito penal.

Justamente por isso é que se entende que a alteração trazida pelo § 7º do artigo 17 da Lei n. 8.429/92 inspirou-se no procedimento previsto para a apuração dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, *ex vi* do disposto no artigo 514, *caput,* do CPP.

O CPP, aliás, em recente alteração trazida a lume pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, demonstra de modo insofismável a preocupação em evitar o processamento de demandas temerárias, mormente sem um mínimo de lastro probatório que as embase, o que a lei processual penal passou a chamar de justa causa (artigo 395, III, do CPP).

Antes do advento da apontada reforma, a defesa prévia, cuja apresentação era facultativa, somente era oportunizada após o recebimento da inicial, citação e interrogatório do acusado, consoante se verificava da então redação dos artigos 395 e 396 do CPP – também alterados pela Lei n. 11.719/8; entretanto, mesmo que sua apresentação fosse faculdade outorgada à defesa, entendia-se como obrigatória sua intimação para esta apresentação.

Hodiernamente, até mesmo pela efetiva possibilidade de o juiz, no processo penal, absolver sumariamente o réu após a apresentação da defesa preliminar (artigo 397 do CPP), o entendimento é o de que não só não a concessão de prazo, mas a própria ausência da apresentação da citada defesa é causa de nulidade absoluta.

A esse respeito transcreve-:

> Se não for apresentada a resposta escrita ou se o acusado, citado, não constituir um defensor, o juiz nomeará um para oferecê-la, no prazo de dez dias (art. 396-A, § 2º, CPP). Como se vê, ao contrário do que ocorria com a defesa prévia, a apresentação da resposta prévia é imprescindível. Assim, o CPP assegura o seu oferecimento, mesmo que por meio de um defensor nomeado para o ato. (DEMERCIAN; MALULY, 2009, p. 386).

Pela própria dicção do artigo 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa e pelas graves consequências que o julgamento procedente de pedido formulado neste tipo de ação pode acarretar ao réu, inegável, como exposto, a proximidade entre o rito procedimental nela contido e o rito procedimental penal, sobretudo no que tange aos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.

3 NULIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS: BREVES APONTAMENTOS

Discute-se na esfera da improbidade se a ausência de notificação do réu nas respectivas ações é causa ou não de nulidade e, em sendo, se a nulidade daí decorrente é absoluta ou relativa.

Mister se faz, antes de se partir para análise aprofundada do tema, traçar as principais diferenças entre nulidade absoluta e relativa.

Ambas cuidam da desconformidade do ato praticado – aqui, pelo objeto do trabalho, esta desconformidade é a do ato processual, muito embora existam hipóteses, tal como se verifica, *v.g.,* no Código Civil, de nulidades de atos materiais – com a forma prevista em lei para sua prática.

Os atos nulos – nulidade absoluta ou relativa – são tratados pela doutrina em conjunto com os atos inexistentes e atos meramente irregulares, sendo, na realidade, verdadeira gradação de efeitos prevista para a referida desconformidade.

A esse respeito, cuida citar:

> Em alguns casos, a desconformidade com o modelo legal é tão intensa que se chega a falar em inexistência do ato; em outros, ao contrário, o desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a forma foi instituída, de sorte que podem ser considerados meramente irregulares, se que sua eficácia esteja em jogo; e, finalmente, para certos desvios de forma estabelece-se a sanção de nulidade, pela qual a lei possibilita que se retire do ato a aptidão de produzir efeitos (GRINOVER, 2011, p. 20).

Para a correta distinção entre atos eivados de nulidade absoluta e aqueles eivados de nulidade relativa, verifica-se, em linhas gerais, se o interesse em jogo é meramente privado, se a nulidade compromete ou não princípios e garantias processuais, se é possível ou não a convalidação do ato e se sua não alegação em tempo oportuno gera o efeito da preclusão.

Discorrendo sobre o tema, GOMES FILHO e GRINOVER (2011, p. 21) esclarecem:

> Com relação aos atos nulos, cumpre ainda distinguir os casos de nulidade absoluta e nulidade relativa: nos primeiros, a gravidade do ato viciado é flagrante e, em regra, manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade; já nas hipóteses de nulidade relativa, o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido [...]; já a ofensa às garantias constitucionais implicará sempre nulidade de natureza absoluta, pois a obediência às regras do 'devido processo legal' constitui requisito essencial para a correção da prestação jurisdicional.

No mesmo sentido é o posicionamento de OLIVEIRA (2010, p. 806-7):

> A primeira distinção que se pode fazer entre as nulidades relativas e as nulidades absolutas começa a partir da definição dos interesses envolvidos na irregularidade. O predicado relativa que acompanha a expressão nulidade significa exatamente isso: a nulidade encontra-se em relação ao interesse da parte, em determinado e específico processo [...]; a expressão absoluto já é indicativo da diferença de grau quanto à medida da preocupação destinada a específicas violações às formas previstas em lei. E nem poderia ser diferente. Se, de um lado, é possível admitir-se uma certa margem de disponibilidade quanto à

> eficiência e à suficiência da atuação das partes (sobretudo e particularmente da defesa), de outro, quando o vício esbarrar em questões de fundo, essenciais à configuração do devido processo penal, não se pode nunca perder de vista a proteção das garantias constitucionais individuais inseridas em nosso atual modelo processual. Com efeito, enquanto a nulidade relativa diz respeito ao interesse das partes em determinado e específico processo, os vícios processuais que resultam em nulidade absoluta referem-se ao processo penal enquanto função jurisdicional, afetando não só o interesse de algum litigante, mas de todo e qualquer (presente, passado e futuro) acusado, em todo e qualquer processo. O que se põe em risco com a violação das formas em tais situações é a própria função judicante, com reflexos irreparáveis na qualidade da jurisdição prestada.

Importante, por outro lado, a advertência trazida por José Roberto dos Santos Bedaque quando menciona que mesmo nas hipóteses de nulidades absolutas é possível, em desapego ao excessivo formalismo, que estas possam ser sanadas se, no caso concreto, não causarem prejuízo efetivo à parte atingida por elas.

Diz o autor:

> Por isso, a resposta à indagação sobre ser insanável a nulidade só pode ser dada à luz da situação concreta. Nesta sede as generalizações são perigosas, pelo risco da imprecisão [...]. Mesmo em relação aos princípios constitucionais do processo ou a regras procedimentais que em tese asseguram maior amplitude do contraditório, o comparecimento e o silêncio da parte significam a irrelevância do vício processual, por mais grave que seja. (BEDAQUE, 2006, p. 452-3).

Em linhas gerais, é possível afirmar que, quando o ato nulo afrontar princípios e garantias constitucionais, por exemplo: a do contraditório, a da ampla defesa, a do devido processo legal, a da fundamentação das decisões judiciais etc., o interesse em jogo não é só do particular que figura na relação jurídico-processual, mas, isto sim, de toda a coletividade, pois coloca em risco a própria qualidade da prestação jurisdicional.

Partindo-se da noção da distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa, cuida apreciar se a ausência de notificação do réu para apresentar defesa preliminar nas ações de improbidade administrativa gera, ou não, algum tipo de nulidade e, em gerando, qual seria: absoluta ou relativa?

Parte da doutrina sustenta que a ausência da notificação em tela gera nulidade apenas relativa, dependendo que a parte supostamente lesada demonstre a ocorrência de algum prejuízo que tenha sofrido por força desta omissão, mesmo porque, segundo esta corrente, o contraditório estará assegurado posteriormente, mormente após a citação, na forma do que dispõe o artigo 17, § 9º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Este é o entendimento, dentre outros, de ALVES e GARCIA (2008):

> Bem analisada a nova sistemática procedimental, conclui-se que a exigência de notificação prévia busca estabelecer uma justa relação de equilíbrio entre o amplo exercício do direito de ação no campo da tutela do patrimônio público, o que deve ser garantido, e o resguardo da honorabilidade da Administração e do agente público: Ao mesmo tempo em que se admite uma imputação fundada em meros 'documentos e justificações' ou até mesmo uma imputação desacompanhada de qualquer elemento (§ 6º, *in fine*), exige-se, nessas e apenas nessas hipóteses, a formação de um contraditório prévio, adotando o legislador a premissa, correta, de que a imputação desacompanhada de uma prévia e sistemática investigação pode ser injusta [...]. De toda a sorte, a inobservância da regra da notificação prévia, por demandar a demonstração de prejuízo (art. 250 do CPC), gera nulidade meramente relativa. Em arrimo a tal conclusão deve-ser ter em vista que a *ratio*

> da normativa provisoriamente instituída é a de evitar o nascimento de relação processual destituída de justa causa, não se voltando a defesa prévia, unicamente, ao exercício do contraditório, que será posteriormente exercido na forma do § 9º, daí se concluindo, pelo menos em regra, que nenhum prejuízo advirá ao réu. Trata-se muito mais de um mecanismo de resguardo da jurisdição, por assim dizer, do que, propriamente, de um momento de defesa, até porque – repita-se -, recebida a inicial será o réu citado para o oferecimento de contestação (§ 9º), sendo esta a melhor oportunidade para a apresentação das teses defensivas e juntada de documentos (art. 396 do CPC).

Alguns autores criticam, até, a própria previsão desta notificação prévia, dizendo que isto é precaução exagerada do legislador.

Neste sentido, é a opinião de BASTOS (2010, p. 155):

> Apesar de que se possa justificar tais alterações com o argumento de que estas se justificam em razão da severidade das sanções aplicadas ao agente ímprobo, tais como a suspensão de seus direitos políticos e a perda da função pública, são inovações que claramente procrastinam o processamento da ação de improbidade e revelam uma precaução reconhecidamente exagerada, que propicia ao agente investigado uma infinidade de instrumentos processuais para sua defesa.

Em sentido diametralmente oposto é o posicionamento de PAZZAGLINI FILHO (2011, p. 193-5), o qual sustenta que a ausência da apontada notificação configura nulidade absoluta, ferindo o princípio constitucional da ampla defesa. Assevera o autor:

> As regras processuais desta fase inicial de admissibilidade, vale dizer, de recebimento ou rejeição, da ação (petição inicial) de improbidade administrativa estão definidas nos §§ 6º a 10 do art. 17 da LIA. Trata-se, na essência, de um procedimento especial preambular, estabelecendo juízo prévio ou julgamento preliminar da ação civil de improbidade (petição inicial), em seguida ao recebimento da defesa prévia do requerido, à semelhança do que acontece no procedimento criminal, de rito especial, relativo aos crimes imputados a funcionários públicos que estejam no exercício de suas funções (arts. 513 a 518 do CPP). Dentre desse procedimento, cabe ao Juiz, completado este contraditório vestibular, em decisão fundamentada, receber a petição inicial ou rejeitar a ação, se convencido, ou não, da existência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (§§ 8º e 9º). Violar esse regime processual singular é violar a garantia da ampla defesa (art. 5º, LIV, CF). [...]. A inobservância do disposto no § 7º do art. 17 da LIA, vale dizer, a falta de notificação do requerido para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, configura nulidade absoluta e insanável do processo, que não se convalida pela não argüição tempestiva, porque afronta o princípio fundamental da ampla defesa.

A jurisprudência mais recente, inclusive dos Tribunais Superiores, inclina-se pelo reconhecimento de que a ausência da predita notificação prévia não gera nulidade absoluta, dependendo, para seu reconhecimento (nulidade relativa), da tempestiva alegação da parte e demonstração de prejuízo, entendimento este embasado na parêmia do *pas de nullité sans grief*.

Neste sentido, para ilustrar, recente precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. NOTIFICAÇÃO. DEFESA PRÉVIA. DISPENSA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO [...]. 4. A ausência de notificação prévia tratada no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92 somente acarreta nulidade processual se houver comprovação de efetivo prejuízo, de acordo com a parêmia *pas de nullité sans*

> *grief*. Precedentes [...]. 10. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp. 1233629/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14.6.11, DJe 14.9.11).

Do mesmo Tribunal, em sentido oposto, o seguinte aresto:

> PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. DEFESA PRELIMINAR. ART. 17, § 7º, DA LEI Nº 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. A inobservância do contraditório preambular em sede de ação de improbidade administrativa, mediante a notificação prévia do requerido para manifestação por escrito [...], importa em grave desrespeito aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of law* [...]. 4. Nesse segmento, a interpretação do § 7º, do art. 17 da Lei 8.429/92 não pode se distanciar dos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of Law,* oportunizando ao agente público, acusado da prática de ato ímprobo, o oferecimento de manifestação por escrito [...], notadamente porque a inserção do contraditório preambular, inserto no mencionado dispositivo legal, além de proporcionar ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, possibilita ao magistrado na fase posterior, cognominada 'juízo prévio da admissibilidade da ação', proceder ao recebimento da petição inicial ou a rejeição da ação civil pública de improbidade [...]. 6. Recurso especial provido. (REsp. 883795/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel p/Acórdão: Min. Luiz Fux, m.v. julgado em 11.12.2007. DJe: 26.3.2008).

O que essencialmente se discute é se a ausência de notificação prévia para defesa preliminar fere, ou não, princípios constitucionais, destacadamente os do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

O princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, LV, da CF, objetiva, em síntese, garantir aos litigantes a oportunidade de terem ciência dos atos processuais e de serem ouvidos ao longo da tramitação do feito.

Como diz NERY JÚNIOR (2010, p. 213), ao tratar da situação do réu no processo civil, deve-se dar a ele, por força do contraditório, oportunidade de ser ouvido, de apresentar sua contrariedade ao pedido do autor.

Este princípio se relaciona estreitamente com o princípio da ampla defesa – ambos, aliás, estão inseridos no mesmo inciso do artigo 5º da CF – o qual, também segundo sucinta e precisa lição de NERY JÚNIOR (2010, p. 248-9), permite às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial, com possibilidade de fazer prova destas e interpor os recursos cabíveis.

Já o princípio do devido processo legal, do qual os dois anteriores são tidos como corolário, está previsto no inciso 5º, LIV, da CF, e visa, em seu aspecto processual – *procedural due process* – que é o que aqui é considerado – sem se olvidar, naturalmente, da existência do chamado devido processo legal substantivo (ou *substantive due process*) -, a assegurar que nenhum litigante sofra restrição alguma ou sanção sem que haja efetivo respeito às regras previamente estabelecidas, garantindo-se igualdade de oportunidade no processo, ampla defesa, contraditório e imparcialidade no julgamento.

Segundo PORTANOVA (2003, p. 145), o devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Na questão ora em análise, observa-se que a LIA, de modo expresso, em seu artigo 17, §§ 6º a 10, estabeleceu fase preliminar que antecipa, até, a análise judicial acerca da admissibilidade ou não da petição inicial.

O § 8º do artigo 17 é claro ao mencionar que é após o recebimento da manifestação do requerido, manifestação esta prevista justamente no parágrafo imediatamente anterior, que o juiz poderá rejeitar a inicial.

A opção do juiz pelo recebimento da inicial vem logo em seguida, ou seja, no § 9º do referido artigo 17.

É inegável, como apontado alhures, a semelhança do procedimento judicial das ações de improbidade administrativa com o rito previsto, sobretudo após o advento da Lei n. 11.719/8, para o processo penal.

Em tais procedimentos – e na LIA ainda de modo mais acentuado, visto que a defesa preliminar antecede o recebimento da inicial, diferentemente do que se dá com o processo penal no qual, porém, logo após esta, há a possibilidade de o juiz absolver sumariamente o acusado (artigo 397 do CPP) –, o legislador quer evitar a tramitação de ações infundadas, sem o mínimo de lastro probatório, ou manifestamente improcedente, tal como se observa do disposto no artigo 17, § 8º, da LIA e do artigo 395, III, e 397, I a III, do CPP.

Esta nítida e expressa intenção do legislador fundamenta-se, inegavelmente, no fato de que tanto o processo penal como as ações de improbidade administrativa podem macular relevantes direitos dos réus, *v.g.* o da liberdade de ir e vir, o direito à participação política etc.

Excluir ou relativizar o exercício desta manifestação prévia do requerido nas ações de improbidade administrativa – assim como nas ações penais – fere, sim, os apontados princípios constitucionais e acaba por permitir, mesmo que por vias transversas, a possibilidade de agentes públicos serem tidos como ímprobos – até mesmo em face da rotineira exploração midiática que se dá em casos que tais – mesmo quando estão a responder por ações manifestamente infundadas e que, por isso, devem ter de pronto seu curso obstado.

A esse respeito assinala Arnoldo Wald e Gilmar Mendes (MEIRELLES, 2010, p. 280-2):

> O que não se pode admitir é o uso desvirtuado da ação de improbidade administrativa, como ocorre muitas vezes, como veículo de exibicionismo na mídia, de luta exclusivamente política ou de arma meramente vingativa ou eleitoreira. Acusar um agente público de ter praticado ato de improbidade e ainda pretender indisponibilizar seu patrimônio pessoal na pendência de uma ação que pode demorar anos é coisa muito séria, que não pode ser levada adiante de maneira irresponsável ou leviana [...]. O objetivo do novo procedimento, que a princípio pode parecer repetitivo, é o de filtrar as ações que não tenham base sólida e segura, obrigando o juiz – com a possibilidade de recurso ao Tribunal – a examinar efetivamente, desde logo, com atenção e cuidado, as alegações e os documentos da inicial, somente dando prosseguimento àquelas ações que não passem de alegações especulativas, sem provas ou indícios concretos. O instituto da defesa preliminar, existente no direito penal para os funcionários públicos (CPP, art. 514), como antecedente ao recebimento da denúncia, funciona como proteção moral para o agente público acusado, para quem o simples fato de ser réu pode já implicar mancha na sua reputação. Abre-se a possibilidade de uma defesa antes da ação ser recebida, de molde a cortar pela raiz aquelas ações que se mostrem levianas ou totalmente sem relação com a realidade dos fatos.

A garantia da notificação prévia do requerido para o oferecimento de sua defesa preliminar em nada enfraquece – em verdade apenas legitima – a inadiável e sadia preocupação com a moralização da administração pública no Brasil, preocupação esta estampada no art. 37, *caput* e § 4º, da Constituição Federal.

A moralização da administração pública não se faz, por evidente, tolhendo-se importantes garantias asseguradas indistintamente a todos, tais como as acima apreciadas, garantias estas que acabam também por

preservar princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, como é o caso da cidadania (artigo 1º, II, da CF) e o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF).

Mesmo quando as ações de improbidade administrativa são promovidas com base em inquéritos civis ou qualquer outra espécie de procedimentos prévios – como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito, Comissões Processantes etc. –, isto em nada afasta a necessidade de se cumprir o que expressamente estabelece o § 7º do artigo 17 da Lei n. 8.429/92, mesmo porque, como é sabido, em tais procedimentos não se assegura ao investigado – ao menos não com os mesmos contornos e alcance do processo judicial – as garantias referidas anteriormente, sobretudo o do contraditório.

A esse respeito leciona PAZZAGLINI FILHO (2011, p. 171);

> O inquérito civil, como já declarado, constitui um procedimento administrativo, exclusivo e *interna corporis* do Ministério Público, que tem por finalidade a coleta de elementos de convicção sobre fatos determinados, em tese, atentatórios a interesses civis públicos, difusos ou coletivos, para eventual proposição de ação civil pública ou de improbidade administrativa. Segundo essa concepção, trata-se de procedimento investigatório, de natureza inquisitiva e, como tal, não é informado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório.

5 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto e a despeito de importantes opiniões em sentido contrário, é possível afirmar que a ausência de notificação prévia do requerido nas ações de improbidade administrativa fere os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, por isso é providência de cunho obrigatório, sob pena de gerar nulidade absoluta do processo a contar desta omissão, de modo muito parecido com o que se dá no Processo Penal, mormente após a edição e vigência da Lei n. 11.719/8, que trouxe nova versão e função para a chamada defesa preliminar do acusado.

Por mais relevante que seja o combate à corrupção no Estado brasileiro, combate este que deve ser feito, por certo, de modo sistemático, efetivo e célere, isto não autoriza a desconsideração a princípios constitucionais basilares, tais como os acima mencionados, tampouco permite que este combate se dê de modo incompatível com a própria essência deste Estado, que se autointitula (artigo 1º, *caput,* da CF) Democrático de Direito.

A efetivação da notificação prévia do demandado nas ações de improbidade é importante para que este exerça, mesmo que em fase ainda preambular, seus direitos constitucionalmente assegurados, mas, sobretudo, é importante para que o próprio juiz, quando confrontar o teor da inicial e da manifestação defensiva prévia, possa verificar, tal como também estabelece de modo expresso a Lei n. 8.429/92, se existe justa causa (lastro probatório mínimo) e plausibilidade na respectiva ação, permitindo, desta forma, que somente aquelas que sejam viáveis – mesmo em análise ainda não exauriente – tenham seguimento.

O respeito a esta inovação na Lei de Improbidade Administrativa também é fundamental para que não haja indevida exploração político-eleitoral em ações desta ordem, porquanto, do contrário, mesmo as ações absolutamente frágeis e destituídas de qualquer fundamento fático e jurídico idôneo acabam servindo de expediente para macular a honra de agentes públicos, mácula esta que muitas vezes perdura por anos – isto quando não se torna irreversível – no aguardo da conclusão de processos que poderiam ter sido extintos quase que de imediato.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BASTOS, Rosaura Moreira Brito. **Improbidade Administrativa**: conteúdo jurídico e dimensão constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 12. ed. São Paulo: Del Rey, 2006.

CASTRO LOPES, Maria Elizabeth; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Org). **Princípios Processuais Civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**.12. ed. São Paulo: RT, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed., atualização de MENDES, Gilmar Ferreira e WALD, Arnoldo. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2011.034750-0 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA – ARTIGO 150, § 7º, DA CF – PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA, INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, ILEGITIMIDADE ATIVA, UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO *WRIT* COMO AÇÃO DE COBRANÇA, IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE – REJEITADAS – DIFERENÇA APURADA ENTRE A BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E A BASE DE CÁLCULO DO REAL VALOR DE VENDA DO PRODUTO – RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE APENAS NO CASO DO FATO GERADOR NÃO SE REALIZAR – ORDEM DENEGADA.

- Versando o presente *mandamus* sobre a declaração de eventual direto ao creditamento de valores recolhidos a maior do ICMS, bem como sobre o direito de compensá-los, torna-se dispensável a prova dos elementos concretos da operação que o impetrante pretende realizar, a ser apurada em procedimento específico.

- Caracterizada a relação jurídica de trato sucessivo, esta é renovada mensalmente, legitimando a contagem do prazo para impetração do mandado de segurança a partir de cada ato praticado.

- Inexistindo pedido de recebimento ou compensação de valores pretéritos, não se constata eventual violação às Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

- Tendo a impetrante demonstrado que está sujeita à cobrança do ICMS e não havendo pedido de restituição de valores, resta demonstrada a sua legitimidade ativa.

- Afasta-se a preliminar de impetração contra lei uma vez que a impetrante sofrerá graves consequências caso passe a se creditar do ICMS que entende ter recolhido indevidamente.

- Só é devida a restituição do imposto pago na hipótese de não realização do fato gerador, no caso de substituição tributária progressiva, possuindo a base de cálculo do ICMS caráter definitivo, não sendo devida quando apurada diferença entre a base de cálculo presumida e a base de cálculo do real valor de venda do produto.

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, rejeitar as preliminares, em parte com o parecer. No mérito, denegaram a segurança, com o parecer, unânime. Ausente, justificadamente, o Des. Rubens.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Gazin Indústria e Comércio de Móveis e Eletrodomésticos Ltda., qualificada nos autos, impetra Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado de Fazenda, consubstanciado na vedação ao creditamento dos valores recolhidos a maior a título de Imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS), nas operações de substituição tributária, tendo em vista a diferença entre o valor recolhido pelos fornecedores, em decorrência do *status* de substituto tributário da impetrante, e o valor efetivamente devido, na operação de venda para o consumidor final.

Alega que atua no ramo de industrialização de produtos, estando condicionada, por meio da substituição tributária, à obrigação de pagamento do ICMS, nos termos do artigo 155, II, da Constituição Federal, cumulada com o artigo 32 da Lei Estadual n. 1.810/97, Convênio ICMS n. 13/97 e Decreto n. 12.340/07.

Acrescenta que o tributo pago antecipadamente tem como base de cálculo uma margem de lucro determinada pela pauta fiscal (preço sugerido), para cada um dos produtos revendidos ao consumidor, enquanto os vendedores adotam como base de cálculo os valores reais de venda.

Afirma, no entanto, que os valores das operações de venda dos produtos que comercializa, tem sido, por reiteradas vezes, inferiores àqueles sobre os quais o ICMS, devido por substituição progressiva, foi calculado e recolhido pelos fornecedores, gerando, consequentemente, um pagamento a maior de imposto.

Realça que em decorrência do fato acima, surge o direito de pleitear a restituição dos valores pagos indevidamente, nos termos do artigo 150, § 7º, da CF, somado aos princípios do não-confisco, da capacidade contributiva, da não-cumulatividade, da legalidade e da tipicidade ou, em último caso, a compensação, inserida no artigo 156, II, do Código Tributário Nacional.

Esclarecem que caso credite-se do valor apurado e passe a compensá-los sem autorização judicial estará sujeita às sanções por parte da autoridade impetrada.

Pugna pela concessão de liminar, para assegurar o direito de creditar-se do ICMS pago a maior nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária e compensá-lo, bem como de não sofrer a aplicação de sanções fiscais e medidas coercitivas de qualquer natureza por parte das autoridades coatoras.

Requer a concessão da segurança, para permitir, em definitivo, o seu direito líquido e certo de creditamento dos valores recolhidos indevidamente, em razão da ilegalidade e inconstitucionalidade do artigo 32 da Lei Estadual n. 1.810/97, Convênio ICMS n. 13/97 e Decreto n. 12.340/2007, devendo ser declarado, também, o direito de restituição ou compensação da quantia apurada.

Com a inicial, vieram os documentos de f. 26-235.

A liminar foi indeferida às f. 237-8 e mantida, incólume, em sede de agravo regimental (f. 248).

Notificada, a autoridade coatora prestou informações (f. 251-76), aduzindo, preliminarmente, que o STJ não admite mandado de segurança para no mesmo ato, declarar a ilegalidade do pagamento, a repetição do indébito e a autorização para compensá-lo, sem que a parte interessada apresente o valor do crédito, os comprovantes de pagamento do ICMS e as notas fiscais das operações.

Acrescenta que a prova pré-constituída representa uma das condições da ação do mandado de segurança, como meio de demonstrar o direito líquido e certo, por isso, a sua ausência, impossibilitaria o judiciário de analisar a impetração.

Suscita a inadequação da via eleita, tendo em vista que a impetrante não teria crédito líquido e certo e tampouco reciprocidade (art. 368 e 369 do Código Civil), capaz de autorizar a compensação.

Entende ter ocorrido a decadência, uma vez que as cobranças se iniciaram com o advento do Decreto Estadual n. 12.340/2007 e que a impetrante estaria usando o presente writ como sucedâneo de ação de cobrança.

Sublinha a impossibilidade de postular vantagem patrimonial pretérita, nos termos da Súmula n. 271, do Supremo Tribunal Federal e aponta a ilegitimidade ativa, por inexistir provas de que a impetrante deixou de repassar o ônus financeiro aos consumidores.

Por derradeiro, afirma se tratar de impetração contra lei em tese, pois se limita a questionar norma tributária material que tem presunção de constitucionalidade, esbarrando, com isso, na Súmula n. 266, do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, alega que: a) a Jurisprudência do STF e do STJ são pacíficas no sentido de que o fato gerador presumido é definitivo, não havendo direito de restituição de valor pago eventualmente a maior; b) o convênio de ICMS CONFAZ n. 13/97 veda a restituição do imposto, na modalidade de substituição tributária, independentemente se realizada com valor superior ou inferior àquele estabelecido com base no artigo 8º, da Lei Complementar n. 87/96; c) a sistemática da substituição tributária não ofende os princípios da não-cumulatividade e da vedação ao confisco; d) o fato gerador presumido na substituição tributária não pode ser confundido com arbitramento fiscal; e) a base de cálculo fictícia da substituição foi objeto de análise pelo plenário do STF (ADIN n. 1.851/AL), que reconheceu a sua legalidade; f) a base de cálculo do ICMS questionada pela impetrante foi aferida por meio de pesquisas de preços, realizadas nos moldes do artigo 8º da LC n. 87/96, que regulamenta o artigo 155, § 2º, XII, da CF, não havendo, portanto, características de aleatoriedade.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer (f. 280-301), opinando pelo acolhimento das preliminares de ausência de prova pré-constituída, inadequação da via eleita e afronta às Súmulas n. 269 e n. 271 do STF, afastando-se as demais arguidas e, no mérito, pela denegação da segurança.

VOTO

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

Gazin Indústria e Comércio de Móveis e Eletrodomésticos Ltda., qualificada nos autos, impetra Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado de Fazenda, consubstanciado na vedação ao creditamento dos valores recolhidos a maior a título de Imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS), nas operações de substituição tributária, tendo em vista a diferença entre o valor recolhido pelos fornecedores, em decorrência do *status* de substituto tributário da impetrante, e o valor efetivamente devido, na operação de venda para o consumidor final.

Alega que atua no ramo de industrialização de produtos, estando condicionada, por meio da substituição tributária, à obrigação de pagamento do ICMS, nos termos do artigo 155, II, da Constituição Federal, cumulada com o artigo 32 da Lei Estadual n. 1.810/97, Convênio ICMS n. 13/97 e Decreto n. 12.340/07.

Acrescenta que o tributo pago antecipadamente tem como base de cálculo uma margem de lucro determinada pela pauta fiscal (preço sugerido), para cada um dos produtos revendidos ao consumidor, enquanto os vendedores adotam como base de cálculo os valores reais de venda.

Afirma, no entanto, que os valores das operações de venda dos produtos que comercializa, tem sido, por reiteradas vezes, inferiores àqueles sobre os quais o ICMS, devido por substituição progressiva, foi calculado e recolhido pelos fornecedores, gerando, consequentemente, um pagamento a maior de imposto.

Realça que em decorrência do fato acima, surge o direito de pleitear a restituição dos valores pagos indevidamente, nos termos do artigo 150, § 7º, da CF, somado aos princípios do não-confisco, da capacidade contributiva, da não-cumulatividade, da legalidade e da tipicidade ou, em último caso, a compensação, inserida no artigo 156, II, do Código Tributário Nacional.

Esclarecem que caso credite-se do valor apurado e passe a compensá-los sem autorização judicial estará sujeita às sanções por parte da autoridade impetrada.

Pugna pela concessão de liminar, para assegurar o direito de creditar-se do ICMS pago a maior nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária e compensá-lo, bem como de não sofrer a aplicação de sanções fiscais e medidas coercitivas de qualquer natureza por parte das autoridades coatoras.

Requer a concessão da segurança, para permitir, em definitivo, o seu direito líquido e certo de creditamento dos valores recolhidos indevidamente, em razão da ilegalidade e inconstitucionalidade do artigo 32 da Lei Estadual n. 1.810/97, Convênio ICMSn. 13/97 e Decreto n. 12.340/2007, devendo ser declarado, também, o direito de restituição ou compensação da quantia apurada.

Com a inicial, vieram os documentos de f. 26-235.

A liminar foi indeferida às f. 237-8 e mantida, incólume, em sede de agravo regimental (f. 248).

Notificada, a autoridade coatora prestou informações (f. 251-76), aduzindo, preliminarmente, que o STJ não admite mandado de segurança para no mesmo ato, declarar a ilegalidade do pagamento, a repetição do indébito e a autorização para compensá-lo, sem que a parte interessada apresente o valor do crédito, os comprovantes de pagamento do ICMS e as notas fiscais das operações.

Acrescenta que a prova pré-constituída representa uma das condições da ação do mandado de segurança, como meio de demonstrar o direito líquido e certo, por isso, a sua ausência, impossibilitaria o judiciário de analisar a impetração.

Suscita a inadequação da via eleita, tendo em vista que a impetrante não teria crédito líquido e certo e tampouco reciprocidade (art. 368 e 369 do Código Civil), capaz de autorizar a compensação.

Entende ter ocorrido a decadência, uma vez que as cobranças se iniciaram com o advento do Decreto Estadual n. 12.340/2007 e que a impetrante estaria usando o presente *writ* como sucedâneo de ação de cobrança.

Sublinha a impossibilidade de postular vantagem patrimonial pretérita, nos termos da Súmula n. 271, do Supremo Tribunal Federal e aponta a ilegitimidade ativa, por inexistir provas de que a impetrante deixou de repassar o ônus financeiro aos consumidores.

Por derradeiro, afirma se tratar de impetração contra lei em tese, pois se limita a questionar norma tributária material que tem presunção de constitucionalidade, esbarrando, com isso, na Súmula n. 266, do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, alega que: a) a Jurisprudência do STF e do STJ são pacíficas no sentido de que o fato gerador presumido é definitivo, não havendo direito de restituição de valor pago eventualmente a maior; b) o convênio de ICMS CONFAZ n. 13/97 veda a restituição do imposto, na modalidade de substituição tributária, independentemente se realizada com valor superior ou inferior àquele estabelecido com base no artigo 8º, da Lei Complementar n. 87/96; c) a sistemática da substituição tributária não ofende os princípios da não-cumulatividade e da vedação ao confisco; d) o fato gerador presumido na substituição tributária não pode ser confundido com arbitramento fiscal; e) a base de cálculo fictícia da substituição foi objeto de análise pelo plenário do STF (ADIN n. 1.851/AL), que reconheceu a sua legalidade; f) a base de cálculo do ICMS questionada pela impetrante foi aferida por meio de pesquisas de preços, realizadas nos moldes do artigo 8º da LC n. 87/96, que regulamenta o artigo 155, § 2º, XII, da CF, não havendo, portanto, características de aleatoriedade.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer (f. 280-301), opinando pelo acolhimento das preliminares de ausência de prova pré-constituída, inadequação da via eleita e afronta às Súmulas n. 269 e n. 271 do STF, afastando-se as demais arguidas e, no mérito, pela denegação da segurança.

Por questão de prejudicialidade, passo à análise das preliminares.

I – Ausência de prova pré-constituída e Inadequação da Via Eleita

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Resp 1.111.164/BA, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, sob o regime do art. 543-C, consolidou o entendimento segundo o qual "[...] *será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar*."

Ocorre, que a impetrante se limitou a pedir a declaração do direito ao creditamento dos valores recolhidos a maior, bem como do direito de compensá-los, tratando-se, portanto, de pedidos genéricos, os quais, se concedidos, deverão ser implementados em procedimento específico, de natureza administrativa ou judicial, onde serão exigidas, todas as provas necessárias, quanto à diferença de valores efetivamente recolhidos.

A eventual concessão da ordem, portanto, limitar-se-á aos efeitos declaratórios, na linha da orientação da Súmula n. 213/STJ[1], apenas para reconhecer à impetrante o direito ao aproveitamento de créditos do ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária quando o valor da operação for inferior à base de cálculo presumida.

Assim, não cabe aqui fazer juízo específico sobre os valores a serem aproveitados, e nem sobre o ato de compensação em concreto, razão pela qual se rejeita a preliminar.

II - Decadência

A jurisprudência do STJ adota posicionamento no sentido de que, nas relações de trato sucessivo, como é o caso dos autos, onde se discute a possibilidade de creditamento da diferença do valor de ICMS, decorrente da base de cálculo presumida e a operação tributada, não se pode falar em decadência, pois a suposta abusividade do ato se renova mês a mês. (MS n. 9.636/DF)

Assim, rejeito a preliminar.

1 O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

III - Vedação ao uso do *mandamus* como sucedâneo de ação de cobrança, bem como para obter vantagem pretérita.

No caso, conforme destacado anteriormente, a impetrante pretende apenas a declaração do seu direito à restituição/compensação do crédito de ICMS recolhido a maior, e que será futuramente objeto de liquidação.

Em momento algum se busca receber ou compensar valores pretéritos por meio desta ação, inexistindo violação ao comando das Súmulas n. 269 e n. 271 do STF.

Dessa forma, como não existe óbice para o conhecimento das matérias deduzidas na inicial, rejeito a preliminar.

IV – Ilegitimidade Ativa

O ICMS, por se tratar de imposto indireto, exige, para a sua restituição, comprovante de que a parte tenha, de fato, assumido o encargo ou que esteja agindo mediante autorização do terceiro que teria direito a recebê-la, consoante dispõe o artigo 166 do CTN.

Entretanto, no caso em tela, a impetrante além de não pretender, neste ato, a restituição dos valores, demonstrou estar sujeita à cobrança do ICMS a maior, logo, tem legitimidade para questioná-lo em juízo.

Consequentemente, rejeito a preliminar.

V- Impetração contra lei em tese

Conforme arrolado às f. 22, a impetrante sofrerá graves conseqüências caso passe a se creditar do ICMS que entende ter recolhido indevidamente, pelo que se pode concluir que a norma impugnada gera efeitos concretos.

Rejeito a preliminar.

VI - Mérito

Revelam os autos que a impetrante pretende afastar a aplicação do artigo 32 da Lei Estadual n. 1.810/1997, do Convênio ICMS n. 13/97 e do Decreto n. 12.340/2007, para que lhe seja assegurado o direito de aproveitar o crédito acumulado em decorrência do recolhimento a maior do ICMS no regime de substituição tributária "para frente", prevista no artigo 150, § 7º, da CF[2].

De acordo com Eduardo Sabbag, na aplicação do instituto em referência "*o contribuinte do ICMS é substituído por um terceiro vinculado à circulação da mercadoria, como o fabricante ou o fornecedor dela, de modo que quando a mercadoria sai da fábrica ou do depósito do fornecedor, o substituto responsável tem a obrigação de recolher o tributo antecipadamente, tendo por base de cálculo valor estipulado pelo fisco, de acordo com as leis que regem a matéria. Diz-se que nesse caso é presumido o fato gerador que acontecerá posteriormente. Parte-se do pressuposto de que o fato imponível ocorrerá no futuro, o que torna válido cobrar o tributo, antecipadamente, do substituto*".[3]

A Constituição Federal, no § 2º, inciso I, do art. 155, por sua vez, estabelece o princípio da não-cumulatividade do ICMS, ao estatuir que "*O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I - será*

2 Art. 150. [...]
§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.(Incluído pela Emenda Constitucional n. 3 de 1993)

3 **Direito Tributário**. São Paulo: Editora Premier, 2006, p.342.

não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

Assim, quando o contribuinte vender a mercadoria, não terá mais que pagar o ICMS devido em tal operação, porque ele já foi anteriormente recolhido por um terceiro a quem a lei atribuiu a responsabilidade.

A questão dos autos envolve discussão acerca da existência de recolhimento a maior de ICMS, a título de substituição tributária, as operações em que o valor de venda dos produtos pela impetrante foi inferior ao efetivamente tributado, em decorrência de "descontos" concedidos em suas notas fiscais, os quais não eram deduzidos para efeito de base de cálculo.

Ocorre que pela leitura do artigo 150, § 7º da CF, extrai-se, com clareza, que cabe a restituição da quantia paga somente em caso de inocorrência do fato gerador presumido, e não naqueles em que o preço praticado é inferior ao utilizado para efeito de recolhimento do tributo devido em relação às etapas subsequentes da cadeia de circulação da mercadoria. *In casu*, mesmo que a preços inferiores, como alegado pela impetrante, **o fato gerador se realizou**.

Além do citado dispositivo, o art. 10 da LC n. 87/90, bem como o art. 22, § 11 da Lei n. 6.763/75 falam em "imediata e preferencial" restituição da quantia paga, na hipótese de substituição tributária, caso não se realize o fato gerador presumido.

Embora muito já se tenha controvertido acerca da matéria, a orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal se encontra pacificada, conforme julgados abaixo:

> A tese da agravante não foi acolhida pelo Plenário desta Corte que, ao julgar o mérito da ADI n. 1.851, entendeu que o § 7º do art. 150 da Constituição **não garante ao contribuinte o direito de se creditar da diferença do ICMS**, recolhido sob o regime de substituição tributária "para frente", **quando o valor estimado para a operação final for maior que o efetivamente praticado**. Agravo regimental improvido.[4] (grifo nosso)

> Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. ICMS. Substituição tributária. Venda de automóvel por preço inferior ao estipulado pela fábrica. Restituição. Art. 150, § 7º, da Constituição Federal. 3. Restituição que se restringe apenas à hipótese de não ocorrer o fato gerador presumido, não havendo que se falar em tributo pago a maior ou a menor por parte do contribuinte substituído. Precedentes 4. Agravo regimental a que se nega provimento.[5]

No mesmo sentido, este Sodalício decidiu:

> APELAÇÃO CÍVEL – LEGALIDADE DO SISTEMA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA E DA IMPOSSIBILIDADE DA RESTITUIÇÃO DE VALORES FORA DA HIPÓTESE CONSTITUCIONAL – ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO.
>
> Se a administração pública, incluindo o Fisco, deve ser regida pela legalidade estrita (art. 37, *caput* c.c. inciso I art. 150, ambos da CF/88) os casos de restituição de indébito da substituição tributária progressiva deve ser somente na única hipótese expressa no § 7º do art. 150 da CF/88, o que não inclui a discordância de valores entre o valor da pauta e o de mercado. Portanto sendo este o pedido trazido pela heterocomposição, deve ser afastado sem que se fale em violação ao art. 97, § 1º c.c. art. 145, § 1º c.c 148, ambos do CTN e art.

4 REsp n. 354.035 em AgReg/MG, Relª. Minª. Ellen Gracie, julgado em 19.12.2002.

5 REsp n. 397677em AgReg/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 29.11.2005.

146, III, "a" e inciso I e Ivn do art. 150, todos da CF/88, art. 90 do Decreto Lei n. 406/68 e art. 1º, § 2º da Lei Complementar n. 116/2003.[6]

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

A regra prevista no § 7º artigo 150 da Constituição Federal somente autoriza a restituição da quantia paga a título de tributo quando o fato gerador não ocorrer.

Não se aplica tal regra no caso de pagamento a maior de tributo em valores diversos daqueles objetos da pauta fiscal de substituição tributária.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal.[7]

O fundamento da impetrante, estaria na interpretação que entende deva ser dada ao § 7º, do art. 150, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que a restituição do imposto anteriormente pago deverá ocorrer não somente quando o fato gerador presumido não se realizar, mas também quando ele se concretizar por preço inferior ao estimado.

Contudo, não se pode olvidar que o objetivo do regime de substituição tributária é o de evitar a sonegação fiscal, nas áreas econômicas em que ela é mais suscetível. Daí a impossibilidade de restituição de qualquer diferença do tributo, que foi definitivamente recolhido.

Aliás, se o contribuinte substituído vier a comercializar a mercadoria por preço superior ao inicialmente estimado, também não precisará recolher qualquer diferença do ICMS, o que garante isonomia de tratamento tributário (art. 5º, *caput* e 150, inciso II, da Constituição de 1988).

Assim, como a impetrante não nega a ocorrência do fato gerador presumido, mas tão somente afirma que a venda se deu por menor valor, resta vedada a possibilidade de creditamento da diferença do ICMS, eis que o legislador deixou de inserir qualquer ressalva no artigo 150, § 7º, da CF, não podendo o judiciário fazê-la, sob pena de usurpação de competência.

Como se verifica, fixando a lei o fato gerador presumido, este se torna definitivo e não há se falar em pagamento de imposto a maior em relação à efetiva venda da mercadoria. Isto é, a presunção legal da base de cálculo é *iuris et de iure* e, portanto, definitiva. Vê-se que, por disposição legal, o valor da operação foi excluído da aferição da base de cálculo quando submetida à substituição tributária. Em seu lugar vige a base de cálculo presumida. Não há se falar, portanto, em valor real da operação.

Com efeito, o texto constitucional apresenta-se como porto seguro para os necessários limites da interpretação. Segundo os ensinamentos de Pedro Lenza[8], "*não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquele objetivada pelo legislador e com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador*".

Tendo em vista que a interpretação conferida pela impetrante levaria à falência do instituto da substituição tributária, constitucionalmente prevista, inexiste direito líquido e certo a ser tutelado.

Por fim, insta salientar que o Estado de Mato Grosso do Sul é signatário do Convênio ICMS/CONFAZ n. 13/97, o qual estabelece, expressamente, que o contribuinte, na modalidade de substituição

6 AC n. 2007.007227-7, Primeira Turma, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 20.10.2009.

7 AC n. 2004.013752-9, Primeira Turma, Rel Des. Sérgio Martins, julgado em 25.03.2008.

8 **Direito Constitucional Esquematizado**, 15. ed., p. 150.

tributária, não terá direito à restituição do ICMS caso a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º, da Lei Complementar n. 87/96.

Em face do exposto, com o parecer, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES, EM PARTE COM O PARECER. NO MÉRITO, DENEGARAM A SEGURANÇA, COM O PARECER, UNÂNIME. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O DES. RUBENS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

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, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Agravo n. 2011.034394-2 - Naviraí
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEDIDA ANTECIPATÓRIA CONCEDIDA – REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC PRESENTES – *DECISUM* MANTIDO – SUSPENSÃO DE LEI, CUJO PROJETO FOI VOTADO EM DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE, BEM COMO ÀS DIRETIVAS REGIMENTAIS DA CÂMARA MUNICIPAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Extraível, num juízo perfunctório, do conteúdo fático-probatório a presença concomitante dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, sua concessão é medida que se impõe, pois representa, em última análise, direito de acesso às garantias do devido processo legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 1 de fevereiro de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Município de Naviraí agravou da decisão, proferida nos autos da Ação Civil Pública Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que deferiu a medida antecipatória de suspensão da eficácia da Lei n. 1.567/2011 até o julgamento final da lide.

Asseverou, em resumo, a impossibilidade do cumprimento da decisão por perda de objeto, uma vez que a combatida Lei n. 1.567/2011 já se exauriu com a transferência da titularidade do imóvel a terceiro.

Ponderou também que não foi invocado o controle difuso de constitucionalidade da lei municipal para que se pudesse suspender seus efeitos, ademais se considerada a aventada ofensa ao princípio da impessoalidade.

Argumentou a existência de *periculum in mora* inverso em decorrência da impossibilidade de cumprimento da decisão.

Assim, requereu o provimento recursal para revogar a tutela concedida.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 310-1).

O magistrado *a quo* prestou as informações de estilo às f. 314.

O *Parquet* apresentou resposta às f. 315-21, pugnando pela manutenção do *decisum* vergastado.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Inicialmente, urge destacar que o objeto aventado no presente instrumental cinge-se à matéria decidida e posta à reapreciação, ou seja, o *decisum* de f. 271-8, ou seja, a presença ou não dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada, não comportando análise por ora de demais matérias estranhas a ele, sob pena de julgamento *per saltum*.

Fixada o conteúdo *sub examine*, impende destacar que a atividade jurisdicional representa a resposta dada pelo Estado à proibição da autodefesa, sendo, então, necessário proporcionar ao titular de um interesse juridicamente protegido exatamente aquilo que o direito substancial lhe concede, mas que por alguma razão, não foi possível efetivar-se naturalmente.

Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria[1].

Em preciosa lição, José Roberto dos Santos Bedaque[2], bem pontifica:

> A garantia constitucional da tutela jurisdicional somente se cumpre efetivamente se forem asseguradas plenas condições da obtenção tempestiva da proteção requerida. Isso pressupõe o poder de pleitear a adoção, de medidas idôneas e suficientes para adequar em, em tempo hábil, a situação de fato à realidade jurídica afirmada. São providências destinadas a eliminar os inconvenientes causados pelos efeitos do tempo necessário à plena cognição dos fatos e fundamentos desse suposto direito.
>
> Inafastável, portanto, a necessidade de o sistema processual prever e regular uma providência jurisdicional destinada a eliminar qualquer risco decorrente da demora na oferta da prestação requerida. Trata-se, sem dúvida, de proteção inerente à garantia constitucional da ação, que não pode ser objeto de restrição por parte do legislador ordinário.
>
> O acesso à justiça assegurado na Constituição não está limitado às tutelas definitivas e satisfativas. A tutela cautelar de urgência deve ser incluída, portanto, no âmbito de proteção que a Constituição Federal confere ao direito de ação, que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional. (g.n.)

Pois bem, os provimentos antecipatórios decorrem do exercício de cognição sumária, pressupondo uma situação processual de urgência e, igualmente, uma necessidade de se conferir efetividade ao processo, com o deferimento de prestação jurisdicional instante e apta a eliminar o dano ou a ameaça de direito[3]. Para tanto, exsurge relevante o disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil:

1 BEDAQUE, José Roberto dos Santos in Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 5. ed., 2009, Editora Malheiros, p. 13 e 19.

2 Ob. cit., p. 85.

3 CUNHA da, Leonardo José Carneiro in A Fazenda Pública em Juízo, 7. ed., 2009, Editora Dialética, p. 243.

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
>
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
>
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Extrai-se da redação do artigo citado dois pressupostos para a concessão da tutela antecipada, quais sejam, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

Por prova inequívoca, tem-se aquela robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probalidade, o que é perfeitamente viável no contexto de cognição sumária[4].

Já a verossimilhança a ser exigida do julgador, deve sempre considerar: o valor do bem jurídico ameaçado de lesão; a dificuldade de se provar a alegação; a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação; e a própria urgência[5]. De forma que o juízo de verossimilhança é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor

Aos pressupostos concorrentes acima referidos deve estar agregado, sempre, pelo menos um dos seguintes pressupostos alternativos: (a) o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou (b) o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

O dano que enseja a tutela antecipatória consubstancia-se naquele dano concreto (não-eventual), atual (iminente ou consumado) e grave (capaz de lesar significantemente a esfera jurídica da parte)[6].

De uma análise detida dos autos, é possível inferir com elevado índice de certeza a ocorrência concomitante dos requisitos autorizadores da tutela pleiteada, pois, num juízo perfunctório, houve o malferimento aos princípios da impessoalidade e da moralidade, bem como ao artigo 83, I, do Regimento Interno da Câmara Municipal que expressamente prevê a vedação de participação de vereador na votação de projeto de lei, no qual tenha interesse direto e pessoal. Aliás, tal interesse restou corroborado pelo financiamento em 46,85% da campanha eleitoral do vereador Vanderlei Chagas pela empresa JC dos Santos & CIA LTDA, de propriedade do irmão do referido vereador, José Chagas dos Santos (f. 83 e 86).

Portanto, ao ser posto para votação o Projeto de Lei n. 22/2011 deveria o vereador Vanderlei Chagas ter se abstido de se manifestar ante o interesse pessoal e direto que pendia sobre si, contudo não o fez. E, como agravante, após a votação realizada no dia 16 de maio de 2011 (f. 58), fora interposto recurso pelo vereador Antonio Carlos Klein (f. 50-2), dentro do prazo consignado no artigo 132 do Regimento Interno da Câmara Municipal, no entanto, antes mesmo de sua apreciação, o Prefeito sancionou e promulgou a Lei n. 1.567/2011 em 18 de maio de 2011, decorrente da impugnada votação do projeto mencionado.

Havendo, ao que o conteúdo fático-probatório encartado até o momento indica, infringência a mandamento constitucional e regimental, resta eivado de vício o ato administrativo que transferiu a propriedade decorrente da vinculação a que estava adstrito.

Consectariamente, patente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que com o título de propriedade o terceiro beneficiado começou a realizar obras no imóvel *sub judice*, complicando ainda mais a situação em litígio.

4 DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paulo Sarno e OLIVEIRA, Rafael in Curso de Direito Processual Civil, volume 2, 4. ed., 2009, Editora Jus Podivm, p. 488.
5 MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel in Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, 2008, Editora RT, p. 271.
6 MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel in op. cit., p. 269.

A propósito:

> EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA ANTECIPADA PARA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE – DEMONSTRAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 273 DO CPC – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.
>
> O art. 273 do Código de Processo Civil, por prever medida excepcional de urgência, exige a presença cumulativa de dois requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, de modo que, constatando-se a presença da prova inequívoca da verossimilhança das alegações da requerente e também do periculum in mora, a medida deve ser mantida.
>
> [...] (Ag n. 2011.026149-9, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 22.11.2011) (g.n.)
>
> EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC PRESENTES – TUTELA DEFERIDA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.
>
> Para concessão da tutela antecipada se faz necessária a verificação da existência dos requisitos previstos no art. 273 do CPC, ou seja, verossimilhança do direito alegado, prova inequívoca e perigo ou receio de dano com a demora da prestação jurisdicional. (TJMS, Ag n. 2011.033037-8, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 13.12.2011) (g.n.)

Ressalte-se, por outro vértice também, preciosa lição de Teresa Arruda Alvim Wambier *in* Nulidades do Processo e da Sentença, 6. Ed., 2007, Editora Revista dos Tribunais, p. 299-300:

> O juiz pode decidir a causa baseando-se em outro texto legal que não o invocado pela parte, mas não lhe é dado escolher, dos fatos provados, qual deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente daquele alegado pela parte, como fundamento de sua pretensão.
>
> [...]
>
> É importante que se sublinhe que alterar-se o fundamento jurídico da inicial (qualificação jurídica da causa de pedir, e não a sua versão fática) na sentença não a torna *extra petita*. A subsunção do fato à norma é dever do juiz: pode a sentença, ao julgar ação em que se deu equivocada denominação jurídica ao fato, promover a correta interpretação do direito, o que não gera nulidade de tal ato processual. Trata-se, aliás, de um dever do juiz. (g.n.).

Assim sendo, diante dos fatos apontados como maculados pelo Ministério Público Estadual, posicionou-se o magistrado *a quo*, como deve continuar agindo ao longo do processo, pois se trata da aplicação dos princípios do Direito Romano *da mihi factum, dabo tibi jus* e *jura novit curia*, ou seja, "cabe exclusivamente ao julgador a aplicação do direito à espécie, fixando as conseqüências jurídicas diante dos fatos narrados pelas partes" (STJ, ED no REsp n. 472.533/MS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 26.9.2005), de modo que nada importa a invocação ou não de determinada nomenclatura ou consequência jurídica para os vícios narrados, já que compete ao julgador fixá-la.

Não há falar, ademais, que obstaculizada a antecipação de tutela em razão do registro público de transferência do imóvel, pois há previsão explícita na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), *in verbis*:

> Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.
> [...]
> II - a averbação:
> [...]
> 12) - das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados. (g.n.)

Destarte, a decisão pode e deve ser averbada no registro do imóvel como forma de garantir efetivamente seu cumprimento integral.

Inexistindo reparos a serem feitos, a manutenção do *decisum* é medida de rigor.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 1 de fevereiro de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.037588-4 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL – SINISTRO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – PREÇO DO VEÍCULO NOVO – EXIGÊNCIA DO VALOR INTEGRAL DO PRÊMIO – PRORROGAÇÃO TÁCITA DA CLÁUSULA PREVENDO TAL INDENIZAÇÃO EM CASO DE SINISTROS OCORRIDOS ATÉ 90 DIAS DA DATA DA ENTREGA DO VEÍCULO NOVO – VALOR DA VERBA HONORÁRIA – PREJUDICIALIDADE – RECURSO PROVIDO.

O art. 781 do Código Civil estabelece que "A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador.", razão pela qual o valor da indenização é calculado com referência ao valor do bem na época do sinistro e não do ajuste. Contudo, por força do princípio da eticidade, que permeia o Código Civil, estabelecendo a vedação ao enriquecimento sem causa, se o valor da indenização for inferior ao valor indicado na apólice, faz-se necessária a redução proporcional do valor do prêmio. Tal circunstância, aliada à existência de cláusula prevendo indenização pelo preço do veículo novo, em caso de sinistro ocorrido até 90 dias da sua entrega, bem como a constatação da ocorrência do sinistro apenas um dia depois do vencimento desse prazo, reputa-se tacitamente prorrogada essa cláusula de cobertura especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 8 de fevereiro de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Nilson Fernando de Oliveira – ME - apelou da sentença que rejeitou o pedido formulado nos autos da Ação de Cobrança ajuizada em face de Mitsui Sumitomo S/A.

Asseverou que por força do disposto nos artigos 757 e 776 do Código Civil e considerando que o contrato de seguro celebrado entre as partes tem como valor base o do veículo automotor zero quilômetro segurado, a indenização no caso de furto deste deveria corresponder à importância fixada na avença, sem variação do prêmio.

Relatou em seguida que a sentença contraria entendimento sedimentado neste Tribunal de Justiça, segundo o qual o prêmio deve corresponder ao valor mencionado na apólice e não ao valor de mercado do veículo quando verificada a perda total.

Ponderou também que contrariando o que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, "[...] *o recorrente não teve acesso as cláusulas contratuais e nem mesmo foi oferecido alternativas para outra modalidade de indenização, sendo que só recebeu a apólice contendo as cláusulas contratuais depois de 2 (meses) de ter contratado o seguro, onde já não poderia alterar as clausulas contratuais por se tratar de contrato típico de adesão*" (f. 119) [sic].

Explicou ainda que não houve impugnação da apólice acostada aos autos pela apelada porque ela foi apresentada com a peça vestibular e que o julgado do Superior Tribunal de Justiça citado na sentença não se coaduna com o raciocínio nela defendido, mas sim com a pretensão do apelante.

Insurgiu-se, por fim, contra o valor dos honorários advocatícios, porque entende que ele destoa dos parâmetros dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, visto que o advogado da apelada não compareceu à audiência designada e somente apresentou duas petições, a contestação e o pedido de produção de provas.

Terminou pedindo o provimento do recurso, para reformar a sentença e, assim, acolher o pedido inicial.

A seu turno, a apelada, em contrarrazões (f. 155-60), defendeu a manutenção *in totum* da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Nilson Fernando de Oliveira – ME - ajuizou Ação de Cobrança em face de Mitsui Sumitomo S/A com o propósito de receber a quantia de R$ 13.668,84 (treze mil, seiscentos e sessenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), relativa à diferença entre a indenização paga pela seguradora – R$ 108.831,16 (cento e oito mil, oitocentos e trinta e um reais e dezesseis centavos) – e o valor que acredita estar ajustado na apólice – R$ 122.500,00 (cento e vinte e dois mil e quinhentos reais).

Esclarece, em resumo, que no dia 16 de abril de 2009 adquiriu da concessionária Kampai Motors Ltda. uma caminhonete Hilux SRV, por R$ 122.500,00 (cento e vinte e dois mil e quinhentos reais); e, na mesma oportunidade, contratou o seguro automotivo, pelo qual pagou R$ 5.731,88 (cinco mil, setecentos e trinta e um reais e oitenta e oito centavos), em 6 parcelas (sendo a primeira de R$ 1.241,83 e as outras 5 no valor de R$ 748,29) e cuja apólice somente recebeu em junho daquele ano.

No dia 29 de julho de 2009, na cidade de Corumbá/MS, o veículo foi roubado e a seguradora foi imediatamente comunicada de tal fato, sendo que, ato contínuo, embora tenha informado à apelante que a indenização importaria no valor do automóvel zero quilômetro, mas, apesar disso, alegando haver expirado o prazo para tanto, efetuou o pagamento correspondente ao exercido pelo mercado, conforme divulgação pela tabela FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas.

A autora discorda do valor recebido da seguradora, por entender que o contrato de seguro tem como base o valor do veículo zero quilômetro, daí que o valor pago não pode corresponder ao valor do automóvel semi-novo, mas sim aquele sobre o qual foi cobrado o prêmio, jusficando, então, sua pretensão de receber R$ 13.668,84 (treze mil, seiscentos e sessenta e oito reais e oitenta e quatro centavos).

O julgador de primeiro grau rejeitou o pedido inicial, ao argumento de que a autora, ao contratar o seguro do seu carro, poderia ter escolhido entre as modalidades de cobertura de valor determinado e de valor de mercado referenciado, sendo que optou por esta última, daí que, por isso, não há direito à indenização equivalente ao preço do bem novo.

A pretensão inicial está escorada na tese de que o valor da indenização do seguro deve corresponder ao preço do bem segurado na data da contratação, valor considerado para o cálculo do prêmio. Esse entendimento, de fato, prevalecia na jurisprudência pátria até o advento no Código Civil de 2002, que prevê, em seu art. 781:

> A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador. (grifei)

Sobre as alterações trazidas pelo texto legal, Jones Figueiredo Alves, Desembargador do Tribunal de Justiça pernambucano e Assessor da Relatoria-Geral da Comissão Especial do Novo Código civil da Câmara dos Deputados, tece relevantes considerações:

> A indenização pelo limite máximo da apólice, a saber aquele cogitado como valor do interesse assegurado por ocasião da conclusão do contrato, sempre gerou embate doutrinário e jurisprudencial, entendendo-se compatível e justo aquela corresponder ao valor da apólice, na hipótese do perecimento da coisa, inclusive porque, 'se (a seguradora) aceitou segurar o bem por valor superior, e recebeu o prêmio sobre esse mesmo valor, não pode reduzir o pagamento do bem sinistrado [...]' (RT, 730/222). Agora, ao ficar expresso que a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, tem-se uma nova realidade temporal em termos de significado econômico do bem, apurando-se a sua expressão ao ensejo do evento danoso, que, por logicidade, representa o que implicou, efetivamente, prejuízo ao titular do interesse. Ponderável essa correlação, tem-se, por outro lado, o limite valorativo do bem jungido ao teto do valor da apólice, porque a este correspondeu o valor do prêmio. Mas é preciso ainda admitir e ponderar que, vindo o valor da indenização a ser menor do que aquele mensurado ao tempo do ajuste e fixado na apólice, o prêmio pago será superior ao aqui estabelecido pelo valor do interesse assegurado no momento do sinistro, caso em que terá de ser reduzido, com a diferença acrescida ao pagamento indenizatório. Essa conciliação de interesses afigura-se corolário do princípio da eticidade que timbra o NCC, pois nenhuma das partes deve obter vantagem indevida em detrimento do patrimônio da outra. (**Novo Código Comentado**, 5. ed., Saraiva, 2006, p. 639).

Portanto, a partir da norma contida no art. 781, do Código Civil, e em conformidade com a melhor lição doutrinária, o valor da indenização devida ao segurado é aquele correspondente ao bem protegido na época do sinistro, e não aquele da data do ajuste.

Não se pode perder de vista, entretanto, que essa realidade traz como conseqüência a necessidade de abatimento do preço do prêmio do seguro, pois, conforme ressaltado, nenhuma das partes deve obter vantagem indevida em detrimento do patrimônio da outra. E se o prêmio do seguro é calculado de acordo com a avaliação vigente à época do ajuste, fixada a indenização com fulcro na avaliação vigente na data do sinistro (notadamente menor), como manda a lei, o prêmio deverá ser proporcionalmente reduzido, sob pena de enriquecimento sem causa.

Estabelecida essa premissa, compulsando detidamente o caderno processual, verifica-se que quando da liquidação do seguro foi estabelecida a indenização no valor de R$ 108.831,16 (valor de mercado do bem segurado na data do sinistro), dos quais foram deduzidos R$ 2.993,16 a título de saldo devedor do prêmio

(equivalente a 4 parcelas de R$ 748,29). Vale dizer, a seguradora cobrou prêmio equivalente ao valor do veículo novo, muito embora tenha liquidado a indenização pelo valor de mercado, ou seja, usado.

De tudo quanto exposto, é possível extrair dessas circunstâncias duas realidades juridicamente plausíveis. Numa, o prêmio exigido a maior trouxe enriquecimento sem causa à seguradora, fazendo jus, o segurado, à repetição da diferença, nos termos das leis civil e consumerista. Noutra, o segurado faz jus à indenização pelo valor do veículo novo, nos termos da apólice, pois se a seguradora exigiu o prêmio integral, significa que aceitou o pagamento da indenização integral, correspondente ao preço do veículo novo. E tanto isso é possível que o Manual do Segurado prevê hipótese de pagamento de indenização pelo preço do veículo novo até 90 dias depois da entrega, pela concessionária. Confira:

> 7.5 Não obstante o disposto 7.4, para os veículos novos 0 Km, ocorrendo indenização integral, a indenização corresponderá ao valor do veículo novo 0 Km de idênticas características, obtido na tabela de referência, FIPE/USP, na data da liquidação do sinistro, desde que satisfaça as seguintes condições:
>
> 7.5.1 a cobertura do seguro tenha iniciado antes da saída do veículo do concessionário contratado no prazo máximo de 3 dias corridos da data de retirada do veículo do revendedor ou concessionário autorizado pelo fabricante;
>
> 7.5.2 trate-se de primeiro sinistro com o veículo segurado;
>
> 7.5.3 Indenização integral tenha ocorrido dentro do prazo de 90 (noventa) dias contados da data de aquisição do veículo em revendedor ou concessionário autorizado pelo fabricante e esteja em vigor a garantia concedida pelo mesmo. (f. 36) [destaquei]

A cláusula estabelece o direito à indenização pelo preço do veículo zero quilômetro, em caso de ocorrência do sinistro no prazo de 90 dias, contados da data da aquisição. Nada impede que a seguradora prorrogue esse prazo e promova a liquidação por aquele preço mesmo depois de ultrapassados os 90 dias. E a prorrogação, na espécie, é bastante plausível, tendo em vista que o sinistro ocorreu apenas 1 dia depois de expirados os 90 dias, a que se refere a cláusula transcrita.

Segundo a seguradora, a tradição ocorreu no dia 17 de abril de 2009, conforme consta da proposta de seguro (f. 71). A apólice (f. 28), entretanto, prevê que a vigência do seguro teve início no dia 29 de abril de 2009, conforme reconhece também a seguradora, na contestação (f. 62).

Se é certo que o seguro foi contratado na própria concessionária, já no ato de realização do negócio de aquisição do veículo novo, não se concebe e não se justifica esse hiato entre os dias 17 a 29 de abril de 2009 sem cobertura. Pois se o veículo objeto do seguro é novo (isso está na apólice – f. 28), o início da cobertura da apólice coincide com a data da entrega do bem. Deve-se considerar, portanto, a data de início da contagem do prazo de 90 dias o dia 29 de abril de 2009, data do início da cobertura do seguro.

Estabelecida essa premissa, o segurado teria direito à indenização pelo preço do veículo novo até o dia 28 de julho de 2009. O sinistro, conforme o Boletim de Ocorrências (f. 23), ocorreu no dia 29 de julho de 2009.

Vale registrar, ainda, a previsão contida no art. 47 do CDC, no sentido de que "*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*". Assim, se a seguradora, livre e conscientemente, optou por exigir o valor integral do prêmio, sem o abatimento proporcional em relação ao valor de mercado do bem protegido, segundo avaliação na data do sinistro, significa que houve prorrogação tácita do prazo mencionado no item 7.5 do Manual do Segurado, interpretação notadamente mais favorável ao consumidor.

Essas peculiaridades autorizam o acolhimento da pretensão inicial, sem ofensa à norma contida no art. 781 do Código Civil. Diante disso, entendo que é devida a diferença de valores pleiteada na inicial, sendo procedente o pleito, daí a necessidade de reforma da sentença, com a inversão dos ônus de sucumbência.

Em virtude desse desiderato, reputo prejudicado o exame da questão alusiva ao valor dos honorários advocatícios.

Posto isso, dou provimento ao recurso, para o fim de reformar a sentença e julgar procedente a pretensão inicial, condenando a seguradora ao pagamento do valor equivalente a R$ 13.668,84, corrigidos desde a data em que deveria ter sido pago contratualmente a cobertura integral do seguro e acrescido de juros moratórios desde a data da citação, invertendo, finalmente, os ônus da sucumbência.

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. Joenildo de Sousa Chaves.

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

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

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.002701-0 - Três Lagoas
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR FISCAL – INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS SÓCIOS – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA – HIPÓTESE AUTORIZATIVA – ARTIGO 135, III, CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – PRECEDENTES STJ – PREQUESTIONAMENTO DESNECESSÁRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Verificada a dissolução irregular da sociedade, com a insolvência da pessoa jurídica perante os tributos não adimplidos, resta autorizada a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, redirecionando a cautelar fiscal aos bens dos sócios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 29 de fevereiro de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Comercial União LTDA, Glauco Antonio Rigo Villela e André Luis Rigo Villela apelam da sentença proferida nos autos da Ação Cautelar Fiscal ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou procedente o pedido deduzido na inicial.

Alegam, preliminarmente, ilegitimidade passiva dos sócios para responderem por dívida da pessoa jurídica, já que não atendido o pressuposto estampado no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, qual seja, "atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos". Ressaltam que para a inclusão dos sócios no polo passivo haveria necessidade de demonstrar o dolo dos mesmos com obediência ao devido processo legal e a garantia do contraditório, o que não foi feito.

No mérito, sustentam que a falta de pagamento dos tributos pela sociedade limitada não constitui infração à lei que enseje a responsabilidade pessoal dos sócios, uma vez que estes respondem apenas supletivamente e acaso provado o dolo ou fraude.

Também argumentam que os sócios não foram cientificados acerca dos processos administrativos, razão pela qual resta inviabilizada a pretensão de direcionar contra eles a restrição perquirida, de modo que desatendido o artigo 5º, LIV, LV, Constituição Federal. Destacam, como consequência, a nulidade da autuação impugnada por cerceamento de defesa.

Ao final, prequestionam dispositivos legais e requerem o provimento recursal para revogar a indisponibilidade de bens da pessoa jurídica e de seus sócios, excluindo os últimos do polo passivo, ou, alternativamente, a decretação de nulidade dos processos administrativos.

Resposta às f. 630-36, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Consta dos autos que o Estado de Mato Grosso do Sul propôs a ação cautelar fiscal, objetivando a indisponibilidade de bens da apelante Comercial União LTDA e de seus sócios Glauco Antonio Rigo Vilella e André Luis Rigo Vilella após a regular notificação da sociedade acerca de quatro processos administrativos, que, sem resposta, redundaram em crédito tributário constituído. Outro fator relevante à propositura foi a declaração de inaptidão pelo órgão fazendário da contribuinte.

Recebida a inicial, foi concedida a medida liminar para a pretendida indisponibilidade, inclusive com relação aos sócios (f. 174-5), o que foi seguido da apresentação da contestação (f. 216-39).

Informada a ausência de conta bancária da empresa para saldar o débito, bem como a falta de nomeação de bem à penhora (f. 261), ofertou-se impugnação (f. 262-3).

Mais de nove meses depois da cientificação da decisão liminar, os requeridos, ora apelantes, formularam pedido de reconsideração acerca da mesma (f. 295-326). Intimado sobre o referido pedido, o Estado de Mato Grosso do Sul peticionou, noticiando o encerramento irregular da empresa pelos sócios responsáveis (f. 331-3).

Subseqüentemente, foi prolatada a sentença vergastada, a qual julgou procedente o pedido deduzido na exordial para o fim de decretar a indisponibilidade dos bens de todos os requeridos.

Adveio, por conseguinte, o recurso sub examine.

Feita essa breve digressão fática-processual, impende destacar a priori que o feito executivo (n. 0001185-93.2006.8.12.0021) foi ajuizado antes mesmo da presente cautelar, sendo que opostos embargos à execução (n. 0011954-87.2011.8.12.0021), desse modo há que se delimitar a matéria analisada nesta via processual apenas aos requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência almejada, pois questão atinente à regularidade dos processos administrativos originadores do crédito tributário deve ser discutida na ação adequada, qual seja, os embargos à execução, que, como já dito, já foram opostos.

Nestes termos, vê-se que o ponto preliminar aventado confunde-se com o mérito e, por isso, com ele será analisado. Cinge-se, pois, a irresignação recursal quanto à possibilidade ou não da indisponibilidade de bens dos sócios da pessoa jurídica executada.

Como é cediço, a atividade jurisdicional representa a resposta dada pelo Estado à proibição da autodefesa, sendo, então, necessário proporcionar ao titular de um interesse juridicamente protegido exatamente aquilo que o direito substancial lhe concede, mas que por alguma razão, não foi possível efetivar-se naturalmente.

Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria[1].

1 BEDAQUE, José Roberto dos Santos in Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 5. ed., 2009, Editora Malheiros, p. 13 e 19.

Compulsando o acervo fático-probatório encartado nos autos, infere-se que, de fato, a empresa foi irregularmente encerrada, conforme consulta ao seu cadastro, cuja inscrição foi cancelada e a situação constante é de não habilitado, tanto que tal circunstância não foi rebatida pelos sócios.

Vislumbrado este contexto e sendo certo que os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade patrimonial secundária na ação principal de execução são também exigidos na ação cautelar fiscal, posto acessória por natureza[2], aplica-se o disposto no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> I - as pessoas referidas no artigo anterior;
>
> II - os mandatários, prepostos e empregados;
>
> III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Em face do preceituado neste dispositivo, a Corte Superior de Justiça e também este Egrégio Tribunal têm entendido possível o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente quando fique comprovado que este agiu com excesso de poderes, infração de lei, do contrato social ou dos estatutos.

A essas hipóteses a doutrina acrescentou o caso da dissolução irregular da sociedade. A respeito, pronunciou-se o eminente tributarista Hugo de Brito Machado[3]:

> Com acerto decidiu o Tribunal Federal de Recursos que, deixando a sociedade de operar, sem ter havido sua regular liquidação, os sócios-gerentes, diretores e administradores respondem pelas dívidas tributárias desta. Há, nesses casos, uma presunção de que tais pessoas se apropriaram dos bens pertencentes à sociedade.
>
> Em conclusão, a questão em exame pode ser assim resumida: (a) os sócios-gerentes, diretores e administradores de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, ou anônimas, em princípio não são pessoalmente responsáveis pelas dívidas tributárias destas; b) em se tratando de IPI, ou de imposto de renda retido na fonte, haverá tal responsabilidade, por força da disposição expressa do Decreto-lei n. 1.736/79; (c) relativamente aos demais tributos, a responsabilidade em questão só existirá quando a pessoa jurídica tenha ficado sem condições econômicas para responder pela dívida em decorrência de atos praticados com excesso de poderes ou violação da lei, do contrato ou do estatuto; (d) a liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais.
>
> Em síntese, os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, aos quais se reporta o art. 135, III, do CTN, são aqueles atos em virtude dos quais a pessoa jurídica tornou-se insolvente. (g.n.)

Robustece o raciocínio sopesado acima, os seguintes julgados:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR FISCAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA – RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES – RECURSO IMPROVIDO.

2 Inteligência do STJ, REsp m. 722.998/MT, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.4.2006.

3 *in* **Curso de Direito Tributário**, 26. ed., 2005, Editora Malheiros, p. 169.

> 1. O juiz tem o poder de ponderar sobre a necessidade da dilação probatória. Entendendo ele que os documentos constantes nos autos são suficientes para a formação de seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão, sem que isso acarrete qualquer nulidade, diante da ausência de prejuízo para a parte.
>
> 2. **Dissolvida irregularmente a sociedade comercial sem que tenham sido pagos os tributos, cabível a indisponibilidade dos bens da sociedade e de seus sócios administradores.** (TJ/MS, AC n. 2011.012170-0, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 7.6.2011) (g.n.)
>
> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. SÚMULA N. 345/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando demonstrado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, **ou no caso de dissolução irregular da empresa**.
>
> [...]
>
> 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag n. 1390361/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 28.10.2011) (g.n.)

Não há falar, portanto, em ilegitimidade passiva dos sócios ou inviabilidade jurídica que afaste a tutela acautelatória de indisponibilidade dos bens que objetivam assegurar a execução fiscal proposta, de modo que a manutenção da sentença é medida de rigor.

Finalmente, em atenção ao prequestionamento arguido, não vejo necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados, eis que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado (STJ, ED no MS n. 22067/DF, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 6.3.2008).

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

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

Campo Grande, 29 de fevereiro de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.001158-1 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL – CONTRATO IMOBILIÁRIO – CONTRATO DE ADESÃO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – TABELA *PRICE* – AFASTADA. SALDO DEVEDOR – AMORTIZAÇÃO PARA POSTERIOR INCIDÊNCIA DE ENCARGOS – RECURSO PROVIDO

A possibilidade de escolher o plano e o prazo para pagamento do financiamento não descaracteriza o contrato como de adesão, principalmente quando resta evidenciado que as cláusulas contratuais foram redigidas e inseridas no contrato de forma unilateral pela instituição financeira, não dispondo os promitentes-assinantes de qualquer possibilidade de modificar ou suprimir qualquer cláusula do contrato.

Os contratos de adesão encontram limites no Código de Defesa do Consumidor e nos princípios que norteiam a formação dos negócios jurídicos, tais como o princípio da boa-fé dos contraentes.

A utilização do sistema *price* deve ser afastada dos contratos de financiamentos habitacionais por ocasionar o anatocismo.

Os valores de amortização pelo pagamento das prestações, devem ser abatidos do saldo devedor após a incidência da atualização monetária, pois procedimento contrário ocasionaria desequilíbrio contratual e o enriquecimento indevido do credor.

Recurso conhecido e provido.

Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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, tendo o revisor divergido em parte.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Lindomar Siqueira e Maria Torres Siqueira, devidamente qualificados, interpõem apelação cível, às f. 140-56, em face de HASPA – Habitação São Paulo Imobiliária S.A., insurgindo-se contra

a sentença de f. 130-5 do douto juízo da 7ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelos apelantes, na ação revisional de contrato n. 0003344-69.2006.8.12.0001, declarando nula a cláusula 9.4 item "b" que previu multa moratória superior a 2%.

Extrai-se dos autos que demanda é destinada a revisar as cláusulas contratuais de compromisso de compra e venda de imóvel, financiado pela apelada, no valor de R$ 8.103,00, a serem pagos em 180 parcelas de R$ 73,49, já incluídos juros de 0,58% ao mês, capitalizados mensalmente.

Sustentam os apelantes que primeiramente deve ser amortizado o valor das parcelas pagas, devidamente atualizadas, para somente depois haver reajustamento do saldo devedor e apuração das parcelas vincendas.

Aduzem que a cláusula 5.2 do contrato, que prevê a forma de reajuste do saldo devedor e das prestações, torna a dívida impagável.

Argumentam que, embora conste no instrumento contratual a pactuação de juros de 0,58% ao mês, a abusividade questionada reside nos reflexos da capitalização mensal dos juros contida na fórmula Tabela *Price*, sendo que o correto seria que as prestações mensais apenas sofressem a correção monetária.

Alegam ainda que são assistidos pela Defensoria Pública e beneficiários da assistência judicial gratuita, de sorte que não há que se falar em condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 3º da Lei n. 1060/50.

Prequestionam os artigos 4º do Decreto n. 22.626/33; 591 do Código Civil, 6º, IV, 37, 51 e 54, § 4º da Lei n. 8.078/90.

Requerem o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 162-73.

VOTO (EM 31.1.2012)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Conforme relatado, tratam os autos sobre a Ação de Revisão de Contrato n. 0003344-69.2006.8.12.0001 ajuizada por Lindomar Siqueira e Maria Torres Siqueira em face de HASPA – Habitação São Paulo Imobiliária S.A., com o intuito de revisar as cláusulas contratuais consideradas abusivas do contrato de financiamento para aquisição de imóvel que firmado entra as partes.

O douto juízo *a quo* considerou que não ficou comprovado que o cálculo das prestações pudesse desrespeitar as regras contratuais ou que os juros foram capitalizados, de sorte que julgou parcialmente procedentes os pedidos apenas para declarar nula a cláusula 9.4 item "b" que previu multa moratória superior a 2%.

Irresignados os autores recorrem do *decisum* e, ao meu modo de ver, o recurso merece provimento.

1. Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, e para um perfeito entendimento da matéria a ser decidida, é de se ressaltar que, ao contrário do que afirmou o douto juízo *a quo*, o Código de Defesa do Consumidor é, sim, aplicável ao presente contrato.

Não há dúvida que se está diante de contrato de adesão. Da simples leitura do contrato resta evidente que as cláusulas contratuais foram redigidas e inseridas no contrato de forma unilateral pela instituição financeira, não dispondo os promitentes-assinantes de qualquer possibilidade de modificar ou suprimir qualquer cláusula, aderindo aos termos do contrato exatamente da forma como foi apresentada pelo agente financiador, situação não se descaracteriza pelo fato de os autores terem escolhido o prazo do financiamento.

Assim, o contrato de adesão entabulado entre as partes, ora examinado, em que pese sejam uma modalidade contratual aceita pelo Código de Defesa do Consumidor, encontram limites nos dispositivos do referido diploma legal, especialmente no artigo 51, em que se permite a declaração de nulidade das cláusulas abusivas, que geram desequilíbrio entre os direitos e obrigações das partes contratantes.

Em face disso, conclui-se que a interpretação contratual deve ser favorável aos aderentes, e que as dúvidas eventualmente decorrentes devem ser interpretadas em favor deles.

Feita essa observação, até porque há dela consequências importantes a serem consideradas por este relator, passo ao exame dos pontos trazidos à apreciação deste Tribunal no recurso interposto.

2. Da forma de amortização da dívida

No tocante ao critério de amortização das prestações pagas, insurgem-se os autores/apelantes contra o critério adotado pela ré/apelada e mantido na sentença, qual seja, corrigir o saldo devedor antes da dedução da amortização.

Razão lhes assiste.

A meu ver, este critério provoca uma ruptura da base negocial do contrato, desequilibrando as prestações e trazendo um ônus excessivo para os mutuários. Ademais, o contrato pactuado possui outras disposições que prevêem a aplicação de encargos que visam a remuneração do capital.

Nesta seara, tem-se que não deve ser feita a atualização do débito antes da dedução do pagamento das prestações, pois acarreta desequilíbrio contratual, em detrimento da parte mais fraca, com vantagem desproporcional aos apelantes, não sendo justo que, ocorrendo a correção do saldo devedor e o pagamento na mesma data, se deduza primeiro a parcela quitada para então reajustar o saldo devedor.

O artigo 6º, alínea c, da Lei n. 4.380/64, que se aplica aos contratos imobiliários em geral, determina o seguinte:

> Art. 6° O disposto no artigo anterior [reajustamento das prestações] somente se aplicará aos contratos de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão, ou empréstimo que satisfaçam às seguintes condições:
>
> c) ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros;

Nessa linha, revela-se ilegal o critério de amortização do saldo devedor mediante a aplicação da correção monetária e juros para, em seguida, proceder ao abatimento da prestação mensal do contrato.

A atualização do saldo devedor, portanto, deve necessariamente ser realizada depois da amortização das prestações pagas.

Segundo o entendimento de Alcio Manoel de Sousa Figueiredo:

> Os mutuários defendem a fórmula de cálculo que deve ser adotada, com lastro na alínea 'c' do art. 6º, da Lei n. 4.380, de 21.8.1964, que instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários e o Sistema Financeiro para aquisição da casa própria. Nesse contexto, parece-nos, que os mutuários estão com a razão. (**Cálculos no Sistema Financeiro de Habitação**, Curitiba: Juruá, 2000, p. 106).

Esta Corte também já firmou entendimento nesse sentido, como quando proferiu o seguinte julgado:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – HASPA – APLICAÇÃO DA TABELA *PRICE* AFASTADA – AMORTIZAÇÃO ANTERIOR À ATUALIZAÇÃO – CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS – ART. 4º DO DECRETO N. 22.626/33 – SÚMULA N. 121 DO STF – MULTA CONTRATUAL DE 2% – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGPM-FGV – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> A Tabela *Price* implica capitalização mensal de juros, vedada para o contrato em tela, sendo permitida, no entanto, a capitalização anual dos juros.
>
> **A amortização das parcelas pagas deve preceder à atualização monetária do saldo devedor, a fim de que o contrato de financiamento para aquisição de casa própria cumpra, efetivamente, a sua função social.**
>
> Se o percentual da multa aplicado é de 2%, não subsiste interesse recursal aos apelantes em requerer novamente a aplicação do mesmo percentual.
>
> Deve ser utilizado o IGPM-FGV para a correção monetária, por ser o índice que melhor reflete a variação da moeda no período. (AC n. 2009.022698-6, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 4.2.2010).

Dessa forma, nos moldes expostos pelos autores/apelantes, deve primeiro ser amortizado o valor pago para depois proceder aos reajustamentos determinados do saldo devedor.

3. Da Tabela *Price*

O juízo de origem entendeu que nada há de irregular na utilização da Tabela *Price*.

Os autores postulam a reforma da decisão, sob o argumento de que referido sistema implica na capitalização dos juros, interferindo no equilíbrio contratual.

A denominação Tabela *Price* se deve ao nome do matemático, filósofo e teólogo inglês Richard Price, que viveu no Século XVIII, o qual incorporou a teoria dos juros compostos às amortizações de empréstimos. A denominação Sistema Francês deve-se ao fato de ter efetivamente se desenvolvido na França, no Século XIX.

A prestação, com o Sistema *Price*, constitui a soma do valor amortizado com os juros do saldo devedor. Nesse sistema, o agente financeiro primeiro atualiza o saldo devedor, com correção monetária e juros, para depois proceder à sua amortização.

Os juros crescem em progressão geométrica e não em progressão aritmética, caracterizando juros sobre juros ou anatocismo. É na prestação da *Price* que estão disfarçados os juros compostos, porque não são incluídos nem abatidos do saldo devedor, mas, sim, compõem a prestação. Em tais circunstâncias, o

mutuário paga mais juros em cada prestação, em prejuízo da amortização do débito, de modo que o saldo devedor – dado de extrema relevância para o financiado ou mutuário, torna-se insuscetível de liquidação.

Evidente a iniquidade de que se reveste tal método de estipulação e cobrança de juros, uma vez que os cálculos operacionalizados por meio de tal sistema fazem com que se dissimule o real percentual de juros a ser suportado pelo mutuário. Especialmente nos contratos de execução diferida – como no caso dos autos – verifica-se quão expressiva denuncia-se a discrepância ao aplicar-se juros compostos (notoriamente utilizados pela Tabela *Price*), em detrimento da mera incidência de juros simples.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o tema, reconhecendo a abusividade em razão do emprego de tal método de cálculo dos juros. A propósito:

> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FCVS. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DE ACORDO COM A CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUÁRIO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. SÚMULA N. 5/STJ. INCIDÊNCIA. TABELA *PRICE*. JUROS CAPITALIZADOS. ANATOCISMO. CARACTERIZAÇÃO.
>
> 1. Ação ajuizada por mutuários do SFH para ter revisado o contrato de financiamento imobiliário. Acórdão do TRF/Quarta Região que: 1) aplicou o CDC; 2) determinou o reajuste do saldo devedor pela UPC até o limite da variação do salário dos mutuários conforme o contratado; 3) afastou o Coeficiente de Equiparação Salarial – CES, por ser posterior ao contrato; 4) repeliu a incidência de juros compostos ao contrato e 5) condenou a CEF à restituição de quantias eventualmente pagas a maior. Recurso especial da CEF pugnando pela compensação dos valores eventualmente pagos a maior pelo mutuário com o saldo devedor do financiamento, pela não-incidência do CDC, pela utilização da Tabela *Price* na amortização e pelo reajuste no mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional do mutuário (e não do salário do mutuário individualmente).
>
> [...]
>
> 5. A aplicação da Tabela *Price* aos contratos de prestações diferidas no tempo impõe excessiva onerosidade aos mutuários devedores do SFH, pois no sistema em que a mencionada Tabela é aplicada, os juros crescem em progressão geométrica, sendo que, quanto maior a quantidade de parcelas a serem pagas, maior será a quantidade de vezes que os juros se multiplicam por si mesmos, tornando o contrato, quando não impossível de se adimplir, pelo menos abusivo em relação ao mutuário, que vê sua dívida se estender indefinidamente e o valor do imóvel exorbitar até transfigurar-se inacessível e incompatível ontologicamente com os fins sociais do Sistema Financeiro da Habitação.
>
> 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp n. 668795/RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 3.5.2005, DJ de 13.6.2005, p. 186)

Esse entendimento também é pacífico no âmbito desta Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – TABELA *PRICE* – AMORTIZAÇÃO PRECEDENTE À ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR.
>
> A Utilização da Tabela *Price* é vedada, pois acarreta anatocismo, de maneira que primeiro deve-se amortizar a prestação para posterior atualização do saldo devedor. (AC n. 2007.034551-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 25.1.2008).

A título de esclarecimento, rebatendo tese externada na sentença, o contrato ora discutido é regido pela Lei do Sistema Financeiro de Habitação, Lei n. 4.380/64, conforme explicação a seguir:

> A ré-apelante alega a impossibilidade ser aplicável no contrato que mantém com os autores-apelados o disposto na Lei n. 4.380/64, por não ser a verba mutuada oriunda do poder público, mas dos associados e de seu patrocinador, o Banco do Brasil.
>
> Tenho, no entanto, que dita lei sempre foi aplicável às pessoas jurídicas que disponibilizam recursos para a aquisição habitacional. Aliás, para por pá de cal neste aspecto, editou-se a Lei n. 11.977/09, dispondo que:
>
> Art. 8° O sistema financeiro da habitação, destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, será integrado
>
> [...]
>
> VIII – pelas fundações, cooperativas e outras formas associativas para construção ou aquisição da casa própria sem finalidade de lucro, que se constituirão de acordo com as diretrizes desta Lei;
>
> X – pelas entidades abertas de previdência complementar
>
> [...]
>
> XII – por outras instituições que venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional como integrantes do Sistema Financeiro da Habitação.
>
> A introdução destes dispositivos na referida lei outro não foi o desiderato de oficializar o que já de há muito vem sendo realizado por várias personalidades jurídicas.
>
> Não bastasse, como a própria ré-apelante reconhece, é a mesma mantida pelo capital de seus associados, funcionários e patrocinador, o Banco do Brasil S.A., sociedade de economia mista com participação da União em 68,7% das ações, situação que conduz à conclusão da aplicabilidade da dita lei na relação imobiliária que a ré-apelante disponibiliza aos seus associados. (TJMS, AC n. 2009.024552-2, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 29.7.2010).

Diante dessas considerações, deve ser reformada a sentença no ponto em que determinou a utilização do Sistema *Price*, visto que o anatocismo, evidente na utilização do referido sistema, mostra-se contrário ao ordenamento jurídico em vigor.

4. Dispositivo

Em razão do exposto, conheço do recurso dos autores e lhe dou provimento, a fim de afastar a aplicação da Tabela *Price* e determinar que a atualização do saldo devedor seja realizada depois da amortização das prestações pagas.

Por conseqüência, inverto o ônus da sucumbência, para que as rés respondam integralmente pelas custas processuais e honorários advocatícios, mantido o valor fixado na sentença.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. JOSUÉ DE OLIVEIRA), APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 14.2.2012)

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Revisor)

Pedi vista dos autos para analisar mais de perto a questão litigiosa.

O presente caso consiste de recurso interposto por Lindomar Siqueira e Maria Torres Siqueira, na ação de revisão contratual c.c. consignação e pagamento com pedido de tutela antecipada que ajuizaram em face de Haspa – Habitação São Paulo S.A. e Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S.A., com base num contrato de promessa de compra e venda de um imóvel residencial, objetivando a revisão das cláusulas contratuais, especialmente a 17ª e a 5ª, que dispõem sobre o preço do bem e do financiamento, os juros aplicados, o índice de correção, a fórmula de atualização do saldo devedor e das prestações mensais.

Na petição inicial, discutiram: **a)** a discrepância entre o valor real do bem e o preço financiado, argumentando que, embora tenham realizado benfeitorias no imóvel, seu preço de mercado ainda é proporcionalmente inferior ao valor estipulado pelas requeridas no momento da contratação; **b)** a ilegalidade da cobrança de juros de 0,58% ao mês capitalizados, nos termos da cláusula 17.3 do contrato; **c)** a necessidade de primeiro amortizar os valores pagos, devidamente atualizados, para só depois corrigir o saldo devedor; **d)** a vedação de incidência de juros acima de 12% ao ano, porque o contrato foi celebrado na vigência da disposição do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, que limitava os juros remuneratórios a 12% ao ano, encontrando-se no mesmo sentido as disposições dos artigos 591 e 406 do Código Civil de 2002, do art. 161, *caput* e § 1º, do Código Tributário Nacional e do Decreto n. 22.626/1933; **e)** a incidência do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 6º, V, prevê a possibilidade da revisão judicial da cláusula de preço e dos reajustes, em caso de excessiva onerosidade para o consumidor; **f)** a nulidade das cláusulas desvantajosas ao consumidor escritas sem clareza, como é o caso das disposições contratuais que preveem os reajustes do saldo devedor e das prestações (CDC, artigos 46 e 47); **g)** a aplicabilidade da teoria da imprevisão, fundada na cláusula *rebus sic stantibus*; **h)** a função social do contrato; **i)** a necessidade da revisão contratual em face da abusividade das cláusulas e da excessiva onerosidade do contrato; **j)** a abusividade dos juros moratórios e da multa contratual de 10% por inadimplemento, nos termos da cláusula 9.4, "b", do contrato; **k)** a utilização do IPC-r/IBGE para correção do saldo devedor, conforme a cláusula 5.4 do contrato, ao invés do índice mais benéfico para o consumidor; **l)** a adoção, por analogia, da limitação do valor das prestações a 30% do salário mínimo em vigor, aplicado aos planos cobertos pelo Sistema Financeiro da Habitação, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.692, de 28.7.1993; **m)** o amparo no princípio da função social do contrato que vige, atualmente, tanto nos planos do SFH como no contrato firmado pelos autores.

Requereram: **a)** autorização para depositar em juízo R$ 90,00 por mês, equivalente a 30% do salário mínimo vigente; **b)** a revisão das cláusulas contratuais que estabelecem o preço do bem e a forma de cálculo da prestação e do saldo devedor, em especial as cláusulas 5ª e 17ª, que preveem o sistema de cálculo de reajuste do saldo devedor e das prestações, o índice de atualização e a capitalização mensal dos juros, determinando o ajustamento da obrigação aos limites legais, fixando novo valor para a prestação mensal e do saldo devedor, após a avaliação do bem e elaboração de cálculo contábil, segundo os ditames legais; **c)** reduzir o percentual da multa por atraso no pagamento das prestações a 2% e anular a cláusula que prevê cobrança de honorários advocatícios em caso de pagamento das prestações em atraso; **d)** alternativamente, caso se constate que os valores pagos até agora são suficientes para quitar o financiamento do imóvel, sejam as requeridas condenadas a restituírem os valores recebidos a maior, corrigidos e acrescidos de juros, na forma da lei; **e)** condenar as requeridas a pagar as custas processuais e honorários advocatícios.

Na sentença, foi julgado parcialmente procedente o pedido revisional de contrato, a fim de declarar nula a cláusula 9.4, item "b", aplicando-se tão somente, no caso de pagamento de prestações em atraso, multa de 2% sobre o valor da prestação. Ante a sucumbência recíproca, as partes foram condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Inconformados, os autores ofereceram a presente apelação cível, alegando que: **a)** de acordo com a cláusula 5.2 do contrato litigioso, a apelada primeiro atualiza e reajusta o saldo devedor para somente depois abater as prestações pagas; **b)** o procedimento de reajuste adotado pelas apeladas, além de injusto, é ilegal, pois contraria frontalmente as disposições do art. 6º, "c", da Lei n. 4.380/1964, que constituem matéria de ordem pública e são aplicáveis a todos os contratos em vigor; **c)** na cláusula 17.3 do contrato consta a incidência de juros de 0,58% ao mês, capitalizados mensalmente, o que, em princípio, parece perfeitamente aceitável, posto que a soma algébrica de 12 vezes 0,58% não chega a 10%, mas a majoração questionada reside nos reflexos da capitalização mensal dos juros contida na própria fórmula da Tabela *Price*; **d)** correto seria que, uma vez fixadas as prestações mensais, mediante cálculo com capitalização anual de juros, estas sofressem unicamente correção monetária, de acordo com o indexador que mais expressasse a perda do valor da moeda; **e)** a fórmula utilizada pela apelada, embora não esteja expressamente identificada no contrato, é o sistema francês de amortização – Tabela *Price* –, pois traz em sua composição fator de capitalização mensal de juros, o que é vedado no sistema jurídico pátrio; **f)** é descabida a condenação dos autores apelantes a suportarem os ônus da sucumbência (custas e honorários advocatícios), pois são beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Requereram a exclusão da sua condenação ao pagamento de honorários e custas processuais, por serem beneficiários da justiça gratuita, ou que seja concedida a suspensão do aludido pagamento, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

Requereram também *"o pronunciamento deste Egrégio Tribunal acerca do vilipêndio ao disposto no artigo 4º do Decreto n. 22.626/33; art. 591 do Código Civil e ainda, ao art. 6º, IV, art. 37; 51 e 54, § 4º da Lei n. 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a sentença atacada negou vigência a esses dispositivos, ao permitir a manutenção das disposições contratuais impugnadas na petição inicial, bem como a capitalização mensal de juros com a utilização da Tabela Price para cálculo do saldo devedor remanescente"* (f. 155).

O insigne relator conheceu do recurso e deu-lhe provimento, a fim de afastar a aplicação da Tabela *Price* e determinar que a atualização do saldo devedor seja realizada depois da amortização das prestações pagas.

Por consequência, inverteu o ônus da sucumbência, para que as requeridas respondam integralmente pelas custas processuais e honorários advocatícios, mantido o valor fixado na sentença.

Fiz essa retrospectiva um tanto minuciosa a fim de melhor esclarecer os motivos pelos quais peço vênia ao eminente relator para proferir voto parcialmente divergente.

Verifica-se nos autos que os requerentes insurgem-se em especial contra as cláusulas 5ª, "Do reajuste", e 17ª, "Quadro resumo", do contrato litigioso.

Proferida a sentença, almejam sua reforma apenas no que toca aos seguintes pontos: o método para reajustar o saldo devedor, a capitalização mensal de juros, a aplicação adequada da Tabela *Price* e o respeito às normas relativas à assistência judiciária gratuita.

Passo a apreciar cada um desses pontos.

Antes, porém, faço a seguinte observação.

Está em julgamento uma ação de revisão contratual, com resistência da parte requerida.

Por conseguinte, incumbe ao órgão julgador verificar se alguma cláusula deve ser alterada ou não, para amoldar-se ao ordenamento jurídico, ainda que a cobrança já esteja sendo feita de acordo com a lei.

De fato, se, em algum ponto, o contrato está sendo cumprido de acordo com a lei, e não conforme as cláusulas que o compõem, tal ocorrência do mundo fático não obsta a prestação jurisdicional conforme postulada na petição inicial, incumbindo apenas aferir-se, posteriormente, se as contas estão fechando de acordo com a decisão judicial transitada em julgado.

Pois bem.

A cláusula 17ª, "Quadro resumo", item 17.3 do contrato, prevê que o saldo financiado deve ser pago em 180 prestações mensais e iguais de R$ 73,49, ficando caracterizado, assim, o sistema de amortização constante, normalmente empregado na forma da Tabela *Price*, a qual, embora não seja mencionada na avença nem em primeira instância, foi referida pelos apelantes e debatida pela Haspa.

A seu turno, o método a ser empregado para reajustar o saldo devedor está previsto na cláusula 5ª, "Do reajuste", cujo núcleo é o item 5.2, cuja redação é a que segue:

> 5.2 – Sempre que completado o período de reajuste, seja anual ou em prazo inferior, **será apurado o novo saldo devedor**, mediante a aplicação do IPC-r acumulado no período sobre o saldo existente na data da assinatura do presente, ou na data do último reajuste ocorrido, do qual serão abatidas as prestações pagas no período correspondente, devidamente atualizadas pelo mesmo índice, da data do pagamento (para as que forem pagas em dias) ou da data do vencimento (para as que forem pagas com atraso) até o mês em que se complete o período de reajuste. **Uma vez assim apurado o saldo devedor, ficando nele automaticamente incluídos eventuais resíduos, recalcular-se-á o valor da prestação**, mediante distribuição do novo saldo devedor apurado, pelo número de prestações remanescentes deste contrato e obedecendo a mesma proporção de amortizações do saldo devedor de cada parcela de financiamento, se existir mais de uma. (f. 27. Destaques no original.).

Logo, o contrato afronta a forma de reajustamento do saldo devedor e das prestações pagas prevista no art. 6º, "c", da Lei n. 4.380/1964, bem assim a jurisprudência atinente ao caso, conforme acentuou o voto do relator.

Deve-se observar, porém, que há duas operações distintas no caso, a de amortização, que corresponde ao pagamento da dívida em si, e a de reajustamento, por meio da qual se atualizam monetariamente o valor do saldo devedor e o das prestações pagas.

Por si só, aplicado corretamente, o Sistema *Price* de amortização da dívida não implica em regime de capitalização composta de juros.

Na Tabela *Price*, o anatocismo se revela toda vez que ocorre uma amortização negativa, pois em tal situação há incremento do saldo devedor e os novos juros cobrados mensalmente implicam na prática de capitalização composta de juros.

Esse fenômeno se dá quando o reajustamento do saldo devedor é feito antes da respectiva amortização.

Instado a julgar a respeito dessa matéria em questão semelhante, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu:

> CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. [...] 5. Capitalização de juros. A utilização do método *Price* para o cálculo dos juros sinaliza a prática do anatocismo, o qual é admissível somente nas hipóteses em que expressamente autorizado por lei específica. Nos demais casos é vedado, mesmo quando pactuado. [...] (TJPR, n. 125085100, Umuarama, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Ulysses Lopes, julgado em 17.9.2002. Fonte: QRT versão 5.0.).

No Superior Tribunal de Justiça está pacificado o entendimento de que:

> 3. Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por leis especiais, a capitalização mensal dos juros se mostra admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei n. 4.595/64 o art. 4º do Decreto n. 22.626/33. Dessa proibição não se acham excluídas as instituições financeiras (REsp n. 456573-RS, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 1.4.2003).

Decidindo apelação cível em ação de consignação em pagamento c/c revisão de obrigação contratual, a 3ª Turma Cível (atual 3ª Câmara Cível) desta Corte julgou que:

> A tabela *Price,* quando aplicada, que seja sem a capitalização mensal, ano a ano e que primeiramente seja amortizado o valor pago, para depois incidir a atualização ou capitalização. (AC n. 697509, Rel. Des. Claudionor M. Abss Duarte, julgado em 17.11.1999, DJ de 9.2.2000, p. 60. Fonte: QRT versão 5.0.).

Ao julgar caso análogo ao presente, a Egrégia 1ª Turma Cível (atual 3ª Câmara Cível) deste Tribunal decidiu que:

> A correta aplicação da Tabela *Price* é feita abatendo-se primeiramente os valores pagos e depois corrigindo o saldo devedor pelo índice de inflação, conforme determina o artigo 6º, alínea c, da Lei n. 4.380/1964. (AC n. 20053.008351-1, Campo Grande, Primeira Turma Cível, de minha relatoria, julgado em 13.2.2007).

No caso em apreço, não é necessário afastar o Sistema *Price*, até porque, em tal hipótese, o contrato ficaria carente de sistema de amortização a ser empregado.

Além disso, para a correta aplicação da Tabela *Price*, com as correspondentes prestações de igual valor, basta que se efetue corretamente a operação, primeiro amortizando o valor pago, depois atualizando o saldo devedor.

Esse, inclusive, é o imperativo legal, pois, de acordo com o art. 6º, alínea "c", da Lei n. 4.380/1964, nos contratos de financiamento imobiliário a amortização deve ser feita antes do reajustamento.

É notável que o item 17.3 do contrato prevê expressamente a incidência de juros de 0,58% ao mês, capitalizados mensalmente (f. 36), o que é inadmissível em contratos de financiamento imobiliário sem autorização legal explícita.

Logo, deve ser afastada a capitalização mensal, fazendo permanecer a taxa de juros estabelecida no contrato e admitindo-se apenas a capitalização anual.

No tocante aos ônus da sucumbência, a alegação dos apelantes fica prejudicada, porquanto recaem integralmente sobre as requeridas, nos termos do voto do relator.

Ante o exposto, divergindo em parte do voto do relator, dou provimento ao recurso para, impondo a correta forma de amortização e reajustamento – feita abatendo-se primeiramente os valores pagos e depois corrigindo o saldo devedor pelo índice de inflação –, determinar que os juros incidam à taxa de 0,58% ao mês, capitalizados anualmente.

O Sr. Des. Paschoal Carmelli Leandro (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, TENDO O REVISOR DIVERGIDO EM PARTE.

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, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.001351-6 - Corumbá
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMIDOR – SERVIÇO DE PRESTAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DECORRENTE DO NÃO PAGAMENTO – DEMORA PARA EFETUAR O RELIGAMENTO DA ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇO DE NATUREZA ESSENCIAL. RESPONSABILIDADE DO FORNECIMENTO POR SUA PRESTAÇÃO ININTERRUPTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - DANO MORAL – RECURSO DESPROVIDO.

Restando provado nos autos que, a despeito da falta de pagamento da tarifa de energia elétrica, a concessionária do serviço público demorou 21 (vinte e um dias) e sem justa causa para promover a religação depois do pagamento efetuado pelo consumidor, deixando de observar o prazo previsto na resolução n. 456/00 da ANEEL, privando o consumidor de um serviço que deve ser feito ininterruptamente, responde a concessionária pelo dano moral que é *in re ipsa*, ao teor do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA SENTENÇA – MANTIDO – RECURSO DESPROVIDO.

A verba indenizatória imposta a título de dano moral deve ser norteada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não olvidando seu caráter punitivo pedagógico. Observados tais parâmetros pela sentença, esta deve ser mantida no tocante ao valor ali fixado a título de dano moral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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, 27 de março de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Versa a hipótese sobre recurso de apelação cível interposto pela Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A. – ENERSUL (f. 77-84), insurgindo-se contra a sentença prolatada pelo douto juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS, que nos autos da **Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por**

Danos Morais com pedido de Tutela Antecipada, proposta por **Samara Fernandes Mendonza** em face da apelante, que julgou procedente o pedido inicial para:

> **I)** condenar a ré ao pagamento de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de indenização por dano moral, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês nos moldes do artigo 406 do Código Civil/2002 c/c artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional desde a citação, bem como assim a incidência de correção monetária com base no INPC, que deverá incidir a partir da sentença, quando se fixou o montante indenizatório;
>
> **II)** condenar ainda, a ré ao pagamento das despesas do processo e os honorários do patrono da apelada, fixando-os em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação incluídos os juros e correção (f. 68-74).

Irresignada a **Empresa Energética de Mato Grosso do Sul – ENERSUL**, interpôs o presente apelo onde pugna pela reforma da sentença.

Alega que não há prova nos autos de que a apelada tenha sofrido danos morais. Defende que, *in casu,* não se trata de dano moral puro, este sim que independeria de demonstração e prova.

Salienta que a suspensão no fornecimento de energia fora desencadeada pela própria apelada. Alega que com a quitação das faturas de energia em atraso e a efetiva troca do padrão de energia deteriorado em razão de um vendaval, a apelante procedeu imediatamente a religação.

Nestes termos, defende que os fatos relatados na inicial não passaram de mero aborrecimento.

Sustenta que o valor arbitrado a título de dano moral pelo juízo de primeira instância apresenta-se demasiadamente vultuoso.

Alternativamente, pugnou pela redução do *quantum* indenizatório fixado em **R$ 6.000,00 (seis mil reais)** para o importe de R$ **600,00 (seiscentos reais)**, atendendo assim, os requisitos da razoabilidade e proporcionalidade.

Requereu o provimento do presente recurso para reformar o *decisum* de primeira instância, julgando improcedente o pedido formulado na inicial, ou, quando não, que a indenização seja reduzida para o valor de **R$ 600,00 (seiscentos reais)**. (f. 77-84).

Devidamente intimada a contra-arrazoar o presente recurso a apelada refuta os argumentos trazidos à baila pela apelante e ao final pugna pela mantença da sentença de primeira instância por seus próprios fundamentos.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

A ré, Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A., recorreu da sentença de f. 68-74 na qual foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais, além de custas processuais e honorários advocatícios, nos seguintes termos:

> Diante do exposto, julga-se procedente o pedido inicial, para condenar a demandada ao pagamento de R$ 6.000,00 (seis mil reais), a título de indenização por dano moral, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês (art. 406. CC/02, combinado com art. 161, § 1º, do CTN) desde a data da citação. A correção monetária, com base no INPC, incidirá a

> partir desta sentença, quando se fixou o montante indenizatório já tendo em vista o valor atualizado da moeda (REsp n. 66.647/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, e Súmula n. 362, STJ).
>
> Como o valor indicado pela parte a título de dano moral é mera sugestão ao juiz (Súmula n. 326, STJ), a demandada sai inteiramente sucumbente. Por isso, fica condenada a pagar as despesas do processo e os honorários ao patrono da demandante que, em atenção à natureza e à importância da causa, ao grau de zelo do profissional, ao tempo de trabalho despendido, ao local da prestação dos serviços e à ausência de prova oral, fixam-se em 15% sobre o valor da condenação, incluindo aí os acessórios de mora (juros e correção).

Inconformada a empresa apelante sustenta que não há prova nos autos de que a apelada tenha sofrido dano moral. Defende que os fatos narrados na inicial não passam de mero aborrecimento.

Razão não lhe assiste.

I.

Imperioso registrar um resumo dos fatos que deram ensejo ao ajuizamento da inicial.

Assim, valho-me de alguns trechos transcrito no ato sentencial, oportuno para ao menos *an passant* servir como resumo dos pontos principais para esclarecimento das peculiaridades fáticas pertinentes ao caso *sub judice*, vejamos:

> Segundo a demandante, em março de 2010, solicitara a troca do padrão e do poste de energia de sua residência, que teriam sido danificados em virtude de vendaval, comprometendo-se a pagar o valor de R$ 329,62, de modo financiado, pelo equipamento novo. A demandada já teria iniciado, em abril, a cobrança das parcelas do financiamento; contudo, não fornecera e instalara o novo padrão, de modo que a energia continuara a ser prestada pelo padrão antigo.
>
> Ainda conforme a inicial, em 1.10.2010, a autora adimplira as contas de energia de sua residência que estavam atrasadas e solicitara a religação de urgência, que deveria ser cumprida no mesmo dia e cujo valor seria acrescido na próxima fatura de energia. Ocorre que os funcionários da ré teriam ido até sua casa, mas se negaram a restabelecer o fornecimento de energia porque seu padrão se encontraria nas mesmas condições causadas pelo vendaval, conduta que seria ilícita, até porque a demora na troca do padrão seria imputável à própria demandada.

Discute-se neste ponto se houve ou não comportamento ilícito da apelante apto a causar dano moral a apelada.

Neste sentido, consigno inicialmente que à empresa requerida foi atribuído, por meio de concessão de serviço público, o exercício de fornecimento de energia elétrica no Estado de Mato Grosso do Sul. Assim, fica ela submetida ao regime jurídico dos serviços públicos, regido por princípios específicos como o da continuidade, pelo qual o Estado ou quem o represente tem a obrigação de prestar o serviço de forma contínua e regular aos usuários.

Sobre a responsabilidade civil da requerida como concessionária de serviço público, estipula o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal que *"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 regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"*.

Assim, a apelante pela natureza da atividade que exerce, responde objetivamente pelos danos que causar. Nestes termos, a reponsabilidade objetiva decorre da obrigação de eficiência dos serviços, sendo que o artigo 37, § 6º, da Constituição da República estendeu esta norma às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público.

Além disso, a relação é de consumo, incidindo na espécie o artigo 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, em face da prestação defeituosa do serviço.

Também o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor reza que as concessionárias de serviço público são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e a manter a continuidade quanto aos essenciais, que é o caso do fornecimento de energia.

Portanto, sendo objetiva a responsabilidade civil em questão, não é necessário a verificação da culpa para que seja reconhecida, basta apenas o nexo causal entre a atividade e o dano.

Torna-se aplicável, portanto, a Teoria do Risco Administrativo, muito bem esclarecida por Odete Medauar[1]**:**

> Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se, hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir.

Além disso, e como se tal não bastasse, a relação jurídica que existe entre a empresa concessionária dos serviços públicos, como a energia elétrica, e o consumidor, é nitidamente regida pelo Código de Defesa do Consumidor. E neste diploma processual também se estabelece a culpa objetiva do fornecedor do produto ou serviço pelos danos que vier a causar na prestação de serviços, na execução defeituosa ou, ainda, na exposição do consumidor à situação degradante ou ridícula.

Nesse mesmo diploma se prevê, outrossim, "*a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos"*, como consta do artigo 5º, inciso V (Lei n. 8.078/90).

Destarte, sendo prescindível a caracterização da culpa da pessoa jurídica quando age de forma a causar dano a terceiro, resta demonstrar apenas a relação causal entre a conduta e o dano para que seja configurada a obrigação de indenizar.

No caso em testilha, é evidente que o comportamento da apelante revelou-se danoso.

Afinal, a ré/apelante não impugnou especificamente a alegação da autora/apelada, sendo que esta última requereu a religação em regime de urgência e a apelante não cumpriu com a solicitação da apelada, como era de seu dever.

A alegação da apelante de que a religação não fora imediata pelo fato do padrão estar incapacitado (f. 38) não prospera, porquanto embora danificado por vendaval, o padrão vinha funcionando até a data do corte (28.9.2010).

Assim, a empresa apelante não produziu prova de que depois da data do corte o padrão deixara de reunir condições de funcionamento.

1 Direito Administrativo Moderno, 9. ed., Ed. **Revista dos Tribunais**, 2005, p. 430.

Importante destacar que a religação de energia elétrica em regime de urgência está prevista na Resolução n. 456/2000 da ANEEL, onde o artigo 108 prevê o prazo de 4 (quatro) horas para a volta do fornecimento do serviço, o que não fora cumprido pela apelante.

A apelada solicitou a religação de urgência em 1.10.2010 e até 22.10.2010 a ordem de religamento estava pendente, conforme f. 62-6.

De mais a mais, desde março de 2010 a apelada pedira a troca do equipamento que adquirira da apelante, o que até a data do corte não fora também por ela providenciado.

Ora, nestes termos, a incapacidade de uso do padrão não pode ser alegado pela apelante para justificar o atraso na religação de energia em regime de urgência. A ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu benefício.

Assim, revela-se ilícito o comportamento da apelante em não cumprir a religação da energia da residência da apelada em regime de urgência.

Ainda que não se tratasse de religação em regime de urgência, nada justifica a demora de 21 (vinte e um) dias para a providência, período no qual o autor ficou privado de bem essencial para perfeito funcionamento de uma residência, ato que ofende, inclusive, a dignidade da pessoa humana. É induvidoso que a privação de energia elétrica atinge o cidadão em valores fundamentais. Afinal, além de ser obrigado a conviver com a escuridão, geladeira, aparelhos eletro e eletrônicos não funcionam, carnes se estragam, os quais são fatos que colocam o consumidor em situação humilhante, vexatória, a ele próprio e sua família, o que dispensa, inclusive, maiores comentários, tão degradante é a situação experimentada pelo autor.

Nessa esteira de raciocínio, deve-se reconhecer a existência do dano moral causado pela interrupção indevida do fornecimento de energia elétrica. E mais, em tais hipóteses o dano é presumido, uma vez que o serviço é de natureza essencial necessário a qualquer ser humano. O dano é *in re ipsa*.

É válido destacar, outrossim, que mesmo se a autora estivesse em situação de inadimplência (o que não é o caso), deveria receber prévia comunicação referente ao ato, o que não aconteceu.

Neste ponto, faz-se *mister* tecer algumas considerações a respeito da categoria de dano a que se faz referência na presente ação, qual seja, o dano moral.

O eminente doutrinador Rui Stoco, lembrando o magistério de Dalmartello, nos ensina que constituem pressupostos do dano moral:

> A privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-os em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.); dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.), e dano moral puro (dor, tristeza, etc.). (*in* **Rivista di Diritto Civile**, 1933, p. 55). (**Responsabilidade Civil**, p. 458)[2].

Nesse prisma, Eduardo Zanoni diferencia dano moral direto de dano moral indireto.

Aquele: *"consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa*

2 TJMG, AC n. 2.0000.00.447202-2/001(1), Rel. Des. Viçoso Rodrigues, julgado em 1.12.2004.

(como o nome, a capacidade, o estado de família)"; este, por sua vez, "consiste na ***lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais,*** *que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que* ***provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima***[3]

Pois bem.

A juíza *a quo* bem asseverou, de igual forma, às f. 73)*:*

> Deve-se ponderar que a demandada estava gestante e tinha filho de pequena idade; além disso, permaneceu ilicitamente sem o serviço de energia elétrica por vários dias (pelo menos vinte e um dias), por atraso injustificável da ré.

Friso que o comportamento da apelante em não cumprir a religação da energia da residência da apelada, caracteriza conduta ilícita apta a ensejar o dever de indenizar.

Nesse sentido, a jurisprudência desta E. Corte consolida-se no mesmo sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – DÉBITO QUITADO – DEMORA NA RELIGAÇÃO – CONSTRANGIMENTO – NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA DE ENERGIA ELÉTRICA – DANO MORAL CARACTERIZADO – *QUANTUM* MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> **Comprovada a conduta lesiva da empresa de energia elétrica, concessionária de serviço público, consistente na demora de quase 30 (trinta) dias, na religação do fornecimento de energia elétrica, serviço essencial ao funcionamento de uma casa, causando transtornos, aborrecimentos, constrangimentos de ordem pessoal ao consumidor e sua família, está caracterizado o dano moral capaz de gerar o dever de indenizar**.
>
> Fixado o 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. (TJMS, AC n.º2007.021618-5, Campo Grande/MS, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 20.8.2007). (grifei).

Os tribunais pátrios corroboram desse mesmo entendimento em casos análogos:

> EMENTA. CONSUMIDOR. ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NO FORNECIMENTO DO SERVIÇO, OCASIONADA PELA DEMORA DA RELIGAÇÃO DA LUZ. DEIXANDO O AUTOR POR NOVE DIAS, INCLUINDO O NATAL, SEM ENERGIA ELÉTRICA, ESTRAGANDO CARNES CONGELADAS E FRUSTRANDO A COMEMORAÇÃO DA DATA, ENSEJA INDENIZAÇÃO EM DANO MORAL. OBRIGAÇÃO DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ATRAVÉS DE MECANISMOS DE SEGURANÇA EFICAZES, DEVIDO A PREVISIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE FALTA DE ENERGIA ELÉTRICA EM DECORRÊNCIA DE TEMPORAIS. APLICAÇÃO DO CDC. [...]. UNÂNIME. (TJRS, AC n. 71000751818/RS, Terceira Turma Recursal Cível, Relª. Desª. Ketlin Carla Pasa Casa Grande, julgado em 1.11.2005, DJ de 21.12.2005). (grifei).

3 ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. Ed, Asrea. p. 239 e 240. *In*: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10. Ed., Editora Saraiva. p. 610.

> EMENTA. CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. NEGATIVA DE RELIGUE. AUSÊNCIA DE DÉBITO NA UNIDADE. RÉ QUE NÃO COMPROVA A ALEGADA INADEQUAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DE MEDIÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO CLIENTE. INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO POR MUITOS DIAS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A DEMORA VERIFICADA RESTABELECIMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM* MANTIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS, AC n. 71002917961, Terceira Turma Recursal Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, julgado em 14.7.2011). (grifei).

Neste sentido, com relação aos danos morais na situação que se destaca, forçoso concluir que a suspensão no fornecimento de energia elétrica e a demora injustificada para restabelecimento do serviço gera uma lesão de cunho extrapatrimonial.

Assim, a meu ver no caso em testilha resta cristalina a configuração do dano moral apto a ensejar indenização nos moldes da sentença de primeira instância.

II.

Superada a questão sobre o preenchimento dos requisitos necessários (conduta, dano e nexo causal) para o ensejamento da responsabilidade civil, passo à análise referente ao *quantum* da indenização.

A apelante pugna pela minoração do valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais) fixado pela doutra magistrada de primeira instância a título de danos morais para a importância de R$ 600,00 (seiscentos reais).

Tem-se que o apelo não merece provimento neste ponto.

Na realidade, houvesse apelação do autor, e penso que esse *quantum* haveria que ser até majorado.

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

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

Assim, conclui-se que, diante da inconveniência de métodos ou parâmetros preestabelecidos direcionarem a solução para todo e qualquer caso, ao juiz foi conferida ampla liberdade para determinar o *quantum debeatur*, levando-se em consideração os aspectos do caso concreto.

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

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

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

A meu ver, o montante de R$ 6.000,00 fixado na sentença haveria de ser, como afirmei, majorado.

Como não houve recurso do autor, o valor deve ser mantido, porque induvidosamente guarda correspondência com a gravidade da lesão e deve ser mantida, e se insere dentre da cautelaridade e proporcionalidade que são balizados pelos elementos acima indicados. Além disso, afina-se com a média que vem sendo aplicada pela jurisprudência pátria, em casos semelhantes.

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça não conhece de recursos especiais que objetivem alterar o valor da indenização por dano moral decorrente do corte indevido de energia elétrica, quando é fixado de forma razoável, como é o caso, dentre outros, do Recurso Especial n. 765.331 – PB, Rel. Min. Hélio Quáglia Barbosa, DJ de 21.5.2007 p. 586, em que o dano moral foi fixado em R$ 4.000,00; REsp n. 960.259 – RJ, Rel. Min. Castro Meira, em que aquela Colenda Corte de Justiça decidiu que "além disso, a quantia arbitrada em R$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais) não se afigura exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela ora recorrida, não discrepando das circunstâncias do caso concreto, das condições econômicas das partes ou da finalidade da reparação. Ao contrário, o valor arbitrado se insere dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade" (REsp n. 960.259/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 6.9.2007, DJ de 20.9.2007, p. 278; e, outrossim, no REsp n. 815.546-MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 8.5.2006, p. 236, o dano moral foi fixado em R$ 10.000,00, valor esse que o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser "*compatível com a lesão sofrida pela empresa autora, não ensejando enriquecimento sem causa"*, tendo sido o valor mantido.

Bem se vê, portanto, que o valor fixado em primeiro grau de jurisdição se insere na média que vem sendo admitida pelo Superior Tribunal de Justiça para casos similares, não havendo razões para modificação da r. sentença também quanto a este ponto.

III.

Diante de todo o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, para manter integralmente a douta 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. Paschoal Carmello Leandro.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Ruy Celso Barbosa Florence e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 27 de março de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006522-3 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – REATIVAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PREVISÃO CONTRATUAL DE SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS EM CASO DE INADIMPLÊNCIA – CANCELAMENTO DIRETO DO CONTRATO – OBRIGAÇÃO DE PRÉVIA SUSPENSÃO PARA POSTERIOR CANCELAMENTO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E DO PRINCÍPIO DE CONSERVAÇÃO DO CONTRATO, VETORES QUE PERMEIAM TANTO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, QUANTO O CÓDIGO CIVIL DE 2002 – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

As cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, *ex vi* do art. 47 do CDC.

O direito à resolução do contrato passa a ser considerado como medida extrema, optando o CC de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor por remédios que não promovam o rompimento do vínculo negocial, *ex vi* dos princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e conservação do negócio jurídico.

Nesse contexto, à vista de tais princípios e existindo previsão contratual expressa de que, em caso de inadimplência superior a 60 dias, ocorreria a suspensão dos serviços contratados, não tem lugar o cancelamento do contrato, o qual tem, assim, seus efeitos restabelecidos entre as partes, uma vez paga as parcelas em atraso pelo consumidor.

Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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, 27 de março de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta às f. 155-9 por Marcelo Virakosqui Palma, insurgindo-se contra a sentença de f. 146-9, proferida pelo douto juízo da 11ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/

MS, que julgou improcedente o pedido por ele formulado na Ação de Obrigação de Fazer n. 0005547-62.2010.8.12.0001, ajuizada em desfavor da UNIMED CAMPO GRANDE – Cooperativa de Serviços Médicos LTDA.

O autor/apelante ingressou com essa ação alegando, em síntese, que há mais de dois anos foi diagnosticado com espondilite anquilosante, que acarreta limitação funcional progressiva e necessita de constante acompanhamento médico.

Contou que, em decorrência de tal patologia, contratou um plano de saúde com a requerida, sempre honrando o pagamento das mensalidades. Ocorre que, em setembro, outubro e novembro de 2009 passou por dificuldades financeiras, não conseguindo pagar tais mensalidades, quitando todo o débito somente em 2 de dezembro de 2009.

Contou que quando foi efetuar o pagamento das parcelas em atraso o funcionário responsável informou-lhe o cancelamento do contrato. Afirma que não foi previamente informado do cancelamento e que, posteriormente, tomou conhecimento de que tal se deu pela inadimplência superior a 60 dias.

Afirmou que a rescisão ocorreu em desacordo com o que determina o art. 13 da Lei n. 9.656/98, já que ele não tinha conhecimento da cláusula rescisória, tampouco foi previamente notificado.

Ingressou com a ação requerendo a antecipação dos efeitos da tutela, para que se determinasse a imediata reativação do plano e, ao fim, a declaração de nulidade do cancelamento indevido.

Em despacho inicial, o douto juiz *a quo* relegou a apreciação do pedido de tutela antecipada para após a contestação (f. 19).

Em contestação, a Unimed afirmou que o autor não quitou as parcelas em atraso, permanecendo inadimplente até aquela data; que foi ele notificado, conforme determina a lei dos Planos de Saúde. Discorreu sobre a segurança jurídica e a inversão do ônus da prova.

Após a impugnação, sobreveio a sentença de f. 146-9, proferida pelo douto juiz da 11ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido inicial.

Irresignado, o autor apela do *decisum* alegando, em síntese, que o art. 13 da Lei n. 9.656/98 dispõe que a rescisão somente se opera se o consumidor for notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência e que, no caso dos autos, a notificação ocorreu quase 60 dias após a inadimplência.

Alega que o art. 19.4 do contrato dispõe que o não pagamento da mensalidade por período superior a 60 dias, consecutivos ou não, enseja a suspensão dos serviços, e não o cancelamento do contrato. Alega contradição entre as cláusulas 19.4 e 22.1 do contrato e invoca o art. 423 do CC que dispõe que, em casos tais, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Alega também a abusividade da cláusula 22.1, razão pela qual sustenta que ela deve ser considerada inexistente.

Requer o conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença e determinar o restabelecimento do plano de saúde do apelante.

Contrarrazões às f. 165-71.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às f. 155-9 por Marcelo Virakosqui Palma, insurgindo-se contra a sentença de f. 146-9, proferida pelo douto juízo da 11ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido por ele formulado na Ação de Obrigação de Fazer n. 0005547-62.2010.8.12.0001, ajuizada em desfavor da Unimed Campo Grande – Cooperativa de Serviços Médicos Ltda.

I.

É incontroverso que o autor ficou inadimplente por mais de 60 dias – setembro, outubro e novembro de 2009.

Resta perquirir, portanto, se o cancelamento unilateral do contrato, efetivado pela ré/apelada, cumpriu as exigências contidas na Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e também às cláusulas contratuais.

O autor sustenta que a rescisão unilateral foi ilegal, uma vez que em desacordo com o art. 13 da Lei n. 9.656/98 e com a cláusula 19.4 do contrato, que tem evidente contradição com a cláusula 22.1, razão pela qual incidiria o art. 423 do Código Civil.

II.

O art. 13 da Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, tem a seguinte redação:

> Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.
>
> Parágrafo único. Os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas**:**
>
> I - a recontagem de carências;
>
> II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e
>
> III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

No caso dos autos, é incontroverso que o autor manteve-se por mais de sessenta dias em mora. O questionamento reside na parte final da redação do inciso destacado, que dispõe sobre a necessidade de notificação ao consumidor até o quinquagésimo dia de inadimplência.

Sustenta ele que foi notificado após esse prazo, razão pela qual não poderia ser rescindido o contrato.

Tenho que não lhe assiste razão.

A toda evidência que a intenção do legislador, no caso, foi conceder ao usuário certo prazo para quitação do débito, qual seja, 10 dias.

Se o usuário, notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência, ainda assim deixar de quitar o débito em atraso até o sexagésimo dia de inadimplência, poder-se-ia, nesse caso, se proceder à rescisão unilateral do contrato.

No caso dos autos, a ré/apelada comprovou às f. 76 dos autos que notificou o autor quanto à mora e que essa notificação ocorreu em 7.11.2009.

O comparecimento do autor junto à ré para solucionar o problema, entretanto, ocorreu tão-somente em 2 de dezembro de 2009, quase um mês após o recebimento da notificação.

Sendo assim, em que pese a notificação ter ocorrido após o quinquagésimo dia de inadimplemento, cumpriu ela a função a que se destinava, já que o contrato somente foi cancelado em 30.11.2009.

Admitir uma interpretação restritiva desse inciso importaria em admitir que, ultrapassados os 50 primeiros dia de inadimplência, estaria a prestadora de serviços impossibilitada permanentemente de rescindir unilateralmente o contrato, o que seria um absurdo.

Sendo assim, cumprida a finalidade da lei, não há que se falar em restabelecimento do contrato por ofensa a tal artigo.

III.

Resta analisar, entretanto, se a rescisão unilateral respeitou também o que determina as cláusulas contratuais.

O contrato firmado entre as partes encontra-se às f. 85-93.

Lê-se da cláusula 19.4:

> 19.4 – O não pagamento da mensalidade, por período superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, num período de 12 (doze) meses ensejará a suspensão dos serviços ora contratados, podendo ocorrer o seu restabelecimento por opção da UNIMED e mediante acerto financeiro entre as partes.

De outro lado, dispõe a cláusula **22.1** que:

> 22.1 – DA RESCISÃO**:**
>
> A – Este contrato poderá ser rescindido a qualquer momento se:
>
> a) – As partes infringirem as Cláusulas e condições contratuais;
>
> b) – Fraude comprovada na forma prevista na Lei n. 9.656/98.

Se na cláusula **19.4** existe previsão de suspensão do contrato em razão de inadimplemento superior a 60 dias, a critério da Unimed, a cláusula **22.1, "A**, "a", igualmente possibilita a rescisão contratual.

As cláusulas não são contraditórias, mas complementares. Ambas possibilitam a rescisão unilateral. A diferença entre as duas é que a primeira prevê também a possibilidade de **suspensão** do contrato.

Configurando-se a requerida/apelada como empresa de plano de saúde, é inegável que a relação estabelecida entre as partes é típica de consumo, e, embora seja a requerida pessoa jurídica de direito privado, encontra-se inserida no conceito de fornecedora, sendo regida pelas normas atinentes ao Código de Defesa do Consumidor e demais legislações pertinentes ao caso.

A aplicabilidade do CDC aos contratos de plano de saúde está enunciada na Súmula n. 469, do STJ: "***aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.***"

Eis o entendimento do STJ:

> A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota. (REsp n. 267530/SP-2000/0071810-6, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 14.12.2000, DJ de 12.3.2001, p. 147).

Positivada, assim, a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica em tela, incide, no caso, o disposto no art. 47 do diploma, que estabelece a interpretação das disposições contratuais em favor do consumidor, *in verbis*: "*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*".

No caso existiam duas possibilidades, ou a suspensão ou o cancelamento do contrato.

Não há, nos autos, uma única explicação do porquê se preferiu cancelar o contrato, e não tão-somente suspendê-lo até a quitação do débito.

Ademais, lê-se nas faturas de f. 16-8:

> ATENÇÃO: Sr. Usuário NOTIFICAMOS V. Sª que, conforme art. 13, § único, inciso II, da Lei Federal n. 9.656/98, **o atraso no pagamento da mensalidade do seu plano de saúde, por período superior a 60 (sessenta) dias**, consecutivos ou não, nos últimos 12 meses de vigência do contrato, **ensejará a suspensão do atendimento**, podendo se persistir a inadimplência, ser rescindido o contrato sem prejuízo da cobrança de débitos.

E se assim o é porque a operadora do plano de saúde preferiu rescindir, de plano, o contrato, como se lê do carimbo acostado nas mesmas faturas? *In verbis*:

> CONTRATO CANCELADO
>
> Estou ciente de que esta fatura refere-se à dívida de um contrato já cancelado em ___/___/___.
>
> Sem possibilidade de reativação.

Ora.

Por que não reativar o contrato após a quitação do débito se existe essa previsão contratual?

Penso que deve existir uma gradação na ordem em que as penas são aplicadas, sucessivamente, em homenagem, inclusive, ao princípio da boa-fé objetiva e da conservação dos contratos, preferindo que tenham continuidade do que sejam resolvidos unilateralmente, principalmente em se tratando de contrato de trato sucessivo, como na hipótese.

RICARDO SANTOS JUNQUEIRA DE ANDRADE[1], ao escrever sobre o princípio da conservação do negócio jurídico no Código Civil, lembra a edição do Enunciado n. 21 da Jornada de Direito Civil, que trata pertinentemente da matéria e se encaixa perfeitamente à hipótese delineada nestes autos. Diz-nos o doutrinador:

> [...] A própria função social do contrato está associada ao princípio contratual da conservação, segundo o qual devem ser envidados todos os esforços, no sentido de manter a relação, prevalecendo, portanto, entre a revisão e a decretação de invalidade, a revisão.
>
> Sobre o tema, o enunciado n. 21, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, dispôs que "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.
>
> [...] Nesse contexto, o direito à resolução do contrato, disposto no art. 475 do Código Civil, passa a ser considerado como medida extrema.
>
> A preferência por remédios que não promovam o rompimento do vínculo negocial está clara em diversas passagens do Código Civil, tal como na execução específica das obrigações dos artigos 249, 251, 464.
>
> Além disso, o princípio da conservação do negócio jurídico pode ser encontrado nos artigos 144, 157, § 2º, 479, 662, 1.268, 1.551, 1.553, 1.554, 1.561 e 1.859 do Código Civil de 2002.

Logo, a ré não poderia tomar a solução mais desastrosa para o contrato, que foi o de sua resolução, porque medida dessa natureza contraria o princípio da conservação do negócio jurídico, o qual deve ser prestigiado.

A leitura que se deve fazer do contrato, presentemente, não é mais a forjada pelo cunho individual e solitário das partes nele envolvidas, mas sim tendo em vista sua função social, à luz – hoje induvidosamente albergada no CC de 2002 – do princípio da conservação dos contratos, bem assim como à luz do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual suas cláusulas e condições devem ser sempre interpretadas em favor do consumidor, no caso o autor.

O contrato, como ato bilateral de acordo de vontades, vincula as partes.

Mas desde o CC de 2002 tem um fim maior do que a produção de efeito *inter partes*, transbordando para o fim social de que ele se reveste, ainda mais quando, como no caso, o contrato diz respeito à prestação de serviços de saúde, erigido como regra de proteção Constitucional, por se referir à dignidade da pessoa humana.

Esse vetor constitucional que mescla o contrato celebrado entre as partes impede que a parte mais forte, contratante, prestadora dos serviços de saúde, possa dar por rompido o contrato nas condições já mencionadas neste voto, sem que tivesse, primeiro, suspenso seus efeitos e, ulteriormente, persistindo a falta de pagamento das parcelas mensais convencionadas, promover a rescisão, mediante notificação prévia do consumidor.

Essa idéia está presente no artigo 421 do Código Civil, que estabelece que "*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"*,

1 Ricardo Santos Junqueira Andrade, O Princípio da Conservação do Negócio Jurídico no Código Civil, apud http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1776&idAreaSel=2&seeArt=yes, consultado em 26.3.2012.

Além disso e para além desses valores, tenha-se em mente que o Código Civil mudou paradigmas – albergando o que já constava do Código de Defesa do Consumidor – no sentido de que *"os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé"*.

Tolher o autor com a surpresa da *resolução* unilateral do contrato, pela falta de pagamento por período superior a sessenta dias, quando não foi ele devidamente notificado sobre tal pretensão por parte da empresa prestadora de serviços contratante, e quando o contrato permitia uma alternativa de suspensão dos serviços enquanto durasse o inadimplemento, limitado a um tempo razoável, é contrariar todos esses elementos, simultaneamente, vale dizer, é contrariar a função social do contrato, prevista no artigo 421 do CC, a boa-fé objetiva na sua execução, prevista no artigo 422 do CC e, por último, o princípio da conservação dos contratos, que permeia o mesmo diploma em vários de seus dispositivos, como se viu da lição doutrinária acima transcrita.

Em se tratando de relação de consumo, em um contrato de notável importância no meio social, que é o relativo aos planos de saúde -- que coloca o consumidor, inclusive, em desvantagem exagerada já que, se rompido o pacto, pode ter sérias dificuldades de contratar outro plano, em face, até, da idade e outros fatores que aumentam consideravelmente os valores das prestações para um novo contrato, com a mesma ou outra empresa -- deve-se concluir que se torna possível emprestar ao contrato celebrado entre as partes um enfoque para além do cunho meramente individual que a ré quer lhe passar, para possibilitar a incidência de disposições tanto do CDC (art. 6º, V, art. 47) quanto do Código Civil (artigos 421 e 422) mormente quando, como no caso, o contrato estabelece a possibilidade de rompimento unilateral em disposição que deve ser considerada - e assim agora declarada – iníqua, abusiva, que colocou o autor-consumidor em desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé e com a própria equidade do contrato (art. 51, IV, também do CDC), de forma a tornar efetivo o princípio da conservação dos contratos de consumo e, com ele, a procedência dos pedidos contidos na inicial.

À vista dessas circunstâncias é que entendo ter fundamento a pretensão autoral, de ver seu plano restabelecido tão logo quite o débito.

Ressalvo, apenas, que de fato não houve prova da quitação das faturas de f. 16-8, condição necessária ao restabelecimento do contrato.

Sendo assim, estou dando provimento à apelação para determinar à ré que reative o plano do autor, tão logo ele comprove o pagamento do débito pendente.

Tendo em vista a reforma da sentença, inverto os ônus sucumbenciais.

IV.

Ante o exposto, conheço o recurso de apelação interposto por Marcelo Virakosqui Palma **e lhe dou provimento** para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial, **reativando** o plano de saúde do requerente/apelante, após a quitação do débito em atraso, restabelecendo todos os direitos e garantias do mesmo contrato.

Declaro a resolução do mérito, com fundamento no artigo 269, I, primeira figura, do CPC.

Por consequência, ficam invertidos os ônus sucumbenciais.

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. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Ruy Celso Barbosa Florence e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 27 de março de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n 2011.025962-1 - Nova Andradina
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE PREJUÍZOS – PRELIMINAR DE SENTENÇA *EXTRA PETITA* –AFASTADA – CONTRATO DE TRANSPORTE – ASSALTO À MÃO ARMADA – RESPONSABILIDADE CIVIL – TEORIA OBJETIVA – INOCORRÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA TRANSPORTADORA – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE POR FORÇA MAIOR – RECURSO PROVIDO.

O artigo 128 do CPC dispõe que a sentença deve guardar uma correlação com a demanda, ou seja, deve haver exata correspondência entre o que foi pedido e o que foi decidido.

Nos casos de transportes de mercadorias por empresas especializadas a responsabilidade é objetiva, porém não se reveste de caráter absoluto, cedendo à comprovação da ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Segundo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, o roubo de carga constitui força maior, suficiente para excluir a responsabilidade da transportadora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 7 de fevereiro de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível, da Comarca de Nova Andradina que, nos autos da Ação Indenização Ordinária, n. 017070007019 ajuizada por Frigorífico Tangará Ltda. em face de Expresso Pavan Ltda., julgou procedente o pedido contido na inicial, condenando a requerida no pagamento ao autor do valor da carga indicada na Nota Fiscal n. 0457, no importe de R$ 83.401,29, devidamente corrigido pelo IGPM desde a data do evento danoso (1.3.2005), e acrescido de juros de mora de 1% ao ano a contar da data da citação., bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor total da condenação.

Alega, preliminarmente, nulidade da sentença por ser *extra petita*, tendo em vista que impôs nexo causal não ao evento de roubo a mão armada, mas entre a omissão do agente e o dano sofrido pela não entrega da carga, impondo a culpa ao apelante pelo descumprimento contratual consistente na prestação irregular do serviço contratado.

Sustenta que a decisão deve ser reformada tendo em vista que tomou todas as cautelas necessárias para manter as carga incólume, porém ocorreu roubo à mão armada do veículo do recorrente e respectiva carga transportada, caracterizando excludente de responsabilidade, ante ausência de nexo causal.

Aduz inexistência de ato culposo, pois possuía seguro das cargas transportadas e gerenciamento de risco, todavia, por determinação da apelada foi utilizado o seguro da carga firmado entre esta e a seguradora Bradesco, sendo exigido que o sinal do rastreador fosse repassado a gerenciadora de risco da seguradora da apelada.

Enfatiza que se não fosse a ingerência da apelada, o gerenciamento de risco da apelante teria sido competente para evitar o roubo, e ainda que ocorresse o roubo a seguradora não hesitaria em indenizar a carga transportada, portanto, não há de se falar em responsabilidade objetiva, nem subjetiva por parte da apelante, vez que não existe nexo causal entre a conduta do agente e o roubo da carga.

Assevera que no caso vislumbra-se a existência de excludente de responsabilidade, qual seja: força maior externa, e que as jurisprudências dos tribunais pátrios apontam no sentido de que a ocorrência de roubo de carga, por si só, configura motivo de força maior, advindo assim a excludente de responsabilidade.

Consigna que mesmo que se pondere pela responsabilidade objetiva mencionada pelo juízo *a quo,* vislumbra-se no presente caso a existência de excludente de responsabilidade, qual seja, força maior externa.

Reza que houve a comunicação da apelante quanto a substituição do motorista, sendo acertado e anuído pela apelada, assim, se a seguradora se recusou a indenizar o sinistro foi por única e exclusiva culpa da apelada que não comunicou a substituição ocorrida, não podendo valer-se da própria torpeza para impor uma responsabildiade inexistente a apelante.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso para, reformando a decisão atacada, declarar improcedente todos os pedidos formulados na inicial, levando-se em conta todos os depoimentos colhidos e provas testemunhais produzidas, bem como os fatos explanados.

Em contrarrazões de f. 557-602, o apelado propugna pelo não provimento do recurso.

VOTO (EM 31.1.2012)

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

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível, da Comarca de Nova Andradina que, nos autos da Ação Indenização Ordinária, n. 017070007019 ajuizada por Frigorífico Tangará Ltda. em face de Expresso Pavan Ltda., julgou procedente o pedido contido na inicial, condenando a requerida no pagamento ao autor do valor da carga indicada na Nota Fiscal n° 0457, no importe de R$ 83.401,29, devidamente corrigido pelo IGPM desde a data do evento danoso (1.3.2005), e acrescido de juros de mora de 1% ao ano a contar da data da citação., bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor total da condenação.

Alega, preliminarmente, nulidade da sentença por ser *extra petita*, tendo em vista que impôs nexo causal não ao evento de roubo a mão armada, mas entre a omissão do agente e o dano sofrido pela não entrega da carga, impondo a culpa ao apelante pelo descumprimento contratual consistente na prestação irregular do serviço contratado.

Sustenta que a decisão deve ser reformada tendo em vista que tomou todas as cautelas necessárias para manter a carga incólume, porém ocorreu roubo à mão armada do veículo do recorrente e respectiva carga transportada, caracterizando excludente de responsabilidade, ante ausência de nexo causal.

Aduz inexistência de ato culposo, pois possuía seguro das cargas transportadas e gerenciamento de risco, todavia, por determinação da apelada foi utilizado o seguro da carga firmado entre esta e a seguradora Bradesco, sendo exigido que o sinal do rastreador fosse repassado a gerenciadora de risco da seguradora da apelada.

Enfatiza que se não fosse a ingerência da apelada, o gerenciamento de risco da apelante teria sido competente para evitar o roubo, e ainda que ocorresse o roubo a seguradora não hesitaria em indenizar a carga transportada, portanto, não há de se falar em responsabilidade objetiva, nem subjetiva por parte da apelante, vez que não existe nexo causal entre a conduta do agente e o roubo da carga.

Assevera que no caso vislumbra-se a existência de excludente de responsabilidade, qual seja: força maior externa, e que as jurisprudências dos tribunais pátrios apontam no sentido de que a ocorrência de roubo de carga, por si só, configura motivo de força maior, advindo assim a excludente de responsabilidade.

Consigna que mesmo que se pondere pela responsabilidade objetiva mencionada pelo juízo *a quo,* vislumbra-se no presente caso a existência de excludente de responsabilidade, qual seja, força maior externa.

Reza que houve a comunicação da apelante quanto a substituição do motorista, sendo acertado e anuído pela apelada, assim, se a seguradora se recusou a indenizar o sinistro foi por única e exclusiva culpa da apelada que não comunicou a substituição ocorrida, não podendo valer-se da própria torpeza para impor uma responsabilidade inexistente a apelante.

Pois bem.

Inicialmente tenho que não merece acolhida a pretensão do recorrente de nulidade da sentença *por ser extra petita*, pois analisando a decisão *a quo* tenho que está regularmente pautada nos pedidos formulados nos autos, bem como na narrativa da inicial e nos fundamentos defensivos na contestação.

De acordo com o que dispõe o artigo 128 do CPC a sentença deve guardar uma correlação com a demanda, ou seja, deve haver exata correspondência entre o que foi pedido e o que foi decidido.

O juiz está adstrito ao pedido, não havendo nenhuma limitação com relação aos fundamentos apresentados pelas partes, desde que fique restrito aos fatos narrados na peça preambular. E nesse prisma, vê-se que o juiz *a quo* não se excedeu em nenhum ponto.

Portanto, afasto a alegação de julgamento *extra petita*.

Passo a análise do mérito.

Insta consignar que em se tratando de contrato de transporte de mercadorias, não há que se discutir a culpa do transportador, uma vez que sua responsabilidade é objetiva, nos termos do artigo 749, do Código Civil de 2002, que dispõe: "*o transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto*".

Sílvio de Salvo Venosa ensina em sua obra **Direito Civil, Contratos em Espécie,** São Paulo: Atlas, 2003, p. 488:

> O transportador responde por perdas e avarias na coisa, desde que não se atribua o risco ao remetente. A responsabilidade do transportador é objetiva. O Dec. Legislativo n. 2.681, de 7.12.2012, estabeleceu a responsabilidade objetiva das estradas de ferro, cuja orientação foi estendida por analogia aos transportes em geral. O dever de incolumidade do transportador é com relação a coisa e a pessoas. Não há necessidade de a vítima provar culpa do transportador, que somente se exonera de indenizar na hipótese de caso fortuito ou força maior, ou culpa exclusiva da vítima.

Caio Mário da Silva Pereira também elucida **Instituições de Direito Civil, Contratos**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 334:

> O transportador, enquanto mantém consigo a coisa transportada, assume os riscos a ela inerentes. A sua obrigação essencial consiste em conduzir a coisa ao seu destino intacta no prazo concertado entre as partes (art. 749). Se a coisa estiver em seu poder, é por ela responsável, mesmo que não estiver sendo transportada, mas simplesmente guardada em seu galpão ou armazém, hipótese em que o Código lhe atribui a responsabilidade inerente ao contrato de depósito (art. 751).

Evidencia-se, portanto, que a hipótese dos autos deve ser analisada à luz da responsabilidade objetiva, não havendo necessidade de se perquirir acerca da culpa da requerida.

Entretanto essa responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, cedendo face à comprovação da ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Pontes de Miranda instrui, *in verbis:*

> Há alguns autores que procuram estabelecer diferença entre o caso fortuito e a força maior. Os romanos faziam a distinção considerando o primeiro como fato do homem impossível de prever-se, e a força maior como fato da natureza, cuja causa é impossível de ser anulada. A tendência moderna, bem acentuada, aliás, é considerar o caso fortuito e a força maior como uma coisa só. É princípio assente no direito, que o caso fortuito isenta de qualquer responsabilidade os sujeitos passivos de obrigações, salvo quando tenham tomado sobre si, por meio de cláusula expressa, a responsabilidade de tais eventos (*in* Tratado de Direito Privado, 01/179)

Para Arnoldo Medeiros Fonseca:

> Caracterizam força maior ou caso fortuito, que são expressões que encerram o mesmo sentido, o elemento objetivo, que é a inevitabilidade do evento, e o elemento subjetivo, considerado como a ausência de culpa no comportamento. [...] O caso fortuito não pode jamais provir de ato culposo do obrigado, pois a própria natureza inevitável do acontecimento que o caracteriza exclui essa hipótese. Somente pode resultar de uma causa estranha à vontade do devedor, irresistível, o que já indica ausência de culpa. (*in* Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão, Forense, 3. ed., 1958, p. 147 e p. 13).

Evidencia-se que, no caso dos autos, a excludente de responsabilidade civil, consistente na força maior, restou plenamente caracterizada, pois o assalto à mão armada ocorrido era inevitável e irresistível e, para a sua existência, não laborou a ré com qualquer parcela de culpa.

Ademais, como afirmou Sérgio Cavalieri Filho no livro Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 3. Ed., 2002, p. 277, *"Não cabe ao transportador transformar o caminhão em um tanque de guerra, nem colocar um batalhão de seguranças para cada veículo de sua empresa a circular por todo o País. A segurança pública é dever do Estado"*.

Quando do julgamento do REsp n. 195.648-RJ, o Min. Eduardo Ribeiro acentuou que não pode ser atribuída à transportadora a responsabilidade pelo evento danoso, "porquanto não é sua a obrigação de garantir a segurança pública. O fato de terceiro que não a exclui é o que guarda conexidade com o deslocamento. A circunstâncias de os assaltos se multiplicarem não é capaz de levar a outra conclusão. O fato é inevitável, considerando-se o que é de exigir-se, e isso o que importa".

Sem dúvida alguma, há de se ter como força maior a tese esposada pela recorrida, tendo em vista que a impossibilidade de se evitar um assalto à mão armada nos caminhões de transporte de carga.

Assim sendo, os pedidos iniciais devem ser julgados improcedentes, à míngua do dever indenizatório da requerida, uma vez que está caracterizada a ocorrência de um caso fortuito.

Destaco, a respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FATOS OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA. SUCESSIVOS ROUBOS DE CARGA POR BANDO FORTEMENTE ARMADO. FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA POR PARTE DA TRANSPORTADORA.
>
> [...] O roubo, por ser equiparado ao fortuito externo, em regra, elide a responsabilidade do transportador, pois exclui o nexo de causalidade, extrapolando os limites de suas obrigações, visto que a segurança é dever do Estado.[...] Recurso especial provido para restabelecer a sentença.(REsp n. 927.148/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4.10.2011, DJ de 4.11.2011)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURO. ROUBO DE CARGA. FORÇA MAIOR. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. EXCLUSÃO.
>
> Pacífico nesta Corte o entendimento de que o roubo de carga configura força maior a elidir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada, o que acarreta a improcedência da ação regressiva de ressarcimento de danos. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1211758/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 9.8.2011, DJ de 23.8.2011)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL.TRANSPORTE DE MERCADORIA. ROUBO DE CARGA. FORÇA MAIOR. AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA PELA SEGURADORA.
>
> Segundo entendimento consolidado nesta Corte, o roubo de carga constitui força maior, suficiente para excluir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada. Improcedência da ação regressiva de ressarcimento de danos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgReg no Ag n. 899.178/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9.11.2010, DJ de 12.11.2010)
>
> DIREITO CIVIL - TRANSPORTE DE MERCADORIAS - ROUBO - FORTUITO E FORÇA MAIOR - INEVITABILIDADE - FORÇA MAIOR - EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR DE INDENIZAR REGRESSIVAMENTE A SEGURADORA QUE COBRIU OS PREJUÍZOS DO CONTRATANTE DO TRANSPORTE - PRECEDENTES DA CORTE - RECURSO PROVIDO. A presunção de culpa da transportadora pode ser ilidida pela prova da ocorrência de força maior, como tal se qualificando o roubo de mercadoria transportada, com ameaça de arma de fogo,

> comprovada a atenção da ré nas cautelas e precauções a que está obrigada no cumprimento do contrato de transporte. Na lição de Clóvis, caso fortuito é 'o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes' enquanto a força maior é 'o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer', com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade" (STJ, REsp n. 160369, SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 21.9.1998).

Desta feita, diante das razões supramencionadas e do entendimento pacificado pelo STJ, entendo como justa a exclusão da responsabilidade do apelante no caso dos autos.

Ex positis, **dou provimento** a apelação cível interposta por Expresso Pavan Ltda, para reformar a sentença de primeiro grau, excluindo a responsabilidade do apelante em indenizar o recorrido, invertendo totalmente o ônus de sucumbência.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. MARCO ANDRÉ NOGUERIA HANSON). O RELATOR DAVA PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 7.2.2012)

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

Solicitei vista do processo, considerando a recente orientação manifestada pelo Superior Tribunal de Justiça, aplicada ao caso dos autos, no sentido de que, conforme as circunstâncias que cercam o litígio, especialmente no que se refere à existência/constatação de eventual culpa (negligência, imprudência ou imperícia) da transportadora durante a execução do contrato de transporte de carga, a excludente de ilicitude vinculada ao roubo da mercadoria exercida com arma de fogo fica prejudicada.

A propósito, seguem alguns precedentes:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FATOS OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA. SUCESSIVOS ROUBOS DE CARGA POR BANDO FORTEMENTE ARMADO. FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA POR PARTE DA TRANSPORTADORA. **1. Cuida-se de transporte rodoviário de carga realizado antes da vigência do Código Civil atual, devendo ser aplicadas as regras do Código Comercial e da legislação especial 2. O roubo, por ser equiparado ao fortuito externo, em regra, elide a responsabilidade do transportador, pois exclui o nexo de causalidade, extrapolando os limites de suas obrigações, visto que a segurança é dever do Estado. 3. Com o julgamento do REsp n. 435.865 - RJ, pela Segunda Seção, ficou pacificado na jurisprudência do STJ que, se não for demonstrado que a transportadora não adotou as cautelas que razoavelmente dela se poderia esperar, o roubo de carga constitui motivo de força maior a isentar a responsabilidade daquela.** 4. A Corte local apurou que os roubos normalmente eram efetuados por bandos fortemente armados e com mais de seis componentes, de modo que não se constata, objetivamente, negligência da transportadora, a ponto de caracterizar a sua culpa pelos eventos. 5. Não é cabível o reconhecimento da culpa da transportadora apenas por não ter alterado unilateralmente a rota habitual, sendo certo que, na relação jurídica mercantil existente entre a segurada e a transportadora, aquela poderia ter proposto, se necessário, a sua alteração, porquanto, apesar dos roubos, foram pactuados sucessivos novos contratos de transporte de mercadorias. 6. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (REsp n. 927148/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4.10.2011, DJ de 4.11.2011).

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CITAÇÃO POR HORA CERTA. CONTESTAÇÃO APRESENTADA A DESTEMPO. DESENTRANHAMENTO DA PEÇA DOS AUTOS. REVELIA. INAPLICABILIDADE, *IN CASU*, DO ART. 9.º, II, DO CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA. SUBTRAÇÃO DA CARGA PELO MOTORISTA DO VEÍCULO TRANSPORTADOR. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RÉ PELOS ATOS DE SEU PREPOSTO. INEXISTÊNCIA DE CASO FORTUITO OU MOTIVO DE FORÇA MAIOR. 1. A nomeação de curador especial, ao réu revel citado por hora certa, nos termos do art. 9.º, inciso II, do CPC, é medida que se impõe quando não comparece o réu aos autos. 2. Não há falar em nomeação de curador especial ao revel, mesmo que ficta tenha sido sua citação, quando o mesmo comparece aos autos, regularizando sua representação processual, e apresenta contestação intempestiva ou deixa de fazê-lo *sponte propria*. Aplica-se à espécie a máxima *dormientibus non sucurrit jus*. **3. É assente na Corte que a prática de atos ilícitos, atribuídos a terceiro, como por exemplo o roubo da carga a ser transportada, exclui a responsabilidade da empresa transportadora, por se revelar motivo de força maior. 4. Todavia, a apropriação indébita da carga objeto do contrato de transporte, quando praticada por preposto da empresa transportadora (*in casu*, o motorista do veículo) não exonera esta de sua responsabilidade, por não configurar hipótese de força maior e evidenciar, ainda, sua culpa *in eligendo*.** 5. Não cumpre a esta Corte Superior, na via especial, ante o óbice do verbete sumular n. 07/STJ, perscrutar acerca dos motivos que ensejaram a contratação, pela empresa demandada, do motorista supostamente autor do delito ensejador da ação indenizatória, quando expressamente consignado, no v. aresto recorrido, que "a alegação do condutor do veículo ser conhecido da autora, que lhe impusera o nome como condição de realização do transporte, não encontra respaldo em documento hábil algum de prova". 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 1229361/SP, terceira turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), julgado em 12.4.2011, DJ de 25.4.2011).

Na hipótese, após análise detida dos autos, constata-se que o litígio apresenta uma peculiaridade que deixou de ser examinada pelo e. Relator, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, referente à negativa de pagamento da indenização securitária, face a ausência de cadastro do motorista da empresa transportadora, ora apelante, no banco de dados da Rodobens Gerenciamento de Riscos Ltda., por expressa cláusula contratual, ratificada na apólice n. 288.000.075, item e.2 (f. 44).

A autora-apelada argumentou que a ré-apelante foi imprudente, por não ter tomado todas as medidas necessárias para assegurar o bom andamento na execução do contrato de transporte, a medida que não procedeu o cadastro do motorista para o qual foi entregue a mercadoria transportada, concorrendo, assim, com culpa no prejuízo experimentado pela autora, que deixou de receber a indenização relativa ao contrato de seguro citado.

Todavia, mesmo evidenciada esta circunstância peculiar que permeia o presente litígio, entendo que o voto do e. Des. Relator não merece reparos, uma vez que restou demonstrado que o encarregado de transporte do Frigorífico, ora apelado, foi previamente comunicado pela Transportadora, apelante, que seria feita a substituição do motorista, no trajeto da carga em questão (Ji-Paraná/RO com destino ao Rio de Janeiro), consoante depoimento de f. 219-20.

Assim, se a empresa segurada, mesmo ciente da troca de motorista deixou de repassar as informações cadastrais do novo motorista, conforme cláusula expressa na apólice de seguro n. 288.000.075 (f. 32), não há como se imputar à transportadora a responsabilidade de pagar por qualquer prejuízo experimentado pela autora.

Por estas razões, acrescentado os argumentos supradeclinados, **acompanho** o eminente Desembargador Relator Fernando Mauro Moreira Marinho.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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, 7 de fevereiro de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.032918-6 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – INVALIDEZ TOTAL OU PARCIAL POR ACIDENTE – CONFIGURADA – OCORRÊNCIA DE ACIDENTE DURANTE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – JUROS DE MORA – CITAÇÃO VÁLIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Comprovado que as sequelas irreversíveis que causaram a invalidez são resultado do acidente ocorrido durante o procedimento cirúrgico, qual seja, a desconexão do tudo do aparelho anestésico, faz-se necessário o pagamento da garantia contratual de invalidez total ou parcial por acidente.

Não se desincumbindo a parte ré do ônus de provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito postulado pelo autor, e comprovado o acidente ocorrido durante o procedimento cirúrgico demonstra-se obrigatório o pagamento do valor contratado no seguro de vida na modalidade invalidez total ou parcial por acidente.

Na responsabilidade contratual, os juros moratórios contam-se a partir da citação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 10 de janeiro de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário contra decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível, da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente o pedido inicial nos autos de Cobrança de seguro, n. 001090393792, proposta por Marcílio atanásio Fontoura, condenando a parte ré ao pagamento complementar referente a garantia securitária por invalidez total ou parcial pro acidente, no valor de R$ 152.396,82, corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, tudo desde o acidente (4.0.2001), devendo ser deduzido o valor de R$ 48.800,12, recebido à título de invalidez permanente total por doença", corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV, desde o desembolso pela seguradora (30.8.2008), bem como ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% da quantia atualizada da condenação.

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

Ocorrência do prazo prescricional de 1 (um) ano, previsto no art. 206, § 1°, II, b, do Código Civil, pois o pagamento foi realizado por crédito administrativo na conta corrente do autor em 8.5.2008, findando o prazo prescricional em 8.5.2009 e a ação foi proposta em 30.6.2009;

Para a indenização à titulo de invalidez por acidente é necessário que os problemas derivem unicamente de evento súbito, involuntário e violento, o que não é o caso, pios o autor apresentou hipoxia encefálica, devido acidente vascular cerebral em 09/2011, o que ocasiona a indenização pro invalidez permanente e total por doença.

Os juros moratórios devem ter incidência a partir da citação, de acordo com o art. 219, do CPC.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso, para julgar improcedente a ação, eximindo o recorrente da condenação que lhe foi imposta.

Em contrarrazões de f. 123-7, pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso ante a ausência de subscrição do advogado; o desentranhamento do documento de fl. 110 por juntada extemporânea; e no mérito pelo não provimento do recurso. e no mérito pelo não provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário contra decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível, da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente o pedido inicial nos autos de Cobrança de seguro, n. 001090393792, proposta por Marcílio atanásio Fontoura, condenando a parte ré ao pagamento complementar referente a garantia securitária por invalidez total ou parcial pro acidente, no valor de R$ 152.396,82, corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, tudo desde o acidente (4.9.2001), devendo ser deduzido o valor de R$ 48.800,12, recebido à título de invalidez permanente total por doença", corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV, desde o desembolso pela seguradora (30.8.2008), bem como ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% da quantia atualizada da condenação.

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

Ocorrência do prazo prescricional de 1 (um) ano, previsto no art. 206, § 1°, II, b, do Código Civil, pois o pagamento foi realizado por crédito administrativo na conta corrente do autor em 8.5.2008, findando o prazo prescricional em 8.5.2009 e a ação foi proposta em 30.6.2009;

Para a indenização à titulo de invalidez por acidente é necessário que os problemas derivem unicamente de evento súbito, involuntário e violento, o que não é o caso, pios o autor apresentou hipoxia encefálica, devido acidente vascular cerebral em 09/2011, o que ocasiona a indenização pro invalidez permanente e total por doença.

Os juros moratórios devem ter incidência a partir da citação, de acordo com o art. 219, do CPC.

Pois bem.

Analiso a preliminar arguida em contrarrazões de não conhecimento do recurso ante a ausência de subscrição do advogado.

Em que pese o procurador da parte apelante não ter subscrito a última folha da peça recursal (f.109), ele o fez na primeira folha (f. 102), razão pela qual o vício restou sanado.

Passo a análise da prejudicial de prescrição levantada pelo apelante.

Sustenta a ocorrência do prazo prescricional de 1 (um) ano, previsto no art. 206, § 1°, II, b, do Código Civil, tendo em vista que o pagamento foi realizado por crédito administrativo na conta corrente do autor em 8.5.2008, findando o prazo prescricional em 8.5.2009 e a ação foi proposta em 30.6.2009;

No presente caso o prazo prescricional inicia-se da data em que o pagamento foi feito a menor, por se tratar de ação de complementação de verba securitária.

Pela análise da prova documental (f. 7), tem-se que o requerente recebeu a verba indenizatória na data de 30.6.2008, e propôs a ação na data de 30.06.2009, razão pela qual não há de se falar em prescrição.

Passo a análise do mérito

Tenho que não procede a súplica recursal, não sendo os argumentos externados nestas razões recursais suficientes para modificar a decisão de primeira instância, cujos fundamentos peço vênia para deduzi-los abaixo.

Note-se que, uma vez comprovado nos autos, é incontroversa a incapacidade do segurado-apelado para continuar a desempenhar sua atividade física e/ou laborativa costumeira, pois está inequivocamente configurada a sua invalidez permanente total.

Portanto, o cerne da razão recursal cinge-se em saber se houve invalidez por acidente ou invalidez por doença.

O autor foi submetido a cirurgia de colecistectomia, onde ocorreu a desconexão de um tubo do aparelho de anestesia, ocasionando uma parada respiratória e, por consequência, sequelas neurológicas irreparáveis.

De acordo com a Circular da SUSEP n. 029 de 20.12.91 "*considera-se acidente pessoal o evento com data perfeitamente caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física que, por si só, e independentemente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a morte, a invalidez permanente total ou parcial do segurado ou torne necessário um tratamento médico*".

Como bem elucidado pelo magistrado de primeira instância, "*no presente caso, o acidente pessoal ocorreu em 4.9.2001 (data caracterizada), em razão da desconexão de um tubo do aparelho anestésico (externo, súbito, involuntário e violento), que resultou nas limitações totais e permanentes suportadas atualmente pelo autor (lesão física que independentemente causou invalidez permanente total)*".

Ademais, o réu não conseguiu comprovar que a saúde do autor era desfavorável à realização da cirurgia, e assim não há provas de que seria uma doença advinda de estado de saúde fragilizado, ou de problemas existentes antes da realização da cirurgia.

Muito pelo contrário, ficou comprovado nos autos, por provas documentais e laudo médico, que as sequelas irreversíveis que causaram a invalidez em questão, são resultado do acidente ocorrido durante o procedimento cirúrgico, qual seja, a desconexão do tudo do aparelho anestésico, gerando um quadro de falta de oxigenação cerebral.

Para corroborar tal afirmativa basta pensar que se fosse caso de doença, o autor não sofreria as lesões cerebrais e consequentes sequelas em caso da inocorrência do acidente, a desconexão do tudo de anestesia.

Ademais, o contrato de seguro, assim, como todos aqueles alcançados e sujeitos aos preceitos da Lei n. 8.078/90, deve ser interpretado de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC).

Assim, a apelante não comprovou a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor-segurado, de acordo com a regra do art. 333 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido é o entendimento assente desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – COBERTURA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR – ÔNUS QUE LHE CABIA – ARTIGO 333, INCISO II DO CPC – COMPROVAÇÃO PELO LAUDO PERICIAL DA INVALIDEZ TOTAL PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE FÍSICA OU LABORAL DO SEGURADO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PELO INSS – DEVE SER CONSIDERADO COMO UM MEIO DE PROVA – CONTRATO DE ADESÃO – NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO HIPOSSUFICIENTE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (AC n. 2010.032497-0, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 4.11.2010).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO – [...] – COBERTURA – AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO – RISCO ASSUMIDO – INVALIDEZ PERMANENTE E IRREVERSÍVEL – DOENÇA EVIDENCIADA PELA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA PELO INSS E LAUDO PERICIAL DO JUÍZO – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DE FATO MODIFICATIVO, EXTINTIVO OU IMPEDITIVO DO DIREITO POSTULADO PELO AUTOR – ART. 333, II, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Não se desincumbindo a ré do ônus de provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito postulado pelo autor, há de ser prestigiada a sentença que entendeu pela procedência do pedido, mormente quando evidenciada a invalidez permanente e irreversível do segurado em face da concessão de aposentadoria pelo INSS e das conclusões médicas trazidas pelo perito nomeado pelo juízo. (AC n. 2005.017103-6, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, 1º.3.2007).

Ademais, pela declaração feita pela parte ré (f. 6), que não foi impugnada, restou comprovada a previsão contratual na apólice do seguro do direito do autor ao recebimento por "Invalidez Total ou Parcial por Acidente", com valor de R$ 152.396,82 (cento e cinquenta e dois mil trezentos e noventa e seis reais e oitenta e dois centavos).

Juros de Mora

Para delimitação do termo inicial da incidência dos juros de mora, há antes que definir se a responsabilidade pelos danos é contratual ou extracontratual. Isto porque, se contratual, contam-se a partir da citação inicial (art. 405, NCC/2002), ao passo que, se extracontratual, a incidência ocorre a partir da prática do ato ilícito (art. 398, NCC/2002, e Súmula n. 54/STJ).

Da análise dos fatos, constata-se que a responsabilidade pela reparação do dano é contratual, uma vez que decorrente de contrato celebrado entre as partes, de modo que os juros moratórios devem ser contados da data da citação, em conformidade com o art. 405 do Código Civil.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça concluiu:

> O termo inicial da incidência dos juros moratórios, em se tratando de responsabilidade civil contratual, é a data da citação (art. 405 do CC). (REsp n. 710385/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 28.11.2006, DJ de14.12.2006, p. 255).
>
> A teor da jurisprudência desta Corte, em se tratando de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidem a partir da citação. (REsp n. 826406/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 25.4.2006, DJ de 15.5.2006, p. 241).
>
> Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora contam-se da citação.
>
> Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp n. 196.214/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 23.11.1999).

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por HSBC Seguros S/A, somente para determinar que os juros moratórios incidam a partir da citação da seguradora, no mais mantenho a decisão de primeiro grau em seus exatos termos.

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. 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, 10 de janeiro de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.000844-3 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL DE CONTRATO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE ABUSIVO DA MENSALIDADE – FAIXA ETÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – RESTABELECIMENTO DO CONTRATO – DEVIDO – RECURSO PROVIDO.

1. Conforme jurisprudência pacífica do e. STJ, a previsão de reajuste em razão da faixa etária é abusiva, devendo ser declarada nula. Aplicação do Estatuto do Idoso e do CDC.

2. Reajustes abusivos – *in casu* mais de 100% –, implicam rompimento do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, princípios elementares das relações de consumo.

3. Cabível o restabelecimento do contrato, considerando que se cancelamento se deu como consequência da cláusula nula que, legalmente, não pode gerar efeitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 31 de janeiro de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário contra decisão proferida pelo juízo da 10ª Vara Cível, da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido, nos autos da ação Revisional de Contrato c/c Obrigação de Fazer, n. 00727114420108120001.

Alega a Apelante, em síntese, que:

1. A cláusula que prevê a fixação de reajuste de 130,03% pelo simples fato de a contratante atingir 60 anos de idade é excessivamente onerosa, razão porque deve ser reconhecida sua nulidade.

2. O reajuste da mensalidade – mais que o dobro -, foi o único motivo que inviabilizou sua permanência no plano de saúde.

3. Deixar ao arbítrio da recorrida estabelecer percentuais de reajuste diferenciados tomando por critério exclusivo a variação de faixa etária é considerado conduta abusiva que, desde logo, deve ser rechaçada pelo Judiciário.

Ao final, requereu o provimento do recurso, com reforma da sentença para o fim de determinar o restabelecimento do contrato de seguro saúde celebrado, com manutenção, por tempo indeterminado da prestação dos serviços de assistência médica, com a declaração de nulidade da cláusula 20.3, que permite o reajuste da mensalidade por variação de faixa etária acima de 60 anos.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos às f. 230.

Contrarrazões às f. 235-50, pugnando pelo improvimento do recurso e prequestionando matérias de ordem constitucional e infraconstitucional.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário contra decisão proferida pelo juízo da 10ª Vara Cível, da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido, nos autos da ação Revisional de Contrato c/c Obrigação de Fazer, n. 00727114420108120001.

No caso *sub judice*, a controvérsia remanescente diz respeito à cláusula que prevê reajuste de mensalidade, constante no contrato de assistência à saúde celebrado entre as partes, em virtude da mudança de faixa etária.

Importa consignar que os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei n. 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor.

Além disso, entende-se que a Lei n. 9.656/98 é aplicável à hipótese dos autos. Destaca-se, que o pacto havido entre o as partes possui longa duração, renovando-se anualmente de forma automática, devendo as disposições contratuais de cada período atender ao que estabelecido na Lei n. 9.656/98.

Conforme jurisprudência pacífica do STJ, a previsão de reajuste em decorrência da troca de faixa etária causa evidente desequilíbrio contratual entre as partes, expondo a proteção da saúde da parte autora a risco desnecessário.

Outrossim, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 15, § 3º, veda expressamente "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade". Destaca-se que não procede a alegação de que o referido Estatuto é inaplicável ao caso por ser o contrato anterior à sua vigência. Tratando-se de pacto de trato sucessivo, cuja renovação é automática, devem as suas cláusulas se adaptar à legislação vigente.

Destarte, constata-se que a cláusula que estabelece o reajuste em face da faixa etária é abusiva e, por conseguinte, nula, nos termos do artigo 51, IV, do CDC, *in verbis:*

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

A respeito do tema, veja-se a jurisprudência do e. STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
>
> 1. Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária. Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
>
> 2. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, deve a decisão ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.
>
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgReg no AgReg no REsp n. 533.539/RS, Quarta Turma Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 23.2.2010, DJ de 8.3.2010)
>
> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DO IDOSO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA.VEDAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
>
> - O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.
>
> - Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.
>
> - Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.
>
> - O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo.
>
> - Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária.
>
> - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.
>
> - Agravo Regimental improvido. (AgReg no REsp n. 707.286/RJ, Terceira Turma Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 17.12.2009, DJ de 18.12.2009).

Note-se que a existência de cláusula inquinada de invalidade absoluta não pode gerar qualquer efeito ou viger a qualquer tempo, tendo em vista que o princípio do *pacta sunt servanda* pressupõe a existência de condição contratual em conformidade com o direito, de sorte que se houve estipulação manifestamente ilegal por óbvio que não se pode aplicar aquele preceito ou mesmo aventar requisito essencial para livre manifestação de vontade, pois não há elemento volitivo capaz de validar nulidade reconhecida de pleno direito.

Ademais, define o artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/03, que:

> Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.
>
> [...]
>
> § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Destarte, mesmo que o contratante já possua mais de 60 anos à data de celebração do contrato, deve ser reconhecida a abusividade da cláusula contratual que importa a estipulação a maior de sua contraprestação. Determinação esta que igualmente viola o artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC.

Nesse contexto, considerando que, ante o reajuste abusivo da mensalidade, conforme relatado na peça inaugural e não contestado pelo apelado:

> [...]
>
> A requerente compareceu então à sede da requerida para procurar informações sobre o aumento do plano de saúde contratado, já que não possui renda suficiente para pagar o alto valor do reajuste das parcelas cobradas pela requerida, sendo que esta afirmou que nada podia fazer e que se a autora não pagasse o valor imposto seu nome ficaria sujo e recairiam juros e multa sobre as prestações; também lhe aconselharam o cancelamento do contrato.
>
> Assustada, a requerente assinou, então, a rescisão do contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares firmado com a requerida.
>
> Sentindo-se lesada, a autora saiu da sede da requerida e dirigiu-se a esta Defensoria Pública com intuito de informar-se sobre seus direitos, dizendo que se sentiu constrangida e discorrendo sobre o aumento abusivo do valor da prestação. (f. 3-4).

Em análise aos documentos que instruem o feito, constata-se que as datas confirmam as afirmações da recorrente, se não vejamos:

1. F. 13 – cópia da carteira de identidade da apelante, comprovando que em outubro de 2010, completou 60 anos de idade;

2. F. 36 – cópia da solicitação de cancelamento de contrato, datada em novembro de 2010;

3. F. 92 – documento emitido pela apelada – UNIMED, denominado "Subsídios para a Assessoria Jurídica elaborar a defesa" no qual consta:

> A reclamante, em razão do deslocamento de faixa etária de 59 anos para 60 anos (dt. nasc. 27.10.1950) e em conformidade a Cláusula Contratual **20.3**, teria um reajuste de faixa etária, passando a vigorar o novo valor a partir de **outubro/2010** de **R$ 352,43** para **R$ 810, 69**. Previsão contratual de 130,03% de reajuste por faixa etária.
>
> Porém a beneficiária reclamante em 17.11.2010 solicitou o cancelamento do plano por problemas financeiros.

Dessa forma, restou evidente que o pedido de cancelamento do contrato referente ao plano de saúde se deu em decorrência da cláusula nula (reajuste abusivo da mensalidade por mudança de faixa etária – 60 anos) pelo que, por consequência, não pode gerar tal efeito (cancelamento do plano por inviabilidade de pagamento), devendo ser restabelecido o contrato, em atenção ao Estatuto do Idoso, que não permite reajustes, em razão da idade, para os consumidores que atingirem 60 anos.

Ex positis, conheço do recurso manejado por Ruth Carvalho Van Der Kuip e dou-lhe provimento para:

I - declarar a nulidade da cláusula contratual que estabelece o reajuste das mensalidades por faixa etária – 60 anos –, e abusivo o percentual adotado (130,03%), restando assim vedada a cobrança de valores diferenciados dos demais conveniados do plano, em razão da mudança de faixa etária da recorrente.

II - determinar o restabelecimento do contrato firmado entre as partes, considerando que o cancelamento se deu como consequência da cláusula nula que, legalmente, não pode gerar efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 31 de janeiro de 2012.

***

Primeira Seção Cível
Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2011.029456-0/0001-00 - TJ
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – MANTIDA A CONCESSÃO DE LIMINAR EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA – SERVIDOR ESTÁVEL – VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR – EXCEÇÃO ÀS RESTRIÇÕES INERENTES A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONTRA FAZENDA PÚBLICA – AGRAVO IMPROVIDO.

A concessão de liminar em mandado de segurança está condicionada à presença concomitante de seus dois pressupostos autorizadores, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (relevância do fundamento da impetração).

A relevância dos fundamentos restou suficientemente caracterizada na lúcida demonstração do direito líquido e certo do impetrante, em permanecer no cargo de auxiliar de enfermagem junto ao Hospital Regional de Mato Grosso do Sul, primeiro, por tratar-se de servidor estável, segundo, porque a administração o exonerou utilizando fundamentos analógicos *in mala parte*.

O benefício pleiteado possui natureza alimentar, de onde decorre a presunção de que os alimentados dependam destes valores para a sua subsistência.

Tal circunstância, associada ao considerável lapso de tempo que se prevê necessário para uma solução de mérito dessa demanda em decorrência de suas particularidades o que demonstra a presença do *periculum in mora*.

Feito um juízo de valor entre o interesse patrimonial do Estado e a própria subsistência e dignidade dos impetrantes, à luz dos critérios constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade e observadas as particularidades do caso anteriormente expostas, entendo cabível o deferimento da liminar.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de março de 2012.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

O Estado de Mato Grosso do Sul inconformado com a decisão que deferiu a concessão de medida liminar em mandado de segurança, em favor de Chrysthian de Arruda Romero, para o fim de mantê-lo no quadro de servidores do Hospital Regional de Campo Grande, interpõe o presente agravo regimental.

Aduz que a decisão afrontou a regra que proíbe a concessão de liminar e a execução provisória em mandado de segurança quando há o pagamento de qualquer natureza. Sustenta ainda, inexistir direito líquido e certo e a fumaça do bom direito, indispensável à concessão de liminar.

Assim, pugna pela reforma da decisão de f. 41-3.

VOTO (EM 6.2.2012)

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

O Estado de Mato Grosso do Sul inconformado com a decisão que deferiu a concessão de medida liminar em mandado de segurança, em favor de Chrysthian de Arruda Romero, para o fim de mantê-lo no quadro de servidores do Hospital Regional de Campo Grande, interpõe o presente agravo regimental.

Aduz que a decisão afrontou a regra que proíbe a concessão de liminar e a execução provisória em mandado de segurança quando há o pagamento de qualquer natureza. Sustenta ainda, inexistir direito líquido e certo e a fumaça do bom direito, indispensável à concessão de liminar.

Assim, pugna pela reforma da decisão de f. 41-3.

Primeiramente, admito o Estado de Mato Grosso do Sul como sendo parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação mandamental e consequentemente aviar o presente recurso.

A concessão de liminar em mandado de segurança está condicionada à presença concomitante de seus dois pressupostos autorizadores, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (relevância do fundamento da impetração).

Analisando detidamente o *writ* tenho que presentes os requisitos autorizadores da medida.

A relevância dos fundamentos restou suficientemente caracterizada na lúcida demonstração do direito líquido e certo do impetrante, em permanecer no cargo de auxiliar de enfermagem junto ao Hospital Regional de Mato Grosso do Sul, primeiro, por tratar-se de servidor estável, segundo, porque a administração o exonerou utilizando fundamentos analógicos *in mala parte*.

Compulsando-se os autos, constata-se que o direito pleiteado possui natureza alimentar, de onde decorre a presunção de que o alimentado dependa deste valor para a sua subsistência.

Tal circunstância, associada ao considerável lapso de tempo que se prevê necessário para uma solução de mérito dessa demanda em decorrência de suas particularidades o que demonstra a presença do *periculum in mora*.

Ressalte-se que não se desconhece as restrições inerentes à antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública, nem aquelas típicas à antecipação de cunho irreversível, dado o caráter alimentar da prestação.

Entretanto, feito um juízo de valor entre o interesse patrimonial do Estado e a própria subsistência e dignidade dos impetrantes, à luz dos critérios constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade e observadas as particularidades do caso anteriormente expostas, entendo cabível o deferimento da liminar.

Finalmente, é oportuno ressaltar que, inobstante a supremacia do interesse público sobre o particular, não há direitos absolutos em nosso ordenamento Constitucional.

Consideradas as particularidades do caso, tem-se que num juízo de proporcionalidade e razoabilidade entre o interesse estritamente econômica da administração e a vida com dignidade do impetrante - existe justificativa para se excepcionar a regra geral, admitindo-se a antecipação ainda que exista risco de irreversibilidade posterior do provimento atacado.

Neste sentido, são ilustrativos os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> 18155612 - ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. IMPLANTAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO. CABIMENTO DA IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. A concessão de tutela antecipada deve ser deferida quando o direito do requerente se mostre verossímil e a demora da decisão venha a provocar dano irreparável ou de difícil reparação. 2. Hipótese em que, considerados o conjunto probatório apresentado e a natureza da verba discutida, restaram demonstrados a qualidade de ex-combatente do *de cujus* e o *periculum in mora*, devendo ser implantada a discutida pensão especial. 3. Diante da natureza previdenciária do objeto da demanda, inexiste, consoante precedentes do Pretório Excelso, vedação à concessão antecipada dos efeitos da tutela. 4. A imposição de multa, para o caso de descumprimento da obrigação de fazer, a teor do art. 461 do CPC, tem como objetivo compelir o devedor a cumprir seu dever de forma específica, devendo ser imposta em valor razoável, em atenção ao princípio da proporcionalidade, sendo certo que a aludida penalidade pecuniária pode ser imposta contra a Fazenda Pública. 5. Agravo de instrumento improvido. (TRF Quinta Região, Ag n. 84706- Processo n. 2007.05.00.097938-4, PE, Segunda Turma, Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel, julgado em 18.3.2008, DJU 9.4.2008, p.1332).
>
> 11480124 - REINTEGRAÇÃO DE MILITAR. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Análise do mérito da demanda. Impossibilidade. Agravo regimental improvido. (STJ, AgReg em Ag n. 949.000-Processo n. 2007/0213700-4, RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Vital Naves,julgado em 10.6.2008, DJ 8.9.2008).
>
> 18160737 - PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO. CONCESSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. 1. A decisão na Ação Direta de Constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária. (Súmula n. 279 do STF). 2. A imposição de multa, para o caso de descumprimento da obrigação de fazer, a teor do art. 461 do CPC, tem como objetivo compelir o devedor a cumprir seu dever de forma específica, devendo ser imposta em valor razoável, em atenção ao princípio da proporcionalidade, sendo certo que a aludida penalidade pecuniária pode ser imposta contra a Fazenda Pública. 3. A caução do art. 588, I, do CPC foi revogada pela Lei n. 11.232/2005. 4. Agravo de instrumento improvido. (TRF Quinta Região, Ag n. 85917, PE, Segunda Turma, Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, julgado em 22.4.2008, DJU 14.5.2008, p. 436) Súmula n. 279 do STF CPC, art. 461).

Feitas estas considerações, que apenas se somam aos argumentos anteriormente ventilados no provimento do *writ,* mantenho a decisão agravada que concedeu a liminar pleiteada para o fim de suspender o ato coator, garantido-se ao impetrante sua reintegração ao cargo até o julgamento final do *mandamus,* inclusive com o pagamento de seus proventos, com valor retroativo à propositura do *writ* e sua concessão.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (1º vogal)

De acordo com o relator. Nego provimento ao recurso.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL (DES. SÉRGIO), APÓS O RELATOR E O 1º VOGAL NEGAREM PROVIMENTO AO REGIMENTAL. OS DEMAIS AGUARDAM.

VOTO (EM 5.3.2012)

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

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Chysthian de Arruda Romero, deferiu o pedido de liminar para manter o impetrante no quadro de servidores do Hospital Regional de Campo Grande.

O Estado agravante alega, em síntese, que (i) a decisão afrontou a regra que proíbe a concessão de liminar, bem como a execução provisória em sede de mandado de segurança quando o ato atacado versar sobre pagamento de qualquer natureza; e (ii) inexistem o direito líquido e certo e a fumaça do bom direito, requisitos indispensáveis à concessão de liminar.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Dou provimento ao presente regimental.

Com efeito, verifico não encontrarem-se presentes os requisitos necessários para a concessão da liminar pleiteada.

De fato, o ora agravado afirma na inicial da impetração que foi informado pelo Hospital Regional que sua recondução ao cargo que ocupava, caso o vínculo que mantinha com o município não viesse a se concretizar - o que efetivamente acabou por ocorrer - deveria ser requerida no prazo de 90 dias.

Contudo, não encontrei nos autos a indispensável prova pré-constituída nesse sentido, requisito, como sabido e ressabido, necessário para deferir-se liminar na via estreita do *writ*.

Anote-se, por oportuno, que, no caso, o impetrante ora agravado sequer demonstrou a existência de legislação pertinente naquilo que diz respeito à previsão do invocado prazo de 90 dias que o autorizaria, após a exoneração do cargo municipal que exercia, a pedir a recondução no posto estadual que ocupava no Hospital Regional.

Destarte, ausente a fumaça do bom direito, deve ser cassada a decisão que deferiu o pedido liminar.

Ante o exposto, excelsa vênia, dou provimento ao presente regimental para revogar a liminar concedida.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (3º vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (4º vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Ruy Celso Barbosa Florence e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 5 de março de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.030627-4 - Campo Grande
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RENOVAÇÃO DE ASSINATURA DE REVISTA – VÍCIOS DE CONSENTIMENTO – COBRANÇA NA FATURA DO CARTÃO DE CRÉDITO DA PARTE AUTORA – SENTENÇA MANTIDA – MANTIDO O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO IMPROVIDO.

No presente caso, não há dúvidas, a cobrança realizada pela apelante demonstra-se evidentemente indevida, pois referente a um negócio jurídico eivado com vício de consentimento.

Por isso, a condenação da apelante à repetição de indébito pela cobrança indevida da assinatura de revista no cartão de crédito da apelada, é medida que se impõe.

A simples prática do ato capaz de causar a lesão ao direito é quanto basta à configuração do dano moral. No caso, restou evidente o constrangimento a que foi injustamente submetido o autor, o qual recebeu cobranças e efetuou o pagamento de um serviço que não foi contratado, fato que perdurou por longo período de tempo (novembro de 2008 a janeiro de 2010).

Quanto ao valor fixado a título de indenização, este deve levar em consideração os danos experimentados pela apelada e a condição econômica da editora apelante, razão pela qual a sentença deve ser mantida em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de março de 2012.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Três Editorial Ltda., inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 4ª Vara da Comarca de Campo Grande, que nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Débito, c/c Repetição de indébito com pedido de Danos Morais, que lhe move José Dias Paiva, julgou procedente o pedido contido na ação, reconhecendo a inexistência de débito no valor de R$ 655,20, condenando-o à repetição de indébito no valor de R$ 1.310,40, bem como, a indenização por danos morais, no importe de R$ 5.000,00.

Sustenta a apelante que a contratação referente a assinatura da revista Isto É, foi feita pelo serviço de *telemarketing*, tendo sido aceita pelo apelado, que na ocasião forneceu seus dados completos, inclusive o número de seu cartão de crédito permitindo o lançamento do débito.

Assevera que é uma empresa responsável, com muitos assinantes, e que mantém rígido controle sobre seu sistema de assinaturas, alegando ser impossível a contratação mediante pagamento via cartão de crédito sem que o assinante fornecesse o número.

Pondera que não restou comprovado o dano moral a ser reparado, aduzindo que tal indenização constitui verdadeiro enriquecimento sem causa, decorrente de pequenos dissabores da vida moderna, que não levam a nenhuma repercussão jurídica.

Salienta, que a fixação da indenização por danos morais deve obedecer aos critérios da razoabilidade, sendo que o valor atribuído 15 salários mínimos é manifestamente excessivo e desproporcional.

Para tanto, pede em sede de apelo seja julgada totalmente improcedente a sentença, condenando-se o apelado ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais, não sendo este o entendimento, requer a redução do *quantum* indenizatório a fim de evitar o enriquecimento sem causa.

Às f. 161-5, vieram as contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Três Editorial Ltda., inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 4ª Vara da Comarca de Campo Grande, que nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Débito, c/c Repetição de indébito com pedido de Danos Morais, que lhe move José Dias Paiva, julgou procedente o pedido contido na ação, reconhecendo a inexistência de débito no valor de R$ 655,20, condenando-o à repetição de indébito no valor de R$ 1.310,40, bem como, a indenização por danos morais, no importe de R$ 5.000,00.

Sustenta a apelante que a contratação referente a assinatura da revista Isto É, foi feita pelo serviço de telemarketing, tendo sido aceita pelo apelado, que na ocasião forneceu seus dados completos, inclusive o número de seu cartão de crédito permitindo o lançamento do débito.

Assevera que é uma empresa responsável, com muitos assinantes, e que mantém rígido controle sobre seu sistema de assinaturas, alegando ser impossível a contratação mediante pagamento via cartão de crédito sem que o assinante fornecesse o número.

Pondera que não restou comprovado o dano moral a ser reparado, aduzindo que tal indenização constitui verdadeiro enriquecimento sem causa, decorrente de pequenos dissabores da vida moderna que não levam a nenhuma repercussão jurídica.

Salienta, que a fixação da indenização por danos morais deve obedecer aos critérios da razoabilidade, sendo que o valor atribuído 15 salários mínimos é manifestamente excessivo e desproporcional.

Para tanto, pede em sede de apelo seja julgada totalmente improcedente a sentença, condenando-se o apelado ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais, não sendo este o entendimento, requer a redução do *quantum* indenizatório a fim de evitar o enriquecimento sem causa.

Observo inicialmente que, com relação à matéria trazida no recurso, há que ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos, diante da completa análise da matéria posta em discussão nos autos e, para não incorrer em tautologia, transcrevo-a a seguir parte da sentença que fundamente o vício na contratação da assinatura:

> [...] Da inexistência do débito:
>
> Segundo o autor, foram feitas cobranças em seu cartão de crédito no valor total de R$ 655,20 (seiscentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos), referente a assinatura de revistas jamais solicitadas. Sustentou, dessa forma, a inexistência de relação jurídica e, consequentemente, do débito cobrado.
>
> Antes de se analisar a existência dos requisitos de validade de qualquer negócio jurídico, previstos no artigo 104 do Código Civil, deve ser feita a apreciação da própria existência do negócio.
>
> Conforme lição de Pontes de Miranda, "Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade."
>
> De acordo com esse clássico doutrinador, "O elemento 'consciência' é essencial à declaração de vontade e à manifestação de vontade (ato adeclarativo, que basta ao negócio jurídico). A manifestação de vontade de negócio há de ser, por exigência da teoria mesma do auto-regramento da vontade (dita da autonomia privada), consciente. De modo que é suporte fáctico do negócio jurídico assim a declaração de vontade como o ato volitivo (adeclarativo), desde que a vontade, que ali se "declara" e aqui se "indicia", seja a de negociar (=concluir negócio jurídico). Se falta a manifestação da vontade, o negócio jurídico é nenhum [...]. A falta de vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade ou da manifestação de vontade (=ato adeclarativo) para compor suporte fáctico do negócio jurídico: não há negócio jurídico."
>
> Portanto, para se apurar a existência ou inexistência do débito cobrado no cartão de crédito do autor, em primeiro lugar deve ser analisado se o negócio jurídico correspondente efetivamente existiu, fato que estaria configurado com a comprovação da vontade consciente do autor de celebrar esse contrato.
>
> Dessa forma, com base na regra da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII), foi determinado à empresa ré a apresentação da gravação telefônica por meio da qual teria sido realizada a contratação entre as partes, que permitiu a cobrança do débito ora discutido.
>
> A ré promoveu a juntada do disco compacto "CD" de f. 97, sobre o qual se manifestou o autor (f. 101-4).
>
> Após a audição do conteúdo do mencionado disco, chegou-se à clara conclusão de que o autor não tinha plena consciência do que se tratava aquela ligação, tendo repassado informações a respeito do seu cartão de crédito somente porque tais informações eram exigidas pela vendedora, que atuava em nome da ré, a qual, inclusive, já tinha dados iniciais ou incompletos dos cartões de crédito.
>
> Essa não consciência no tocante à assinatura das revistas foi confirmada pelo depoimento prestado pelo autor, em juízo, tendo o mesmo sido categórico no fato de que nunca celebrou qualquer contrato com a empresa ré, jamais tendo solicitado qualquer tipo de revista, até porque "nem sabe ler". Nesse sentido são trechos do seu depoimento:

[...] que o declarante nunca pediu nem assinou contrato de revista, pois nem sabe ler. Que era jogada no quintal do declarante uma revista, geralmente de madrugada. Que ficou sendo entregue essa revista quase um ano. Que o depoente tinha um cartão da Finivest e passou a vir uma cobrança no cartão. Que ai o declarante reclamou e ai mandaram outro cartão. Que uma revista. Que o declarante (afirmou que) tinha sido bom ela ligar para saber quem tinha feito isso. Que essa mulher disse que tinha o cartão do declarante com ela, dando o número do cartão para o declarante o qual o declarante conferiu e já tinha sido pagas várias parcelas. Que o declarante não autorizou a continuar a mandar revista. Que essa mulher falou que tinha os números de outros cartões do declarante, não sabendo como. Que o declarante está com 72 e estudou na época de criança até terceiro ou quarto ano, sabendo ler muito pouco. Que o declarante não fez assinatura da revista. [...] (sem grifos no original).

Como se percebe, o autor não manifestou vontade na contratação do serviço de fornecimento de revistas, repassando o número dos seus cartões de crédito somente porque tais informações eram solicitadas pela funcionária da ré, sem que em qualquer momento fizesse qualquer manifestação consciente no sentido de aceitar aquela contratação.

É induvidosa a boa-fé daqueles que aderem a contratos de massa (adesão) através de uma simples ligação telefônica, tendo em vista que nessa situação o consumidor encontra-se em uma situação de gritante inferioridade.

Segundo Cláudia Lima Marques, a distância física entre o fornecedor e o consumidor é enorme fator de debilidade informativa, uma vez que as informações disponíveis são aquelas escolhidas exclusivamente pelo fornecedor, sendo essa distância grave fator de insegurança contratual.

Assim, as afirmações e informações passadas pelo consumidor em uma "contratação" realizada por telefone devem ser interpretadas com bastante restrição, ainda mais em se tratando de uma pessoa idosa (70 anos) e com baixa escolaridade, que não tem condições suficientes para entender as "artimanhas" e técnicas de convencimento de que são possuidores os treinados funcionários da ré ou de empresa terceirizada que fazem esse tipo de ligação.

O fato é que no presente caso evidencia-se de forma bastante clara e manifesta a ausência de vontade consciente por parte do autor para a realização do contrato com a ré, fato que, por si só, é suficiente para o reconhecimento da inexistência de negócio jurídico e, consequentemente, do débito no valor de R$ 655,20 (seiscentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos), cobrado na fatura do seu cartão de crédito.

Dessa forma, não há qualquer empecilho para a declaração de inexistência do débito, exatamente como pretendido na inicial.

Da repetição de indébito:

Não havendo mais dúvida quanto à efetiva cobrança do valor indicado (R$ 655,20), deve ser analisado agora se é possível a incidência do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina que "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que o autor pode ser considerado consumidor, ainda que de forma equiparada (CDC, art. 29), isso porque foi exposto às práticas comerciais realizada pela ré, não havendo, portanto, qualquer empecilho na aplicação das regras de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor.

Para a incidência do parágrafo único do artigo 42 do CDC, como pretende a parte requerente, é imprescindível a presença de três pressupostos objetivos (cobrança de dívida; de forma extrajudicial; referente a uma obrigação de consumo) e um subjetivo (ausência do engano justificado).

No presente caso, é evidente que houve uma cobrança e pagamento de dívida (assinatura de revista) de forma extrajudicial (através da fatura de cartão de crédito) referente a uma relação de consumo (serviço de fornecimento de revista), sendo necessária melhor análise somente no tocante à ausência, ou não, do engano justificável pela requerida.

Primeiramente, conforme leciona Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, no Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição. O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se.

A prova da justificabilidade do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, ao reclamar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança desacertada do credor.

Portanto, para a configuração da necessidade de aplicação da sanção prevista no parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, basta que o consumidor (requerente) comprove o pagamento indevido, o que já foi feito com o reconhecimento da inexistência de negócio jurídico entre as partes.

Quanto à má-fé, conforme já esclarecido anteriormente, em se tratando de matéria vinculada às regras de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor não é só a má-fé que configura a injustificabilidade da cobrança indevida, mas, também, e principalmente, a cobrança irregular feita de maneira culposa, ou seja, de forma negligente, imprudente ou imperita.

Nesse sentido é o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CONSUMIDOR. DESTINATÁRIO FINAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.078/90. [...] I - O Tribunal *a quo* afastou a incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC, que determina a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente nas relações de consumo, pela ausência de dolo (má-fé) do fornecedor. Entretanto, basta a culpa para a incidência de referido dispositivo, que só é afastado mediante a ocorrência de engano justificável por parte do fornecedor. II - No circunlóquio fático delimitado pelo acórdão recorrido, ressai a não-demonstração, por parte da recorrida, da existência de engano justificável, tornando-se aplicável o disposto no artigo 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90.

Precedentes: REsp n. 1.025.472/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 30.4.2008; AgReg no Ag n. 777.344/RJ, Relª. Minª. Denise Arruda, DJ de 23.4.2007; REsp n. 263.229/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 9.4.2001. [...] (REsp n. 1085947/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 4.11.2008, DJ de 12.11.2008).

No presente caso, não há dúvidas, a cobrança realizada pela requerida demonstra-se evidentemente indevida, pois referente a um negócio jurídico inexistente.

Portanto, constata-se que efetivamente houve cobrança e pagamento indevido no valor de R$ 655,20 (seiscentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos), inexistindo

engano justificável na conduta da requerida, a qual fica, dessa forma, sujeita à condenação prevista no artigo 42, parágrafo único, do CDC.

O dobro do valor cobrado indevidamente totaliza a quantia de R$ 1.310,40 (um mil, trezentos e dez reais e quarenta centavos), que deverá ser atualizada monetariamente a partir de cada pagamento indevido e acrescida de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde o comparecimento voluntário da ré em juízo, que se equipara à citação (6.7.2010 – f. 39), nos termos do art. 405 do Código Civil.

Dos danos morais:

Como bem se sabe, a configuração da responsabilidade civil subjetiva exige a presença concomitante de quatro elementos essenciais, quais sejam, a conduta humana antijurídica (ato ilícito), o dano, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, além da culpa ou dolo do agente causador do dano.

O Código Civil cuida das regras gerais da responsabilidade civil, estabelecendo o seguinte em seus artigos 186 e 927:

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 (art. 186 e art. 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Portanto, aquele que viola um direito, causando dano a outrem, comete ato ilícito e fica obrigado a repará-lo.

No presente caso, é evidente que a ré cometeu um ato ilícito, pois efetuou a cobrança e recebeu o pagamento de valores referentes a contrato inexistente. Assim, deve ser analisado se esse ato ilícito causou algum tipo de dano em desfavor do réu.

O prejuízo de natureza extrapatrimonial caracteriza-se pela ofensa ao direito de personalidade, cujo conteúdo corresponde o direito à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade, à honra e ao nome, pelo que a ocorrência de efetivo dano a qualquer forma de representação desses direitos faz nascer a responsabilidade de ressarcimento ao causador da ofensa.

É pacífica na doutrina e na jurisprudência a tese, antes tormentosa, da ampla possibilidade de indenização dos danos morais. A matéria, hoje, possui tratamento constitucional consagrado no art. 5º, X, da C.F. Por dano moral, em que pese à dificuldade em se estabelecer um conceito que possa abranger de forma conclusiva e efetiva em que consistiria o dano moral, o Prof º José de Aguiar Dias diz que "Quando ao dano não corresponder às características do dano patrimonial, dizemos que estamos na presença do dano moral."

Aqui, estamos diante de uma hipótese evidente de dano *in re ipsa*, em que é prescindível a prova do prejuízo concreto, sendo suficiente a comprovação da existência do ato ilícito, causador de violação ao patrimônio moral do indivíduo, independentemente da efetiva comprovação do dano em Juízo.

No caso, a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*danum in re ipsa*). Configurado o evento danoso, nasce a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da comprovação da prova do prejuízo, quando presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa).

Nesse sentido é a seguinte orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANOS PATRIMONIAL E MORAL. ART. 602 DO CPC. 1. A CONCEPÇÃO ATUAL DA DOUTRINA ORIENTA-SE NO SENTIDO DE QUE A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE CAUSADOR DO DANO MORAL OPERA-SE POR FORÇA DO SIMPLES FATO DA VIOLAÇÃO (*DANUM IN RE IPSA*). VERIFICADO O EVENTO DANOSO, SURGE A NECESSIDADE DA REPARAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE COGITAR DA PROVA DO PREJUIZO, SE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA QUE HAJA A RESPONSABILIDADE CIVIL (NEXO DE CAUSALIDADE E CULPA). (REsp n. 23575, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 1.9.1997, p. 40838).

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho sobre o tema, *in verbis*:

[...] 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.

[...] 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"

Portanto, a simples prática do ato capaz de causar a lesão ao direito é quanto basta à configuração do dano moral.

No caso, restou evidente o constrangimento a que foi injustamente submetido o autor, o qual recebeu cobranças e efetuou o pagamento de um serviço que não foi contratado, fato que perdurou por longo período de tempo (novembro de 2008 a janeiro de 2010).

Além disso, a jurisprudência é pacífica quanto à configuração dos danos morais em caso de assinatura de revistas não solicitadas. Nesse sentido são os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ASSINATURAS DE REVISTAS NÃO SOLICITADAS. REITERAÇÃO. DÉBITO LANÇADO INDEVIDAMENTE NO CARTÃO DE CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. ART. 3º E ART. 267, VI, DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS STF/282 e 356. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - REVISÃO OBSTADA EM FACE DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. I - Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos. II - A reiteração de assinaturas de revistas não solicitadas é conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III). Esse fato e os incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento significam sofrimento moral de monta, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos 85 anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral. [...] (REsp n. 1102787/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 16.3.2010, DJ de 29.3.2010).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA INDEVIDA. CONTRATAÇÃO DE ASSINATURA DE REVISTAS NÃO COMPROVADA. 1. RELAÇÃO DE CONSUMO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. CONSUMIDOR EQUIPARADO. ART. 14 E ART. 17 DO CDC. TEORIA DO RISCO. A responsabilidade por defeitos no fornecimento de serviços está estatuída no art. 14 do CDC e decorre da violação de um dever de segurança, pois não oferece a segurança que o consumidor esperava. Além disso, a pessoa jurídica deve se responsabilizar pelos prejuízos causados a terceiros em razão da sua atividade: este é o risco do negócio. Não há falar, portanto, em excludente de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro. 2. DANOS MATERIAIS DEMONSTRADOS. Os danos matérias restaram devidamente comprovados pelos extratos bancários juntados aos autos, não impugnados pela demandada e que demonstram os descontos na conta corrente da autora. 3. DANOS MORAIS. CABIMENTO NA ESPÉCIE. VALOR A SER REPARADO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. MANUTENÇÃO. MODIFICAÇÃO DO TERMO DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA. DATA DO ARBITRAMENTO. CONSEQUENTE REDUÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJRS, AC n. 70041699752, Nona Câmara Cível, Relª. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 20.7.2011).

Portanto, a situação fática contida nos autos, configura, por si só, a existência do dano moral, sem necessitar de comprovação, porque ultrapassa a esfera da prova, porque atinge honra, nome, bens imateriais que merecem muito mais apreço, os quais foram atingidos, no caso em exame, tendo apresentado uma magnitude que merece ser reconhecida como prejuízo moral.

Diante dessa circunstância, conclui-se que foi causado dano de ordem moral em desfavor do autor, cuja causa advém da conduta praticada exclusivamente pela ré, que promoveu a cobrança e recebeu o pagamento de valores indevidos, referentes a assinaturas de revistas não solicitadas, sendo tal responsabilidade de ordem objetiva, inexistindo qualquer causa excludente ou rompimento do nexo causal.

Daí, considerando mais o seu caráter repressivo e punitivo do que compensatório, tenho que imprescindível a condenação da requerida ao pagamento de indenização ao autor a título de danos morais, pelo que passo à sua mensuração, estando acima reconhecida a sua existência.

Na fixação dos valores referentes aos danos morais, tanto Doutrina e Jurisprudência, são uníssonas em afirmar que a indenização do dano moral tem caráter punitivo para o ofensor e compensatório para a vítima, sendo que para sua fixação, além do grau de culpa, é necessário ainda notar a gravidade, a extensão, a repercussão da ofensa e a intensidade do prejuízo acarretado à vítima, devendo ser fixado segundo as condições econômicas e sociais das partes.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, por uma de suas Turmas firmou o seguinte entendimento:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAL E MATERIAL. CUMULABILIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO N. 37. DANO MORAL ACOLHIDO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. BALIZAMENTO. RECURSO PROVIDO. [...] III – Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento a realidade da vida e as peculiaridades de cada caso. (STJ, REsp n. 135202/97, SP, RIP: 39429, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 19.5.1998, DJU de 3.8.1998, p. 244).

Aliás, outra não é a orientação extraída do escólio de Rui Stoco, em obra específica sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro, que abaixo transcrevo:

a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;

b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;

c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;

d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;

f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;

g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;

h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.

Enfim, em observância ao grau de culpa e ao nível sócio-econômico das partes, em estrito respeito aos aspectos objetivos e subjetivos que o caso requer, arbitro, eqüitativamente, a verba reparatória dos danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Dispositivo.

Posto isso, resolvo o mérito nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgando:

a) procedente o pedido para declaração de inexistência do débito no valor de R$ 655,20 (seiscentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos), referente às revistas fornecidas indevidamente pela ré;

b) procedente o pedido para condenação da ré à repetição de indébito, nos termos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, ficando obrigada ao pagamento do valor de R$ 1.310,40 (um mil, trezentos e dez reais e quarenta centavos), que deverá ser atualizado monetariamente a partir de cada pagamento indevido e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde o comparecimento voluntário da ré em juízo, que se equipara à citação (6.7.2010 – f. 39), nos termos do art. 405 do Código Civil.

c) procedente o pedido para condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com aplicação de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data do evento danoso, ou seja, da data em houve a primeira cobrança indevida (2.12.2008 – f. 14), nos termos do art. 398 do Código Civil, devendo haver atualização monetária pelo IGP-M/FGV, a partir da presente data (Súmula n. 362, STJ).

> Condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, que fixo no valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, considerando o grau de zelo do profissional e o tempo exigido para o serviço. Não efetuado o pagamento da condenação principal e dos honorários advocatícios no prazo de 15 (quinze) dias contados do trânsito em julgado, a partir daí o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento, *ex vi* art. 475-J, do CPC, salvo se houver recurso, hipótese em que referido prazo somente se iniciará após a intimação da parte devedora, através de seu advogado pela imprensa oficial, sobre a devolução dos autos da segunda instância.

Passado isto, com relação ao *quantum*, entendo que a sentença também merece ser ratificada neste ponto. De bom alvitre lembrar também que o instituto da reparação moral não tem como finalidade o enriquecimento injustificado. É o conhecido binômio educação/punição. Postas tais balizas, entende o juízo que o montante equivalente a R$ 5.000,00 (cinco mil reais) é apto e suficiente para o fim colimado – reparação do dano sofrido.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita modificação da conclusão do juízo *a quo*, diante da fragilidade da prova apresentada pelo autor, nos termos do julgador prolator da decisão recorrida, 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, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 6 de março de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.035780-0 - Paranaíba
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO –AFASTADA A PRECLUSÃO – SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO PRINCIPAL NOS TERMOS DO ART. 1.052 DO CPC – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA – POSSIBILIDADE – ADEQUAÇÃO DO PERCENTUAL DA PENHORA NOS TERMOS DO ART. 677 DO CPC EM QUANTITATIVO QUE NÃO PREJUDIQUE OS NEGÓCIOS DA EMPRESA – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal, nos termos do art. 1.052, do Código de Processo Civil.

O art. 620 do Código de Processo Civil dispõe que a execução deve seguir na forma menos gravosa ao executado, ao mesmo tempo em que se garante o alcance dos interesses do exequente.

É admissível a penhora do faturamento da empresa, já que encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, devendo ser feita com estrita observância ao disposto nos art. 677 e art. 678 do CPC.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRETENDIDA A REFORMA DA DECISÃO QUE DESCONTITUIU A PENHORA SOBRE A MEAÇÃO DA ESPOSA DO DEVEDOR – IMPOSSIBILIDADE – IMÓVEL RURAL QUE EXPLORA ATIVIDADE DE GRANJA – BEM COMUM – COMUNICABILIDADE DOS FRUTOS PRODUZIDOS – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Elio Leal Garcia e dar provimento ao recurso de Tânia Aparecida Alves Ferraz, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de março de 2012.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Tânia Aparecida Alves Ferraz e Elio Leal Garcia irresignados com a decisão do juízo da 2ª Vara Cível de Paranaíba que na Ação de Embargos de Terceiro proposta por Tânia Aparecida Alves Ferraz às f. 174-7 julgou parcialmente procedentes os embargos para reconhecer a nulidade da penhora no que se refere

à meação pertencente à embargante em relação à receita proveniente do contrato celebrado entre o devedor João Carlos Ferraz e a pessoa jurídica Savana Agroindústria Ltda. - Frigorífico Avícola Frango Ouro.

Tânia Aparecida Alves Ferraz traz como pretensão recursal às f. 198-208:

> Reforma da decisão de forma a condicionar a penhora sobre o faturamento da empresa ao limite de 5% do percentual líquido, nos termos da jurisprudência do STJ, de maneira que não inviabilize a atividade econômica da empresa e o exercício da atividade empresarial.
>
> Elio Leal Garcia traz como pretensão recursal às f. 203-11:
>
> Reforma da decisão para julgar improcedente a ação condenando a apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Os recorridos devidamente intimados apresentaram contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Tânia Aparecida Alves Ferraz e Elio Leal Garcia irresignados com a decisão do juízo da 2ª Vara Cível de Paranaíba que na Ação de Embargos de Terceiro proposta por Tânia Aparecida Alves Ferraz às f. 174-7 julgou parcialmente procedentes os embargos para reconhecer a nulidade da penhora no que se refere à meação pertencente à embargante em relação à receita proveniente do contrato celebrado entre o devedor João Carlos Ferraz e a pessoa jurídica Savana Agroindústria Ltda. - Frigorífico Avícola Frango Ouro.

Tânia Aparecida Alves Ferraz traz como pretensão recursal às f. 198-208:

> Reforma da decisão de forma a condicionar a penhora sobre o faturamento da empresa ao limite de 5% do percentual líquido, nos termos da jurisprudência do STJ, de maneira que não inviabilize a atividade econômica da empresa e o exercício da atividade empresarial.
>
> Elio Leal Garcia traz como pretensão recursal às f. 203-11:
>
> Reforma da decisão para julgar improcedente a ação condenando a apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Passo à análise dos recursos.

Em relação ao mérito, o fundamento jurídico posto à apreciação é comum para ambos os recorrentes o que justifica o julgamento conjunto, uma vez que a embargante, Tânia Aparecida Alves Ferraz pede a desconstituição da penhora de créditos que seu marido detém junto a Empresa Savana Agroindústria Ltda. e de forma subsidiária sua minoração e, o embargado Elio Leal Garcia pede manutenção total da penhora sobre o faturamento da empresa.

Tânia Eliete Alves Garcia ajuizou embargos de terceiro em face de Elio Leal Garcia nos autos de execução (n. 018.96.000113-9), postulando a invalidação da penhora dos créditos decorrentes do contrato celebrado entre o devedor João Carlos Ferraz e o Frigorífico Avícola Frango Ouro, sob o fundamento de impenhorabilidade do referido crédito e inobservância das exigências assentadas pela doutrina e jurisprudência quanto à penhora de faturamento da empresa.

No presente caso o magistrado *a quo* reconheceu a nulidade da penhora exclusivamente no que se refere à meação pertencente a embargante, mantendo a penhora sobre 50 % do faturamento referente a meação de João Carlos Ferraz seu marido.

Inconformada com esta decisão que manteve unicamente sua meação livre da constrição judicial, a apelante recorreu a esta E. Corte, requerendo sua reforma para que seja aplicado os dispositivos atinentes a matéria.

Aduz que a decisão *a qu*o está proporcionando extraordinário prejuízo ao desempenho da granja avícola, que, caso mantida, culminará fatalmente em seu fechamento.

Salienta que a penhora efetivada sobre os 50% do faturamento advindo da atividade do executado, não foi cercada de cautelas necessárias, visto que não estabeleceu nenhum limite da penhora sobre o faturamento líquido do devedor numa manifesta afronta ao artigo 677 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, cumpre salientar que não encontra-se preclusa a discussão a respeito da impenhorabilidade da meação de João Carlos Ferraz, pelo fato de que sua esposa opôs embargos de terceiros visando discutir a totalidade da penhora, sendo que nos termos do que dispõe o art. 1.052 do CPC, o juiz deverá suspender o curso do processo principal.

Logo, incorreta a decisão *a quo* que determinou somente a suspensão do processo no que toca a meação da apelante.

Em se tratando de embargos de terceiro, dispõe o art. 1.052 do CPC:

> Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados.

De fato, considerando-se os ensinamentos de Nelson Nery Júnior, "verificadas as circunstâncias mencionadas no CPC art. 1.052, o juiz está obrigado a determinar a suspensão do processo de onde se originou a constrição a bem ou direito de terceiro. (STJ 59/305)". (Código de Processo Civil Comentado, 11. Ed., 2010, **RT**, pág. 1276).

A matéria também já foi objeto de discussão perante o Superior Tribunal de Justiça, confira:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO RELATIVAMENTE À TOTALIDADE DOS BENS PENHORADOS. SUSPENSÃO. CPC, ART. 1.052. I. A oposição de embargos de terceiro, quando se refira ao universo dos bens penhorados, **é causa de suspensão obrigatória da execução, nos termos do art. 1.052 da lei adjetiva civil**. II. Precedentes do STJ. III. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 172.713/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 25.4.2000, DJ de 28.8.2000, p. 86) destaquei.

Ademais, o magistrado julgou parcialmente procedente os embargos de terceiro, sendo que a teor do que dispõe o art. 520 do CPC, a apelação será recebida em ambos os efeitos, portanto, toda matéria é devolvida ao Tribunal, afastando-se a suposta preclusão quanto a possibilidade de discussão a respeito da totalidade da penhora.

> EMENTA– AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – EMBARGOS DE TERCEIRO – EFEITOS DA APELAÇÃO - DEVOLUTIVO E SUSPENSIVO – REFORMA DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE RECEBEU, APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO, A APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS – RECURSO PROVIDO.

> A segunda parte do artigo 520, do CPC, trata-se de norma restritiva de direito, consequentemente, sua interpretação deve ser restritiva e não extensiva. Assim, interposta apelação contra sentença proferida em embargos de terceiro deve ser recebida em seu duplo efeito. (AgReg em Ag n. 2010.039199-5/0001-00, Dourados, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, DJ 2.401 de 13.4.2011).

Portanto, verificado nos autos que os embargos de terceiro versaram sobre a totalidade dos bens contristados, não há se falar em suspensão do andamento do feito principal somente no que toca a meação da embargante, nem tampouco em preclusão, sob pena de afronta à norma cogente prevista no art. 1052 do CPC.

Passo à análise do mérito.

Vê-se que acertadamente foi resguardada a meação da embargante ora apelante, pelo fato de ter demonstrado ser casada com o devedor no regime da comunhão universal de bens, tendo, portanto, amparado pelo Código Civil anterior, a comunicabilidade dos frutos civis produzidos.

O art. 620 do Código de Processo Civil dispõe que a execução deve seguir na forma menos gravosa ao executado, ao mesmo tempo em que se garante o alcance dos interesses do exequente.

No que tange à questão de fundo, entendo que é juridicamente possível a realização de constrição judicial sobre o faturamento de empresa, medida que atende a efetividade da prestação jurisdicional, bem como os princípios da celeridade e economia processual.

Entretanto, é oportuno adequar a constrição levada a efeito com a realidade econômica da sociedade executada, a fim de não resultar do referido ato judicial gravame maior do que o estabelecido em lei, ocasionando a insolvabilidade da sociedade mercantil em questão.

Assim, no caso em exame, entendo que merece parcial provimento o presente recurso, para que haja indicação de administrador e esquema de pagamento nos termos do artigo 677 do CPC, bem como o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

Frise-se que o entendimento jurisprudencial das Câmaras que integram o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é no sentido de possibilitar a penhora sobre o faturamento de empresa. Nesse sentido são os arestos a seguir transcritos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. PERCENTUAL. Inviabilizada a satisfação do débito, em razão da dificuldade de comercialização dos bens penhorados, admite-se recaia a constrição sobre percentual do faturamento da empresa devedora. Penhora que se reduz para 5% sobre o faturamento mensal, evitando-se que a constrição torne inviável o exercício da atividade empresarial ou comprometa a solvabilidade da devedora. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO PROVIDO, EM PARTE. (TJRS, Ag n. 70024244121, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 27.5.2008).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO PERCENTUAL. É possível, em situações excepcionais, que a penhora recaia sobre o faturamento da devedora, desde que em percentual que não inviabilize o exercício da sua atividade econômica. Assim, deve a penhora ser reduzida para 5% da receita líquida. Precedentes deste Tribunal. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS, Ag n. 70022997902, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Arno Werlang, julgado em 21.5.2008).

> EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. PERCENTUAL. É admissível a penhora sobre o faturamento líquido da empresa, ou seja, descontadas as despesas com empregados, contribuições sociais e encargos tributários, e em percentual que não inviabilize o exercício da sua atividade econômica. Precedentes. Recurso provido em parte. Unânime. (TJRS, Ag n. 70032152415, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 11.9.2009).

A esse respeito o STJ já se posicionou no sentido de que:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. REQUISITOS.
>
> - A nulidade só alcança decisões ausentes de motivação, não aquelas com fundamentação sucinta, mormente quando possibilita o amplo direito de defesa por parte daquele que se sentiu prejudicado.
>
> - O cânone hermenêutico da totalidade faz com que a interpretação da decisão judicial seja feita como um todo em si mesmo coerente, e não a partir de simples frases ou trechos isolados.
>
> **- As Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal têm admitido a penhora sobre o faturamento da empresa, desde que, cumuladamente: a) o devedor não possua bens ou, se os possuir, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado, b) haja indicação de administrador e esquema de pagamento (CPC, art. 677) e c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial.**
>
> - O processo e a execução em especial pauta-se por um novo paradigma, segundo o qual a rápida consecução do resultado assegurado pelo direito material é a tônica que impregna os atos processuais.
>
> - A penhora de 15% da renda bruta mostra-se adequada à conservação da empresa.
>
> Recurso Especial parcialmente provido. (REsp n. 782901/SP, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 27.5.2008, DJ 20.6.2008, p. 1).
>
> PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – PENHORA SOBRE RENDA PARCIAL DA EMPRESA – POSSIBILIDADE – CPC, ART. 655, I – I. É possível a penhora sobre o faturamento diário de empresa, com a finalidade de dar eficácia à prestação jurisdicional frustrada pelo oferecimento de bens insuficientes à garantia do Juízo, consubstanciados por latas de tinta com prazo de validade expirado, constrição que, todavia, deve ser procedida com as cautelas necessárias a assegurar a continuidade das atividades sociais, tais como a nomeação de administrador, apresentação de esquema de pagamento e, na hipótese, fixação de percentual de subtração suportável. II. Recurso especial conhecido e provido em parte. (STJ, REsp n. 172197, SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 9.10.2000, p. 151).

Contudo, no presente feito, a fim de não inviabilizar a atividade exercida pela demandada, como medida de prudência se mostra necessário reduzir a penhora para 10% sobre o faturamento mensal líquido, até mesmo a fim de garantir a solvabilidade da empresa sobre a qual incidiu a constrição judicial, observada à cota parte do devedor.

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Não procede a preliminar de nulidade da decisão

> agravada alevantada pela agravante, na medida em que, ao contrário do que sustentou, o pedido foi apreciado de acordo com os fundamentos jurídicos expedidos, restando delimitada a atividade jurisdicional do órgão julgador dentro dos limites nos quais o pleito foi proposto. 2. É juridicamente possível a realização de constrição judicial até mesmo sobre o faturamento de empresa, medida esta que atende a efetividade da prestação jurisdicional, bem como os princípios da celeridade e economia processual. 2. Entretanto, é oportuno adequar a constrição levada a efeito com a realidade econômica da sociedade executada, a fim de não resultar do referido ato judicial gravame maior do que o estabelecido em lei, ocasionando a insolvabilidade da sociedade mercantil em questão. 3. O entendimento jurisprudencial das Câmaras que integram este Egrégio Tribunal de Justiça é no sentido da possibilidade jurídica da penhora recair sobre o faturamento. 4. A fim de não inviabilizar a atividade exercida pela demandada, como medida de prudência se mostra necessário reduzir a penhora para 10% sobre o faturamento mensal líquido, de sorte a garantir a solvabilidade da empresa a qual incidiu a constrição judicial, observada à cota parte do devedor. Dado parcial provimento ao agravo de instrumento. (TJRS, Ag n. 70033819731, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 17.12.2009).
>
> EMENTA: PENHORA. FATURAMENTO DA EMPRESA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. ADMISSIBILIDADE. É admissível a penhora do faturamento da empresa, já que encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, devendo ser feita com estrita observância ao disposto nos artigos 671, 672, 677 e 678 do CPC. Trata-se de meio eficaz de satisfação da obrigação, cabendo a nomeação de depositário na pessoa do próprio administrador da empresa devedora. No entanto, no caso dos autos, ficará limitada em 05% **do faturamento** mensal da devedora, evitando-se que a constrição comprometa a sua solvabilidade. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO, DE PLANO. (TJRS, Ag n. 70037556354, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 13.7.2010).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Elio Leal Garcia e dou provimento ao recurso interposto por Tânia Aparecida Alves Ferraz para julgar procedente os pedidos da inicial consistentes na adequação da penhora sobre a receita líquida dos créditos decorrentes do contrato celebrado entre o João Carlos Ferraz e o Frigorífico Avícola Frango Ouro fixando o percentual de 10% (dez por cento), depositados judicialmente até o dia 15 (quinze) de cada mês subsequente ao balancete mensal, bem como, inverto o ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE ELIO LEAL GARCIA E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE TÂNIA APARECIDA ALVES FERRAZ, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 6 de março de 2012.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2009.027961-9 - Capital
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – EXAME MÉDICO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – EXCLUSÃO DE CANDIDATO DE FORMA DESMOTIVADA – NÃO-CABIMENTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A autoridade coatora, para fins de impetração de mandado de segurança, é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, a ato ilegal, ou ainda quem detém competência para corrigir a suposta ilegalidade.

A Administração, ao reprovar o candidato em concurso público, deve motivar o seu ato, explicitando de forma fundamentada se o problema de saúde, descrito pela junta médica do certame, comprometerá sua função para o cargo o qual postula.

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, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, conceder a segurança, com o parecer.

Campo Grande, 11 de janeiro de 2012.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Luciano da Silva Neres, qualificado nos autos, impetra Mandado de Segurança em face de ato acoimado de ilegal praticado pelo secretário (a) de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Diretor Geral da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na declaração feita pela Junta Médica que o considerou como inapto para fins de posse no cargo de Escrivão de Polícia Judiciária da Polícia Civil deste Estado.

Sustenta que inscreveu-se no concurso público de provas e títulos/PCMS e que foi aprovado no exame médico previsto no concurso público (4ª fase) e foi barrado no exame admissional.

Afirma que o edital não especifica de forma objetiva os critérios utilizados para aferição de possíveis problemas de saúde que tornem o candidato inapto para o cargo e, assim, a declaração de inaptidão da Junta Médica tem por base conclusão subjetiva, totalmente desprovida de motivação e divorciada dos resultados dos pareceres médicos emitidos por especialistas em ortopedia e neurologia, que atestam que o impetrante não é incapaz. Em razão disso, aduz que o ato impugnado é ilegal por violar os princípios da motivação do ato administrativo, da legalidade e da razoabilidade.

A liminar vindicada foi deferida (f. 127-8).

O Estado de Mato Grosso do Sul requereu o ingresso no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário e apresentou informações, arguindo preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, pugnando pela denegação da ordem.

Em juízo de retratação, exercido em razão do agravo regimental interposto pelo impetrante, a liminar foi concedida em maior extensão do que aquela inicialmente concedida.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança pleiteada.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Luciano da Silva Neres em face de ato acoimado de ilegal praticado pelo secretário (a) de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Diretor Geral da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul consistente na declaração feita pela Junta Médica que o considerou como inapto para fins de posse no cargo de Escrivão de Polícia Judiciária da Polícia Civil deste Estado.

Pretende o impetrante a anulação do ato administrativo que o considerou inapto para assumir o cargo de Escrivão da Polícia Judiciária da Polícia Civil deste Estado, mesmo tendo a seu favor pareceres da Junta Médica, que não o consideraram incapaz para o exercício da função (f. 20 e 22), assim como o laudo de f. 24 e 26.

Antes de analisar o mérito da impetração, contudo, cabe-me o exame da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* arguida pelas autoridades apontadas como coatoras.

I. DA ILEGITIMIDADE PASSIVA:

Afirmam os impetrados que o presente *writ* foi impetrado em face de quem não possui legitimidade para figurar no polo passivo do feito, afirmando que a impetração deveria ter ocorrido em face do Diretor-Geral da Fundação Escola de Governo, Presidente da Comissão do Concurso.

Sem razão, contudo.

Como cediço, a pessoa com legitimidade para responder no polo passivo no mandado de segurança não é somente a autoridade que praticou o ato, mas também quem detém poderes para desfazer o ato. Nesse sentido, o escólio de Hely Lopes Meirelles:

> Incabível a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo judiciário. [...] Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. (*In* **Mandado de Segurança**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65)

Outro não é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, como se vê dos recentes arestos a seguir transcritos, *verbis*:

> A autoridade coatora, para fins de impetração de mandado de segurança, é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal; ou, ainda, que detém competência para corrigir a suposta ilegalidade. Precedentes. Inteligência do art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009. (MS n. 23554/RS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, julgado 28.9.2010, DJ de 18.10.2010).
>
> A legitimidade passiva para fins de impetração de mandado de segurança é definida na pessoa que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução do ato impugnado ou tem o poder de desfazê-lo. (REsp n. 838413/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 19.8.2010, DJ de 28.9.2010).
>
> A legitimidade passiva *ad causam* da autoridade coatora está configurada por possuir o impetrado competência para corrigir a ilegalidade apontada. (MS n. 14873/DF, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, julgado em 23.6.2010, DJ de 10.9.2010).

No caso, o ato coator consiste, como já dito, na declaração proferida pela Junta Médica Estadual que realizou o exame admissional e considerou inapto o impetrante para fins de posse no cargo de Escrivão de Polícia Judiciária da Polícia Civil deste Estado, para o qual foi nomeado. Desse modo, a parte legítima para atuar no polo passivo deste *writ* deve ser a autoridade que possui competência para desfazer o ato, dando posse ao impetrante.

Do Edital n. 1/2008-SAD/ESCOLAGOV/PCMS (f. 70-97) verifica-se que consta a Secretária de Estado de Administração, primeira impetrada, como responsável pela realização do certame, integrando a comissão organizadora juntamente com o Diretor-Presidente da Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul. Além disso, a Secretária de Administração que convocou os candidatos do supracitado concurso para inspeção médica e posse, conforme se vê da cópia do ato às f. 123.

Outrossim, do item 18.1 verifica-se que *"a nomeação do candidato aprovado será processado por ato do Governador e a posse formalizada mediante a lavratura de termo próprio, assinado pela autoridade competente"* (f. 96), sendo que o ato de nomeação do impetrante foi levado a efeito por meio do Decreto "P" n. 3.801/2009, assinado pelo Governador do Estado (f. 119).

Assim, verifica-se que as autoridades apontadas como coatoras são responsáveis pela nomeação e posse do impetrante, como se vê do edital do Concurso, assim como para a reversão do ato que declarou o candidato inapto para fins de posse no cargo para o qual foi nomeado, possuindo legitimidade para figurarem no polo passivo deste *mandamus*.

Rejeito, portanto, a preliminar.

II. DO MÉRITO:

Extrai-se dos autos que a controvérsia objeto da impetração reside na definição quanto à existência ou não de direito líquido e certo do impetrante de tomar posse no cargo de Escrivão de Polícia Judiciária para o qual foi nomeado, mesmo tendo a seu favor pareceres da Junta Médica, que não o consideraram incapaz para o exercício da função (f. 20 e 22), assim como o laudo de f. 24 e 26.

Tenho que a segurança deve ser concedida.

O impetrante, inscrito no concurso público de provas e títulos/PCMS, foi aprovado em todas as fases do certame, obtendo o 54º lugar na classificação final para o cargo de Escrivão de Polícia Judiciária (f. 114), sendo nomeado para o cargo por ato do Governador do Estado (Decreto "P" n. 3.801, f. 119).

Dentre as fases do concurso constava a Avaliação Médica, prevista no item XI do Edital, que se destina a avaliar a aptidão do candidato para o desempenho do cargo que pretende ocupar, a saber:

> 11.3 – A Avaliação Médica, de caráter eliminatório, destinar-se-á a verificar (mediante exame clínico, análise dos testes e dos exames laboratoriais solicitados) doenças, sinais ou sintomas que inabilitem o candidato para o exercício das funções dos cargos da Polícia Civil.
>
> 11.3.1 – Exigir-se-á do candidato aptidão plena, ou seja, que goze de perfeita saúde física e mental para o exercício do cargo, com pleno funcionamento de todos os órgãos, sentidos e funções do candidato, observando nessa avaliação os seguintes critérios:
>
> a) gerais: defeitos físicos congênitos ou adquiridos com debilidade ou perda de sentido ou função, cirurgias mutiladoras e incapacitantes, neoplasias malignas, doenças crônicas ou agudas incapacitantes;
>
> b) específicos: sopros, arritmias cardíacas, hipo ou hipertensão arterial que esteja acompanhada de sintomas com caráter permanente ou dependa de medicação para seu controle, vasculopatias evidentes ou limitantes, hérnias, uso de aparelhos ortopédicos ou marcha irregular; grandes desvios da coluna vertebral, artropalia crônica, redução dos movimentos articulares, doenças ósseas, distúrbios importantes da mímica e da fala, disritmia cerebral, distúrbios da sensibilidade táctil, térmica ou dolorosa e incoordenação motora.

Submetido à referida perícia médica (4ª fase do certame), o impetrante foi considerado apto em todos os critérios, exceto por ultrapassar o índice de massa corporal (IMC) e por não ter apresentado parecer do exame de eletroencefalograma.

Inconformado, o candidato então impetrou mandado de segurança, autuado sob o n. 2008.034437-7 e julgado pela E. Primeira Seção Cível deste Sodalício, que considerou inválida a restrição imposta no Edital e à unanimidade concedeu a segurança.

Assim, é de se destacar que o impetrante foi submetido a avaliação médica, realizada por Junta Médica do Estado, com a finalidade de verificar doenças, sinais ou sintomas que o inabilitasse para o exercício das funções do cargo da Polícia Civil, sendo que os únicos óbices antes constatados (obesidade e ausência de parecer de exame de eletroencefalograma), afastados via mandado de segurança anterior, são estranhos ao prognóstico de lesão no punho direito, ventilada neste *mandamus*.

Constata-se, portanto, que à exceção dos motivos apresentados (IMC e ausência de parecer de exame), considerados inválidos em sede de Mandado de Segurança impetrado anteriormente, não foi apontada pela Junta Médica nenhuma doença, sinal ou sintoma que inabilitasse o impetrante para o desempenho das funções do cargo de Escrivão de Polícia para o qual foi nomeado, fato que, juntamente com os demais pareceres médicos encartados aos autos, comprova a aptidão do candidato para a investidura no cargo pretendido.

Ou seja, na 4ª fase do concurso (avaliação médica), o candidato foi aprovado em todos os requisitos, exceto quanto ao índice de massa corporal (IMC) e ausência de parecer do exame de eletroencefalograma, e agora no exame pré-admissional teve negada a posse por inaptidão física médica, que avaliou os mesmos requisitos do exame anterior.

Ademais, depois de aprovado em todas as fases do concurso, o impetrante foi nomeado para o cargo e convocado para a avaliação médica pré-admissional, a ser realizada pela Junta Médica da Fundação de Serviços de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul, que antes de emitir declaração solicitou parecer de dois especialistas (ortopedista e neurologista), acostados às f. 20 e 22.

Sabe-se que a Junta Médica pode solicitar, além dos exames citados no edital, outros pareceres especializados necessários à correta avaliação do candidato, como ocorrido no caso em comento, em que a Junta, diante do prognóstico de lesão no punho direito bilateral do pretenso servidor, solicitou os pareceres supracitados a serem emitidos por médicos com especialidade médica em ortopedia e neurologia, para emissão de laudo.

Ocorre que os laudos dos dois especialistas, que deveriam servir de arrimo à correta avaliação da Junta Médica atestam que o impetrante não é incapaz, pois afirmam textualmente que *"Clinicamente o pretenso servidor não é incapaz"* e *"Servidor está apto ao serviço: sim"*.

Portanto, verifica-se que a Junta Médica Pré-Admissional não apontou qualquer motivação quanto à suposta inaptidão do impetrante, e não poderia julgá-lo inapto pelos pareceres dos especialistas, que confirmaram que ele estava apto ao serviço, e mesmo assim declarou a sua inaptidão no Exame Médico para fins de posse no cargo de Escrivão de Polícia (f. 19).

Além disso, também foi juntado às f. 26 dos autos cópia de atestado médico subscrito pelo Dr. José Tannous, especialista em ortopedia e traumatologia, que confirma a plena capacidade do impetrante para a investidura no cargo público, nos seguintes termos:

> O paciente Luciano da Silva Neres apresenta plena capacidade para exercer as funções do cargo para o qual foi nomeado.
>
> O exame realizado eletroneuromiograma com o diagnóstico de neuropatia mediana bilateral, não impede o paciente de trabalhar, porque não apresenta nenhuma alteração no exame físico no punho; esta patologia é tratável com medicamento e fisioterapia com boa resposta ao tratamento.

É certo que declarações inseridas num único atestado médico probante da aptidão do candidato, não podem, isoladamente, prevalecer sobre a conclusão emitida pela Junta Médica, que, em princípio, antes de exarar sua avaliação deveria proceder à imprescindível análise, tanto do candidato, quanto dos exames aos quais foi submetido e dos pareceres de especialistas solicitados, pautando assim sua decisão.

Todavia, o que se extrai dos autos é que o impetrante foi considerado apto em todas as fases do concurso, inclusive avaliação médica, mas foi declarado inapto pela Junta Médica sem a devida motivação, quando os pareceres dos especialistas em ortopedia e neurologia, juntados às f. 20-2, solicitados pela própria Junta Médica, atestam a capacidade do candidato para o cargo.

Dessa forma, a conclusão da Junta Médica pela inaptidão apresenta-se destituída da imprescindível fundamentação, conforme se vê da declaração de f. 19, que considerou o impetrante inapto para a investidura no cargo, sem que para isso fossem indicados os motivos que ensejaram tal conclusão.

Nestas circunstâncias, forçoso concluir que o ato impugnado teve por fundamento tão-somente a subjetividade, apresentando-se completamente desprovido de qualquer critério utilizado para sua feitura.

Com efeito, a ilegalidade exsurge do fato de que tal conclusão não teve por espeque competente e imprescindível diagnóstico previsto no edital como fundamentado para a inabilitação do candidato, de modo a respaldar a declaração que o impediu de tomar posse no cargo, e a indicação dos motivos e critérios técnicos de ordem objetiva utilizados, suficientes a comprovar que o impetrante, aprovado em todas as fases do concurso, inclusive avaliação médica, não estaria apto a ser investido no cargo de Escrivão de Polícia.

Ao contrário, o que se vê dos autos é que a conclusão de *inapto* emitida pela Junta Médica decorreu de simples aferição de ordem subjetiva, pessoal, e sem nenhuma informação acerca de quais os aspectos e dados que foram analisados e que motivaram a prática do ato impugnado, e sem indicar o fundamento técnico-científico que lhe serviu de lastro.

Logo, a declaração da Junta Médica Pré-Admissional que considerou o impetrante inapto na avaliação médica, divorciada das demais provas encartadas aos autos, que comprovam a aptidão do candidato para o exercício do cargo, e a não divulgação dos critérios que ensejaram tal conclusão, importam em manifesta ilegalidade.

Nesse sentido, a decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

> DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME MÉDICO. EXCLUSÃO DE CANDIDATO DE FORMA DESMOTIVADA. NÃO-CABIMENTO. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. É incabível a eliminação de candidato considerado inapto em exame médico em concurso público por motivos de ordens abstrata e genérica, situadas no campo da probabilidade. Impõe-se que o laudo pericial discorra especificamente sobre a incompatibilidade da patologia constatada com as atribuições do cargo público pretendido.
>
> 2. Recurso ordinário provido. (MS n. 26.101/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteve Lima, julgado em 10.9.2009, DJ de 13.10.2009).

No mesmo sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> A Administração, ao reprovar o candidato em concurso público, deve motivar o seu ato, explicitando de forma fundamentada se o problema de saúde, descrito pela junta médica do certame, comprometerá sua função para o cargo o qual postula. (TJMS, AC n. 2008.012709-4, Quarta Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado 23.9.2008).
>
> A falta de motivação das razões de inabilitação importam em ofensa aos princípios da publicidade e motivação, porquanto não permitem ao candidato conhecer os motivos que levaram à sua reprovação, que fica ao arbítrio da administração pública. (TJMS, MS n. 2007.005942-0, capital, Terceira Seção Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 21.5.2007).
>
> Caso a Administração Pública não fundamente quais foram os motivos que levaram a não habilitação do candidato no exame de aptidão física, resta configurado o ato ilegal e arbitrário, por violar o direito líquido e certo de ter acesso às razões que o desclassificou do certame, ferindo, assim, os princípios da motivação e da publicidade. (TJMS, MS n. 2005.010805-7, Capital, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 6.3.2006).
>
> A falta de fundamentação do ato administrativo que considera o candidato do certame inapto em exame de saúde e antropométrico, sem indicar quais dos requisitos deixou de atender, caracteriza-se em ato ilegal e arbitrário, por violar o direito líquido e certo de ter acesso aos motivos que o inabilitaram e desclassificaram do certame, além de violar o princípio da ampla defesa e do contraditório. (TJMS, MS n. 2005.006676-6, Capital, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 11.7.2005).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – REPROVAÇÃO DE CANDIDATO EM DECORRÊNCIA DE DISCROMATOPSIA RELATIVA – EDITAL PREVENDO INAPTIDÃO APENAS NO CASO DE DALTONISMO ABSOLUTO – ILEGALIDADE – CONTINUAÇÃO NO CERTAME ASSEGURADA.
>
> Se o edital regulador do certame só fez prever o daltonismo absoluto como fundamento para a não habilitação de candidato no exame de saúde, desponta como ilegal a sua reprovação baseada na verificação de discromatopsia relativa, consistente numa tênue mistura entre cores verde e vermelho, cuja incidência nem sequer o impediu de obter carteira de motorista, depois de examinado por médicos empregados pelo próprio Poder Público. (TJMS, MS n. 2008.017154-7, Capital, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 4.5.2009).

Demais disso, mostra-se de todo desarrazoado que se prevaleça uma conclusão pela inaptidão do candidato em exame médico pré-admissional, quando os pareceres médicos solicitados pela própria Junta Médica, juntados às f. 20-2, atestam a capacidade do mesmo para o exercício do cargo, e depois do impetrante ter sido considerado apto em todas as fases do concurso, inclusive avaliação médica (4ª fase do certame).

Nesse sentido, afirmei ao exercer juízo de retratação que:

> Verifico dos autos que o impetrante já havia impetrado mandado de segurança anterior contra a mesma autoridade apontada como coatora neste *writ*, por ser obstado de prosseguir no certamente em razão de uma restrição não imposta no edital (índice de IMC que o tornaria inapto para o exercício do cargo), o que foi reconhecido pela E. Primeira Seção Cível quando do julgamento do mandado de segurança n. 2008.034437-7 à unanimidade. Cumpre esclarecer que contra o acórdão proferido no referido *writ* foram interpostos recursos especial e extraordinário, que tiveram seu seguimento obstado pela Vice-Presidência desta Corte.
>
> Assim, não é razoável que o impetrante fique à mercê da vontade da autoridade apontada como coatora, principalmente porque fica revelado o claro subterfúgio utilizado pela autoridade apontada como coatora para punir aqueles que, por via judicial, tiveram resguardado o seu direito de prosseguimento do certame. (f. 157-8 - destaquei)

Diante de tais considerações, verifica-se que o ato administrativo que declarou o candidato inapto afronta os princípios constitucionais da legalidade, da motivação dos atos administrativos e da razoabilidade, de observância obrigatória na atuação da Administração Pública, tornando indiscutível a violação a direito líquido e certo do impetrante.

Acrescento, ademais, que desde 19 de maio de 2010 o impetrante vem exercendo suas funções no cargo de Escrivão de Polícia Judiciária, conforme informado na petição de protocolo n. 59160, razão que autorizaria a concessão da ordem com aplicação da teoria do fato consumado.

Em razão do exposto, concedo a segura pleiteada, tornando definitiva a liminar concedida inicialmente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E, NO MÉRITO, CONCEDERAM A SEGURANÇA, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Paschoal Carmello Leandro, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.033312-3 - Bandeirantes
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXTINÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL – MEAÇÃO – BEM INDIVISÍVEL – PENHORA – VENDA POR INTEIRO – SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – APELO IMPROVIDO.

Tratando-se de bem indivisível, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, levados à hasta pública, reserva-se a meação da apelante com metade do preço alcançado com a alienação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 29 de fevereiro de 2012.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Telma Rita de Souza Gomes Vilela, interpõe recurso de apelação em face da sentença que, nos autos dos embargos de terceiro que promove em face do Amilto Rodrigues da Silva Júnior, julgou improcedente o pedido inicial.

Alega a recorrente, que não está defendendo a sua meação na qualidade de cônjuge do executado, porque a indivisibilidade ou a comunhão de bens existente entre o casal cessou com a sentença que decretou a separação do casal, na forma do que dispõe o artigo 1576 do Código Civil.

Sustenta em síntese que o crédito executado não pode atingir seu patrimônio, devendo limitar-se ao patrimônio do executado, devendo ser liberado os 50% do imóvel que lhe pertence.

Ao final, requer o provimento do recurso a fim de que seja reformada a decisão recorrida, e julgados procedentes os pedidos iniciais.

Em contra-razões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Telma Rita de Souza Gomes Vilela interpõe recurso de apelação em face da sentença que, nos autos dos embargos de terceiro que promove em face do Amilto Rodrigues da Silva Júnior, julgou improcedente o pedido inicial.

A conclusão da sentença monocrática, contudo, não está, a meu ver, a merecer nenhum reparo.

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 que ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcreve-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> [...]
>
> Entendo que é caso de julgamento antecipado da lide, dispensando-se a colheita de prova testemunhal como pretende a embargante.
>
> Analisando atentamente os argumentos das partes, penso que é ponto incontroverso que o direito a 50% sobre o valor do imóvel penhorado pertença à embargante. Isto fica claramente demonstrado nos autos pela sentença proferida por este juízo às f. 11-7, reconhecendo à autora o direito à metade do imóvel penhorado. Com a recente averbação da sentença de separação judicial, fez a embargante constar na matrícula do imóvel que possui direito a 50% do imóvel.
>
> Contudo, diante da sentença judicial que reconheceu fraude à execução praticada pelo executado Nelson Bilac, ex-esposo da embargante, ao vender o imóvel a terceiro, o direito da embargante a 50% do imóvel deve ser entendido como o direito a 50% do valor do imóvel a ser apurado, após a venda judicial do bem, tal como sustenta o embargado.
>
> Não há a possibilidade deste juízo reconhecer que a autora tenha direito a ocupar 50% do imóvel, já que estamos a tratar de um bem indivisível. Entendimento diverso impediria a satisfação do crédito pelo credor, já que ninguém adquiriria um bem indivisível, judicialmente, para mantê-lo em condomínio com um dos antigos proprietários.
>
> Portanto, devo manter a penhora sobre a totalidade do bem já penhorado e, após efetuar a venda judicial do bem, assegurar à embargante o valor correspondente a 50% da venda, fazendo cumprir o direito da embargante averbado em 13.9.2010 (f. 22).
>
> Diante dos fundamentos expostos, julgo improcedentes os presentes embargos de terceiro.

Na linha de entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é esta a solução que deve ser dada a casos como o presente.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL - PENHORA - BEM INDIVISÍVEL – MEAÇÃO - ALIENAÇÃO. Sendo o bem penhorado indivisível, a solução para que se reserve o direito de meação sobre o mesmo é sua alienação com a repartição do preço. Recurso improvido. (REsp n. 259.055/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 30.10.2000) (grifei).
>
> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. MULHER CASADA. LEI N. 4.121/62, ART. 3º. BENS INDIVISÍVEIS. HASTA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. MEAÇÃO. AFERIÇÃO NO PRODUTO DA ALIENAÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO. I – Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do Regime de comunhão no casamento, na execução podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se à esposa a metade do preço alcançado. II – Tem-se entendido na Corte que a exclusão da meação deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio. (REsp n. 200.251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 29.4.2002) (grifei)
>
> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BEM INDIVISÍVEL. MEAÇÃO. ALIENAÇÃO. 1. Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, na execução podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se à esposa a metade do preço alcançado. (Corte Especial, REsp n. 200.251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 29.4.2002). 2. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp n. 107.017/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.8.2005) (grifei)
>
> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MEAÇÃO DO CÔNJUGE. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA. POSSIBILIDADE. 1. Na execução, os bens indivisíveis, de propriedade comum dos cônjuges casados no regime de comunhão de bens, podem ser levados à hasta pública, reservando ao cônjuge meeiro do executado a metade do preço obtido. 2. Recurso especial provido. (REsp n. 508.267/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 6.3.2007) (grifei)
>
> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MEAÇÃO DO CÔNJUGE. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA. POSSIBILIDADE. 1. Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se ao cônjuge a metade do preço alcançado. Precedentes: (REsp n. 200.251/SP, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 29.4.2002; Resp n. 508.267/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 6.3.2007; REsp n. 259.055/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 30.10.2000). 2. Deveras, a *novel* reforma do Processo Civil Brasileiro, na esteira da jurisprudência desta Corte, consagrou na execução extrajudicial que Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem. (CPC, art. 655-B). 3. Recurso especial provido. (REsp n. 814.542/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 23.8.2007) (grifei).

Dessa forma, não há razões que possam modificar a conclusão da sentença objurgada.

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 Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 29 de fevereiro de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.034584-3 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PLANO DE SAÚDE – NECESSIDADE DE PRESTAR O SERVIÇO DE ENFERMAGEM 24H PLEITEADO NA INICIAL – SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Em relação às ações que versem sobre a contratação de serviços de assistência médica, onde existe o pagamento de contraprestação pecuniária, há que se aplicar o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de associação sem fins lucrativos.

Uma vez que a cooperativa contratada obrigou-se a prestar determinados serviços inerentes à categoria do plano de saúde contratado, os serviços necessários, equiparados à condição de plano que dá assistência em alto grau de especialização, a obrigação vindicada pela requerente, referente à assistência 24h por profissional de enfermagem deve ser reconhecida como devida e imposta à demandada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 1º de fevereiro de 2012.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 176-82 que, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada que lhe é promovida por Zeni Maria Nina Ferreira, julgou procedente o pedido inicial, tornando definitiva a liminar concedida às f. 26-8, condenando a requerida na obrigação de prestar à requerente todos os serviços de PAD, com enfermagem 24h, sob pena de multa diária de R$ 100,00 por dia.

Condenou a requerida, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como de honorários em favor do patrono da requerente, fixando esta verba em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Em suas razões de apelação (f. 187-206) alega, em apertada síntese, que, ao proferir a sentença, o magistrado singular deixou de considerar que a apelante é empresa de autogestão, ou seja, uma Caixa de Assistência que presta serviços de assistência médica exclusivamente a seus funcionários e dependentes, não visando fins lucrativos, pelo que, contra ela não podem ser aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Aduz que ofereceu à autora a utilização dos benefícios de atendimento contratual por boa vontade, sem que houvesse qualquer obrigação contratual nesse sentido.

Alega que o oferecimento de serviço de enfermagem pelo período diurno mostrou-se suficiente de acordo com estudos médicos e o juiz sequer realizou perícia necessária para constatar tal circunstância, tendo entendido que a prestação de tal serviço por 24 horas seria indispensável apenas com base no espírito humanitário, sem avaliar a situação concreta e a realidade prática dos fatos.

Assevera que a simples afirmação de que determinada cláusula contratual seja abusiva não é motivo suficiente para que o poder judiciário nela interfira, violando o princípio da segurança jurídica, até porque os custos excessivos são feitos pelos próprios segurados.

Prequestiona diversos dispositivos constitucionais, requerendo seja recebido o presente recurso de apelação e ao final lhe seja dado integral provimento para retificar a decisão objurgada julgando totalmente improcedente a pleito inicial.

Em contra-razões, a apelada pugna pela manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos (f. 215-7).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do BrasiL - CASSI interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 176-82 que, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada que lhe é promovida por Zeni Maria Nina Ferreira, julgou procedente o pedido inicial, tornando definitiva a liminar concedida às f. 26-8, condenando a requerida na obrigação de prestar à requerente todos os serviços de PAD, com enfermagem 24h, sob pena de multa diária de R$ 100,00 por dia.

Condenou a requerida, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como de honorários em favor do patrono da requerente, fixando esta verba em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Extrai-se dos autos que a apelada sofreu um sangramento decorrente de má formação arteriovenosa profunda, e mesmo realizando uma cirurgia para resolver o problema, seu estado de saúde agravou-se e acabou ficando com tetraparesia. Portanto, intentou a presente demanda para obter o direito a receber assistência de enfermagem pelo período noturno e não somente pelo período diurno, como já vem recebendo.

A apelante, por sua vez, alegou que é empresa de assistência médica gerida por recursos obtidos mediante o pagamento das mensalidades de seus segurados, que não obtém fins lucrativos – ou seja, é uma empresa de autogestão, pelo que justifica que contra ela não se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

Pois bem. Após uma análise atenta dos autos, verifico que não assiste razão à apelante.

Em primeiro lugar, insta manifestar-se acerca da alegação de não aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso, por ser a apelante associação gerida por autogestão, que não visa fins lucrativos.

Tenho que, embora a apelante não seja empresa orientada para a obtenção de lucro, seus associados assinam contrato de adesão, elaborados de acordo com as diferenças entre os planos pelos quais optam.

É fato que, ao contratar um plano de saúde, os segurados criam, justificadamente, a expectativa sobre o atendimento às suas necessidades e existe um pagamento mensal, para manutenção no plano obtido, pelo que, entendo que devem, sim, nesses casos, aplicar-se o Código de Defesa do Consumidor.

Tal opinião não diverge do entendimento existente em outros Tribunais Superiores. Veja-se:

> DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. CASSI. ASSOCIAÇÃO. MODALIDADE DE AUTO-GESTÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EQUIPAMENTO DENOMINADO B-PAP. TRATAMENTO NÃO EXPERIMENTAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA PELA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. ABUSIVIDADE. 1. As relações entre as administradoras de planos de saúde e seus participantes estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, ainda que o plano seja operado por associação, na modalidade de autogestão, impondo-se a interpretação das cláusulas contratuais da maneira mais favorável ao consumidor. 2. Diante da real demonstração da imprescindibilidade de aparelho médico para a manutenção da vida do paciente, sem o qual a deficiência respiratória não seria suprida, não há lugar para a incidência de cláusula de exclusão de cobertura, eis que coloca o consumidor em desvantagem exagerada frente ao fornecedor do serviço, além de violar os princípios da boa-fé contratual e da razoabilidade. 3. Apelação conhecida e não provida. (TJDF, AC n. 2007.01.1.138240-3-AC 330.051, Terceira Turma Cível, Relª. Desª. Nídia Corrêa Lima, DJ de 17.11.2008, p. 96).

> INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. QUESTÃO DE ORDEM. SANEAMENTO DE OMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO A *REFORMATIO IN PEJUS*. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. CASSI. CDC. APLICABILIDADE. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. É legítima a parte para figurar no polo passivo da demanda, se demonstrada a desídia ou a negativa de autorização para custeio do deslocamento para tratamento de saúde em outra localidade, quando prevista em normas internas e/ou contrato. Sem o recurso cabível pela parte interessada, mas somente apontamento em contrarrazões, não lhe aproveitam os efeitos devolutivo e translativo da apelação, notadamente, se em decorrência da hipótese de saneamento de questão omissa houver *reformatio in pejus*, vedada pelo ordenamento, restando, porém, a questão em aberto para eventualmente ser deduzida noutra oportunidade, não havendo que se falar em coisa julgada nesse ponto específico. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, pois estes se enquadram no conceito de serviço previsto na citada norma, especialmente pela existência de contraprestação pecuniária, ainda que a entidade que gerencie o plano não tenha fins lucrativos. Enseja condenação por dano moral a recusa da operadora de plano de saúde em autorizar custeio de deslocamento até a cidade na qual os procedimentos médicos seriam realizados, retirando o usuário da normalidade em seus afazeres e impondo-lhe sentimentos de dor e frustração, ferindo, assim, sua dignidade humana. O arbitramento da indenização decorrente de dano moral deve ser feito caso a caso, com bom senso, moderação e razoabilidade, atentando-se à proporcionalidade com relação ao grau de culpa, à extensão e repercussão dos danos, à capacidade econômica, às características individuais e ao conceito social das partes, mantendo-se na espécie. (TJRO, AC n. 0011217-05.2010.8.22.0001, Rel. Des. Roosevelt Queiroz Costa, julgado em 23.11.2011, DJ de 5.12.2011, p. 83).

Superada a questão atinente à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, passo à análise do recurso.

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 que ser mantida a sentença pro seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcreve-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> [...] Cuida-se de ação cominatória movida por Zeni Maria Nina Ferreira em face de CASSI, buscando a ampliação do serviço de atendimento domiciliar de 12 para 24hs.
>
> Note-se que é ponto incontroverso que a autora é beneficiária do plano de saúde administrado pela ré.
>
> A qualidade da autora, se associada ou dependente não importa porquanto ficou bem claro que a demandante tem direito a receber a assistência à saúde que a ré disponibiliza.
>
> Portanto se a relação subjacente é de trabalho ou meramente contratual civil não tem relevância para deslinde da questão.
>
> O fato, como se disse, é que a autora faz parte do plano de saúde.
>
> Mais, ainda, também é incontroverso porque a ré não negou na contestação esta assertiva e nem o documento de f. 14 foi impugnado é que este plano de saúde é regulamentado, ou seja, se submete as regras da lei n. 9.656/98.
>
> Em decorrência disso está que o Código de Defesa do Consumidor é sim aplicável a espécie.
>
> Não importa a natureza jurídica da ré porque não se livra da qualidade de fornecedor.
>
> De efeito: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (art. 3º do CDC).
>
> A ré é pessoa jurídica de direito privado prestadora de um serviço médico continuado.
>
> A autora, de outro tanto é usuária do plano, portanto, consumidora.
>
> Pouco importa a relação se civil ou trabalhista subjacente.
>
> Aliás, justamente por isso e para proteção do consumidor é que a Lei dos Planos de saúde disciplinou:
>
> art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou

exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

Interpretação lógica é que o Consumidor mesmo que a relação subjacente seja de trabalho, não perde a característica de plano de saúde e nem de relação de consumo.

Luzia Chaves Vieira lembra bem que: "Os efeitos dos contratos são levados em conta e onde a condição social e econômica da pessoa nele for envolvida ganhará importância. Com o Direito Contratual objetivo, o Estado procura o equilíbrio contratual na sociedade de consumo moderno, destacando o papel da lei como limitadora e verdadeira legitimadora da autonomia da vontade e da boa-fé. A lei passa a proteger alguns interesses sociais, valorizando com isso a confiança depositada no vínculo e nas expectativas da boa-fé das partes contratantes". (**Responsabilidade Civil Médica e Seguro, Doutrina e Jurisprudência**, Del Rey, 2001, p. 37). E conclui: "Cada vez mais o Estado interferirá nas relações contratuais, com o objetivo de proteger a autonomia da vontade, preocupando-se mais com a ordem social".

No caso não é agir pensando na proteção da autora, mas na proteção da boa-fé objetiva e entre seus efeitos o *venire* contra *factum proprio*.

De efeito, a ré embora tenha lançado na contestação que a recusa de prestar serviço de *home care* lhe é uma garantia contratual assume que há anos (desde 2007) JÁ PRESTA ESTE SERVIÇO.

Mais ainda, há um adendo contratual acerca desse tema, que as partes denominaram de PAD – Programa de Atenção Domiciliar.

Portanto, ao contrário do que afirma a autora, há sim previsão contratual de prestação desse tipo de serviço tanto que já é feito.

A autora, por sinal, preenche todos os requisitos a fazer parte desse programa e para isso basta a leitura o histórico de f. 92-5.

Por isso, a discussão acerca da obrigação da ré de prestar o serviço de atendimento domiciliar não deve ser levado em conta.

Também a sua alegação de que a procedência causaria desestabilização da equação econômico-financeira não tem lastro nos autos.

Remanesce, portanto, apenas a recusa em estender de 12 para 24hs o regime de atendimento de enfermagem.

Note-se que a ré já presta, porque previsto no contrato ou no adendo de PAD, os serviços descritos às f. 92 e repetidos na contestação (f. 69-70) e composto de:

a) equipe de enfermagem – 12 horas/dia;

b) médico – uma vez por semana;

c) enfermeiro – uma vez por semana;

d) fisioterapia – cinco vezes por semana;

e) terapeuta ocupacional – 3 sessões semanais;

f) fonoaudiologia – 5 sessões semanais;

g) materiais e medicamentos dispensados pelo PAD;

h) orientação e gerenciamento via telefone 24 horas;

i) ambulância para remoção simples para realização de consultas e exames eletivos e suporte para UTI para atendimentos emergenciais.

Note-se que a própria ré admite que a autora é paciente de "alta complexidade" e explicita-se às f. 98 que assim o é por vários aspectos, mas também porque a autora apresenta grau de atividade independente igual a ZERO. e dependente total igual a CINCO.

No caso em apreço a autora também apresenta problemas relacionados a cânula por onde respira.

Colhe-se do histórico:

no mês de março realizou troca da cânula de traqueostomia sem nenhuma intercorrência. Paciente ainda evolui com hipersecreção sendo necessário ser aspirada várias vezes, ao exame físico a paciente apresentou roncos transitórios bilaterais.

Ainda:

no mês de maio foi trocado a cânula de traqueostomia [...].

No mês de outubro houve boa evolução da ferida [...] em relação à parte respiratória, paciente não mais apresentou episódios de infecção pulmonar, porém, apresenta-se secretiva e com roncos difusos em ambos os pulmões, sendo necessário manter a aspiração traqueal e conforme a mudanças do clima apresenta-se ainda mais secretiva, necessitando sem aspirada com mais freqüência.

Ora constou (f. 94) em sua própria medição – da ré – classificação 1 em "até 3 aspirações"; 2 em "3 a 6 aspirações" e; 4 em "mais de 6 aspirações".

Apesar disso, tomando-se apenas o parâmetro objetivo concluiu que deveria manter com menos de 24hs porque o índice necessário seria de 24 e a autora tingiu 21.

Ora, esse fato somado a alta complexidade do caso confessado pela ré (f. 97-8) dá a nítida conclusão de que a interpretação mais benéfica é de ser adotada.

A otimização de recursos combatida pelo MP não pode sobressair a necessidade de eficiência do serviço que a ré deve se submeter.

Ademais, também como anota o MP ficou constante do contrato (adendo de PAD que a internação domiciliar caracteriza-se pela atenção em tempo integral.

Faz sentido, portanto, a declaração de f. 12 de que a autora necessita vigilância por 24 horas ao dia e não por meras doze horas (f. 12).

O critério puramente objetivo adotado pela ré não atende a finalidade do contrato que é a obtenção da correta prestação do serviço médico e assistencial.

Posto isso, acolhendo o parecer, torno definitiva a liminar para condenar a ré a prestar o serviço de PAD com enfermagem em 24hs, sob pena de multa diária de R$ 100,00, ressaltando-se que sobre esse valor não incidirá a coisa julgada, porquanto, como se sabe, o juíz pode se utilizar, mesmo em sede de cumprimento de sentença da faculdade do art. 461, § 6º do CPC.

> Arcará a ré com as custas do processo e honorários que fixo em R$ 1.500,00 atendendo ao local, proximidade e até ao julgamento antecipado da lide. [...], (f. 178-82).

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a modificação da conclusão do juízo *a quo*.

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento da recorrente, insta salientar que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado "*não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado"* (ED no MS n. 22067/DF).

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. DECISÃO COM O PARECER.

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, 1º de fevereiro de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.029742-5 - Maracaju
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – NULIDADE PROCESSUAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – OBRIGAÇÃO CONTRAÍDA PELO FALECIDO MARIDO – MEAÇÃO DA ESPOSA (VIÚVA) – ÔNUS DA PROVA DA EMBARGANTE – ART. 331, I, CPC – VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA – ART. 20, § 4º, DO CPC – EQUIDADE – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

A ausência de intimação da penhora realizada sobre o imóvel não impõe automaticamente a nulidade da constrição judicial quando o direito de defesa do cônjuge restou preservado com a apresentação dos embargos de terceiro.

Nos embargos de terceiro opostos pela viúva do falecido executado, em defesa de sua meação, cabe a ela comprovar, de modo inequívoco, que a dívida contraída por seu marido não reverteu em benefício da entidade familiar.

Nas causas em que não há condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, conforme prevê o § 4º do art. 20 do CPC, observados ainda os princípios da razoabilidade-proporcionalidade. Na hipótese agiu corretamente o magistrado arbitrando a verba honorária tal como prevê a norma legal, em valor justo e razoável, não havendo falar em redução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Flávia Olegário do Couto, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Maracaju, que julgou improcedentes os embargos de terceiro que promove contra Günter Waldow e Agostinho Luiz Benetti, interpõe recurso de apelação.

Em suas razões recursais sustenta a apelante a reforma da sentença e o julgamento procedente do pedido inicial, ao argumento de que não contraiu a dívida que se executa juntamente com seu ex-marido,

não podendo, assim, sua meação responder pelo débito que não foi contraída em benefício do grupo familiar. Requer, outrossim, a redução do *quantum* fixado a título de honorários sucumbenciais, a um valor razoável e proporcional.

Pugna pelo recebimento, conhecimento e provimento dos recursos.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Flávia Olegário do Couto, inconformada com a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro que promove contra Günter Waldow e Agostinho Luiz Benetti.

Inicialmente deve ser afastada a alegação da apelante de nulidade processual por violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, por suposta ausência de intimação dos atos praticados na execução em apenso.

Faz a recorrente diversas anotações sobre a diferença entre citação e intimação, alegando que não foi intimada devidamente dos atos processuais levados a cabo na execução.

Ora, em primeiro lugar a apelante não é parte na execução em apenso, mas seu falecido marido, ou seja, o espólio, sendo a apelante inventariante e, portanto, representante do espólio de Eraldo Nogueira do Couto. Em segundo lugar não houve qualquer nulidade ou ilegalidade, pois, como bem destacou o magistrado sentenciante, a recorrente, na condição de inventariante, tomou ciência de todos os atos constritivos realizados na ação de execução, já que, de todos, o espólio foi regularmente intimado.

Além disso, o direito de defesa da embargante-apelante restou completamente preservado com a apresentação dos presentes embargos de terceiro, razão porque não há falar em nulidade ou violação de qualquer princípio processual constitucional.

Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO À ENUNCIADO DE SÚMULA. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO CONTRA CÔNJUGE MEEIRO. PENHORA SOBRE BEM INDIVISÍVEL DO CASAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE. FINALIDADE DO ATO ATINGIDA PELA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIROS. 1. [...] A necessidade de intimação do cônjuge do devedor prevista no revogado parágrafo único do art. 669 do CPC deve ser afastada quando for atingida a finalidade do ato por meio da oposição de embargos de terceiros pelo cônjuge meeiro. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ, REsp n. 1136706/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 5.11.2009).

Quanto ao mais, pretende a apelante resguardar sua suposta meação referente à penhora realizada nos autos da execução em apenso na qual o espólio de seu falecido marido, Eraldo Nogueira do Couto, figura como executado, razão pela qual se insurge contra a decisão que fundamentou a rejeição dos embargos na ausência de comprovação que a dívida da execução não resultou em proveito familiar.

É sabido que a responsabilidade da dívida é de quem a assume, entretanto, quando for contraída por um dos cônjuges em beneficio familiar, ambos serão responsáveis solidariamente, conforme preceituam os artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil.

Nesse passo, relativamente ao direito patrimonial dos cônjuges, via de regra, caberia a embargante, que pretende excluir sua meação da penhora, produzir prova de que a dívida não foi contraída em benefício da família, consoante norma do art. 333, I, do CPC, ou seja, no caso, a meação da mulher casada, *in casu*, viúva, responde pelas dívidas do marido, salvo se ela provar não ter sido realizada em beneficio da família.

Na hipótese em análise, tem-se a presunção de que o débito assumido pelo falecido marido da apelante, executado na ação em apenso, ocorreu em beneficio do núcleo familiar, uma vez que não restou comprovada a exceção, apenas alega a recorrente não ser possível que a dívida tenha se convertido em favor do casal porque pouco mais de trinta dias após ser contraída ocorreu o falecimento de seu cônjuge. Tal argumento não é suficiente para comprovar a ausência de beneficio familiar da divida, ônus que competia à apelante.

De uma análise detida dos autos percebe-se que não há sequer indícios de que a obrigação contraída por seu falecido marido não tenha sido revertida em favor do núcleo familiar, mas tão somente a argumentação da apelante, destituída de elementos probatórios suficientes para sustentar a alegação.

Destarte, não restou comprovada a alegação da apelante, de modo que permanece a regra da presunção de que a dívida foi contraída em prol da família.

Humberto Theodoro Júnior ensina que:

> No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. (**Curso de Direito Processual Civil**, vol. I, 18. ed., ed. Forense, p. 421)

Esse é o entendimento jurisprudencial:

> EXECUÇÃO. PENHORA. MEAÇÃO DA MULHER. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA. A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família. (STJ, AgReg no AgReg no Ag n. 594.642/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 21.2.2006).

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PROPÓSITO NITIDAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PRODUÇÃO DE PROVA. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS DOS AUTOS. MAGISTRADO. DESTINATÁRIO PROVA. MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA. [...] II. A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. - Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família. (AgReg em AgReg em Ag n. 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 8.5.2006) III. *In casu*, o Tribunal estadual entendeu, após apreciar os elementos probatórios, que a agravante não se desincumbiu desse ônus. Incide, portanto, a Súmula n. 7/STJ. (STJ, AgReg no Ag n. 1239052/SE, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., julgado em 17.8.2010).

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AVAL PRESTADO PELO MARIDO – MEAÇÃO DA ESPOSA – ÔNUS DA PROVA DA EMBARGANTE – RECURSO NÃO PROVIDO. Nos embargos de terceiro opostos pela mulher do executado, em defesa de sua meação, cabe a ela comprovar, de modo inequívoco, que a dívida contraída por seu marido não reverteu em benefício da entidade familiar. (TJMS, AC n. 2011.016969-0, Terceira Turma, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 30.8.2011).

Conclui-se, portanto, que cabia à apelante trazer aos autos prova ou até mesmo indícios quanto a negociação que originou a dívida, ora executada, no sentido de aclarar que a quantia obtida por meio da operação garantida pela nota promissória juntada não foi destinada em proveito da entidade familiar.

Pela ausência de comprovação do alegado, ou seja, não tendo a apelante se desincumbido do ônus que lhe era cabível, nos termos do art. 333, I, do CPC, não há como desconstituir a penhora na fração meeira.

Por fim, alega a apelante que os honorários advocatícios de sucumbência fixados em 15% sobre o valor da causa se revela exorbitante, devendo ser minorado consoante critério equitativo, nos termos do § 4º, do art. 20, do CPC.

A meu juízo, novamente sem razão a apelante.

Conforme se verifica dos autos, o valor atribuído à causa é de R$ 35.184,00, de modo que a condenação na verba honorária em 15% representa o valor de R$ 5.277,60.

Nesse sentido, me parece que agiu corretamente o magistrado sentenciante, que, não obstante não tenha fixado a verba em valor fixo, mas em percentual, observou o critério da equidade previsto no art. 20, § 4º, do CPC, pois arbitrou um justo valor para a remuneração do advogado dos apelados.

Quando se fala na observância do critério de equidade, não significa que a verba honorária deva ser ínfima, a ponto de desmerecer o trabalho do profissional da advocacia, devendo, sim, ser arbitrada em valor condizente com o serviço desempenhado pelo advogado.

A norma processual, neste caso, permite ao órgão julgador o emprego da equidade para a fixação dos honorários, mas equidade judicial, bom senso, justiça, razoabilidade e não arbítrio judicial, de modo que os honorários advocatícios representem verba que valorize a dignidade do trabalho profissional sem, contudo, implicar em meio que gere locupletamento ilícito. A equidade, aliada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve pautar o arbitramento, tal como ocorreu na espécie.

Assim entende a jurisprudência:

> Equidade, no caso do art. 20, § 4º, CPC, é genuína expressão de ato discricionário do magistrado, que deverá, no entanto, obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de atender àqueles critérios estabelecidos na lei (art. 20, § 3º, CPC), e não, repise-se, aos percentuais de 10% a 20% estabelecidos neste dispositivo. A fixação dos honorários não pode ser módica para não aviltar a remuneração do profissional pelo trabalho empreendido até o momento, mas também não deverá ser alta de modo a sacrificar o devedor. (TJMS, AgReg em Ag n. 2009.000687-2, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 16.2.2009).

Demais disso, devo lembrar que a condenação sucumbencial está suspensa, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50, uma vez que a apelante é beneficiária da justiça gratuita, de modo que, somente arcará com referido pagamento se dentro de cinco anos sua situação mudar e isso for efetivamente comprovado pelos apelados.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 11 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.031455-6 - Corumbá
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADO FALECIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – INCAPACIDADE DE ESTAR EM JUÍZO – MODIFICAÇÃO DA CDA E DO SUJEITO PASSIVO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 392 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A pessoa falecida não tem capacidade de estar em Juízo, não podendo, portanto, figurar no pólo passivo da execução fiscal.

Nos termos da Súmula n. 392 do Superior Tribunal de Justiça, *"a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução"*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

A Fazenda Pública do Município de Corumbá, inconformada com a sentença que extinguiu o processo com fundamento no art. 267, IV, do Código de Processo Civil, nos autos da execução fiscal que move em desfavor de Antonio Vilalva Rey, interpõe o presente recurso de apelação cível, no qual sustenta que a substituição ou emenda da certidão de dívida ativa (CDA) é uma faculdade conferida à Fazenda Pública, em observância ao princípio da economia processual, sendo perfeitamente possível sua pretensão nos termos do § 8º, do art. 2º, da Lei n. 6.830/80.

Acrescenta que a moderna concepção do processo, fundamentada nos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual, determina o aproveitamento máximo dos atos processuais.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para que seja reformada a decisão recorrida.

Sem contrarrazões.

VOTO

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

Versam os autos sobre ação de execução fiscal que a Fazenda Pública do Município de Corumbá move em desfavor de Antonio Vilalva Rey, cuja sentença extinguiu o processo com fundamento no art. 267, IV, do Código de Processo Civil, por ter sido a demanda proposta em face de pessoa já falecida antes da sua propositura.

A meu sentir, a decisão recorrida é irrepreensível.

Na situação retratada, fácil é visualizar que inexiste capacidade do executado para figurar no polo passivo da demanda, visto que se trata de pessoa falecida, desde 1994, ou seja, data bem anterior ao ajuizamento da presente ação (22.8.2008).

Sobre o tema, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PESSOA FALECIDA - INTIMAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - A pessoa falecida não tem capacidade de estar em juízo, seja como autor ou como réu. Correto o acórdão regional que manteve a decisão do juiz de extinção do processo sem julgamento do mérito, por ausência de pressuposto processual. Recurso Especial improvido. (STJ, REsp n. 336.260/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 27.6.2005).

Com efeito, não sendo possível o ajuizamento de ação contra réu falecido, igualmente é descabida a substituição processual pretendida pelo apelante, uma vez que apenas é admitida a substituição da CDA na hipótese de erro formal ou material na certidão, sendo vedada a alteração do polo passivo no curso da lide, conforme, aliás, enuncia a Súmula n. 392 do Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula n. 392 - A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

Em igual sentido é a jurisprudência desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – MODIFICAÇÃO DA CDA E DO SUJEITO PASSIVO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 392 DO STJ – RECURSO NÃO PROVIDO. 'A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução' (Súmula n. 392 do STJ). (AC n. 2010.034166-0, Segunda Turma, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 14.12.2010).

Finalmente, de se ponderar que a extinção do processo não acarretará prejuízo à Fazenda Pública, uma vez que os herdeiros poderão responder pelo débito fiscal, devendo ser registrado, ainda, que os princípios da economia e celeridade processual não podem atropelar o princípio do devido processo legal.

Em face do exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento para manter 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. 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, 11 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.000823-0 - Três Lagoas
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AQUISIÇÃO DE IMÓVEL – TERCEIRO DE BOA-FÉ- AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL – PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

Os embargos de terceiro têm por objetivo excluir da constrição os bens de quem, sendo proprietário ou possuidor, e não sendo parte no processo, sofrer esbulho ou turbação por ato judicial à sua posse, ou à sua posse e seu domínio.

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Itamar Cesar dos Santos e Patrícia Rodrigues Souza, irresignados com a decisão proferida nos autos da ação de embargos de terceiro que movem em desfavor de Sumiko Miasaki Ono, consistente em julgar improcedente o pedido e manter a constrição judicial sobre o imóvel por eles adquirido, interpõe o presente recurso de apelação.

Alegam, em apertada síntese, que a decisão combatida não merece prevalecer, pois não houve má-fé na aquisição do imóvel, sendo que ao tempo da penhora o bem já estava em nome dos embargantes.

Nesse contexto, pedem a reforma da sentença e o julgamento procedente dos presentes embargos para fins de desconstituir a penhora.

Contrarrazões às f. 94-6.

VOTO

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

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Itamar Cesar dos Santos e Patrícia Rodrigues Souza, contra a decisão proferida nos autos da ação de embargos de terceiro que movem em desfavor de Sumiko Miasaki Ono, consistente em julgar improcedente o pedido e manter a penhora sobre o terreno.

A sentença julgou improcedente o pedido por entender o magistrado que não houve boa-fé dos embargantes na medida em que ao adquirirem o imóvel objeto da penhora deixaram de certificar se à época existia ação contra os vendedores. Além disso, *"O executado tinha conhecimento (pela citação) da demanda de conhecimento e posteriormente do cumprimento da sentença e, após a penhora do seu único bem (em 20.3.2010, f. 63) realizou a alienação do bem aos Embargantes (em 6.7.2010, f. 19)"* (f. 70).

Por meio dos presentes embargos pretendem os embargantes a desconstituição de penhora que recai sobre o terreno penhorado.

Pois bem. Não há dúvidas de ao tempo da alienação do imóvel objeto da penhora já havia a distribuição do cumprimento de sentença e já havia a constrição judicial sobre o bem.

Conforme se verifica dos autos em apenso, o cumprimento de sentença foi distribuído em 22.1.2009. Em 20.3.2010, houve a penhora do terreno (f. 59 autos em apenso), sendo que o requerido/alienante ficou ciente da penhora e assinou o auto de penhora com depositário fiel do bem.

A escritura de compra e venda do referido imóvel foi firmada em 6.7.2010 (f. 19).

Por conta desta alienação, entendeu-se que os embargantes agiram de má-fé ao adquirirem referido imóvel.

Não é o que vislumbrei neste caso concreto.

Tenho entendimento firme de que para configurar a fraude à execução há a necessidade de registro de penhora ao tempo da alienação, o que não ocorreu neste caso concreto.

In casu, a Escritura Pública de compra e venda do imóvel foi lavrada em 6.7.2010 (f. 19), ao tempo em que já pendia sobre o bem a penhora, porém, sem que houvesse o registro da constrição na matrícula do bem, o que faz presumir a boa-fé dos adquirentes.

Como sabido, em casos tais, há presunção de boa-fé e a má-fé deve ser provada.

O Superior Tribunal de Justiça em seu Enunciado n. 375 dispõe que:

> O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Assim sendo, pelo teor do referido Enunciado, somente haverá fraude à execução quando a penhora do bem estiver averbada no registro de imóveis ou quando estiver comprovada a má-fé de terceiro, não é o presente caso.

Não vislumbro indícios de que houve conluio no intuito de frustrar a satisfação do direito do apelado neste caso concreto, impondo-se destacar que a jurisprudência do STJ admite a presunção de má-fé do adquirente tão-somente quando registrada a penhora junto à matrícula do imóvel, nos termos do artigo 659, § 4º, do CPC, o que não ocorreu.

Nesse contexto:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO INGRESSO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO ATRAVÉS DE CONTRATO DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. SÚMULA N. 84 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A pretensão do agravante é a de manter a penhora lavrada nos autos da execução ao argumento de que o agravado não procedeu o registro do imóvel, não sendo portanto proprietário do bem. 2. Deixou então, à margem, a discussão sobre a data da celebração do Contrato de Escritura Pública de Compra e Venda, firmado entre o agravado e o executado, embora reconheça que a sua feitura aconteceu em momento anterior ao ajuizamento da ação executiva. Ora, se a alienação ou oneração precede a citação, ainda que o bem não esteja registrado no cartório imobiliário, não há fraude a execução, porque prevalece o princípio da boa-fé do comprador/agravado, o que poderia era configurar fraude contra credores, mas, a ser discutida em sede de outra ação (Pauliana). 3. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. (Súmula n. 84 STJ) 4. Agravo conhecido e improvido. (TJCE, Ag n. 9768-35.2005.8.06.0000/0, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Emanuel Leite Albuquerque, DJ de 23.11.2010).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para o fim de reformar a decisão singular e determinar a desconstituição da penhora sobre o imóvel.

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. 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, 15 de fevereiro de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2010.027721-7 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MEDIDA CAUTELAR FISCAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PREJUDICIAIS REJEITADAS – RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS – ART. 135 DO CTN – MERO INADIMPLEMENTO – SÓCIO CONSTANTE DA CDA – IRRELEVÂNCIA – AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS* – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. A audiência prevista no art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 8.397, de 6.1.1992, destina-se a produzir prova da existência dos aludidos requisitos e não do direito litigioso em si. Ademais, no caso em apreço, não há necessidade de instrução além da prova documental da alegação de que existe patrimônio suficiente da empresa executada para garantir toda a dívida, a qual deveria ter sido trazida pelos requeridos com suas contestações. A seu turno, o contraditório foi assegurado por meio da citação e dos atos de comunicação processual, uma vez que os requeridos tiveram conhecimento de todas as alegações formuladas pelo requerente, enquanto a ampla defesa foi propiciada dentro do âmbito da medida cautelar, pois não foram impedidos de apresentar os documentos que considerassem adequados para comprovar suas assertivas.

2. Os sócios administradores possuem legitimidade passiva para responder à pretensão cautelar fiscal, uma vez que são os administradores da sociedade requerida e existe a possibilidade de se frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

3. Carece do requisito *fumus boni iuris* a pretensão da Fazenda Pública de obter a indisponibilidade dos bens dos sócios proprietários ancorada apenas na ausência de *"cumprimento das obrigações fiscais de natureza principal e acessória da sociedade requerida no prazo estabelecido nas normas legais e regulamentares"*, sem nenhum resquício de prova de conduta dolosa ou ao menos culposa com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso de Marcos Antonio Momesso e outro e negar provimento ao recurso do Estado de MS, retificando parcialmente a sentença em sede de reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de fevereiro de 2012.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Marcos Antônio Momesso e Cristiane Maria Vendramini Momesso, na medida cautelar fiscal[1] proposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul em seu desfavor e de Refrigerantes Luana LTDA., apelam (f. 2510-41) contra a sentença (f. 2496-504) cuja parte dispositiva, após solução de embargos de declaração interpostos pelo requerente (f. 2565-69), ficou assim redigida:

> Diante do exposto, rejeito a preliminar ventilada pelos requeridos, mantendo os sócios Marcos Antônio Momesso e Cristiane Maria Vendramini Momesso no polo passivo da ação, com responsabilidade pessoal pelos débitos executados somente a partir de seu ingresso na empresa requerida e julgo parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação, deferindo em parte a medida liminar, indisponibilizando os bens da empresa Refrigerantes Luana Ltda., no limite do débito executado, e em relação aos sócios executados, a indisponibilidade de seus bens somente poderão abranger o crédito tributário executado, a partir de seu ingresso na empresa requerida, ou seja, o sócio Marcos Antônio Momesso terá responsabilidade pessoal tributária a partir de 19 de julho de 2000, conforme documento de f. 32-3, e a sócia Cristiane Maria Vendramini Momesso terá responsabilidade pessoal tributária a partir de 28 de julho de 2000, conforme documento de f. 9-10. (f. 2582-3)

Suscitam prejudicial de cerceamento de defesa, decorrente de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, porquanto o julgamento antecipado da lide não lhes teria permitido produzirem as provas imprescindíveis para apreciação pelo juiz do feito e porque não se procedeu à audiência preliminar para composição da lide, fixação dos pontos controvertidos, análise com maior clareza das preliminares levantadas quanto ao período de responsabilidade subsidiária dos apelantes, existência de patrimônio da empresa executada suficiente para garantir toda a dívida, parcelamento do débito através do REFIS com base na Lei n. 11.941/2009, liquidação e parcelamento do passivo trabalhista, entre outros pontos.

Arguem prejudicial de ilegitimidade passiva, pois: **a)** compulsando as CDA's n. 467/2003, 469/2003, 470/2003, 471/2003 e 472/2003, vislumbra-se que os débitos referem-se ao período de janeiro de 1999 a julho de 2000, com alguns minúsculos valores relativos ao segundo semestre do ano 2000; **b)** não eram sócios da empresa Refrigerantes Luana Ltda. na data da origem dos débitos questionados, pois ingressaram somente a partir de julho/agosto do ano 2000, de sorte que não poderiam ser responsabilizados por atos ou omissões relacionadas a período anterior ou posterior à sua gestão; **c)** não agiram com excesso de poderes; **d)** a empresa possui patrimônio suficiente para responder pelo passivo objeto da execução fiscal da qual se originou a presente medida cautelar; **e)** o bem constrito não poderia ter sido arrolado, por ser bem de família; **f)** nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, excluem-se da responsabilidade tributária aqueles que são simplesmente sócios da pessoa jurídica de direito privado, pois o que interessa é a condução dos negócios da empresa; **g)** não basta o mero inadimplemento para viabilizar a responsabilização pessoal dos administradores, gerentes ou representantes, pois esse fato não caracteriza infração à lei.

No mérito, argumentam que: **a)** seu único imóvel residencial constitui bem de família amparado pela Lei n. 8.009/1990 e, por isso, não pode ser penhorado, motivo por que é descabida a decretação de sua indisponibilidade; **b)** a empresa executada não encerrou suas portas, ao contrário, quitou a maioria dos créditos preferenciais e os demais débitos fiscais foram objeto de parcelamento conforme a Lei n. 11.941/2009, o que, por si só, diminui o risco de insolvência; **c)** o patrimônio da empresa é suficiente para garantir a dívida; **d)** inexistem créditos preferenciais, em relação ao crédito fiscal, pendentes ou inadimplentes.

Requerem seja reformada a sentença a fim de: **a)** acolher-se a prejudicial de ilegitimidade passiva, com extinção do processo sem julgamento do mérito em relação a ambos; **b)** acolher-se a prejudicial de

1 Cautelar Fiscal n. 001.03.064786-0, distribuída em 6.11.2003 à Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande.

cerceamento de defesa, decretando a nulidade da sentença e o retorno dos autos à primeira instância; **c)** dar provimento ao mérito, com inversão dos ônus da sucumbência.

Em contrarrazões (f. 2550-61), o Estado de Mato Grosso do Sul bate-se pelo desprovimento do recurso.

Além disso, apela (f. 2586-92) contra a limitação da responsabilidade do casal requerido, alegando que: **a)** o processo cautelar fiscal não é sede apropriada para discutir a extensão da responsabilidade tributária dos sócios; **b)** demonstrada a cessão e transferência das quotas da empresa, a responsabilidade tributária será transferida integralmente aos sócios sucessores, independentemente da data de ingresso ou da ocorrência do fato gerador, como se infere do disposto nos art. 131, I, e art. 133, I, do Código Tributário Nacional; **c)** ao contrário do disposto na sentença, o apelado Marcos Antônio Momesso detinha poderes para gerir a empresa em nome dos demais sócios, consoante procuração que lhe conferiu os mais amplos e ilimitados poderes, outorgada em 27.9.1996.

Requer seja reformada a sentença, a fim de estender a indisponibilidade de bens aos sócios apelados no valor integral da dívida constituída pela empresa apelada.

O casal requerido oferece contrarrazões (f. 2604-10), nas quais pugnam pelo desprovimento da apelação do Estado.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

1. Prolegômenos.

O Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou a presente medida cautelar fiscal, com base na Lei n. 8.397, de 6.1.1992, em face de Refrigerante Luana Ltda. e de seus sócios proprietários Marcos Antônio Momesso e Cristiane Maria Vendramini Momesso.

Narrou haver constatado uma série de irregularidades fiscais praticadas pela sociedade requerida em torno de fatos geradores de ICMS, da qual é contribuinte, as quais deram gênese à lavratura de autos de infração e às Certidões de Dívida Ativa n. 467/2003, 469/2003, 470/2003, 471/2003 e 472/2003, decorrentes do não recolhimento dos tributos aos cofres públicos, em quantia equivalente a R$ 7.953.796,85 (sete milhões, novecentos e cinquenta e três mil, setecentos e noventa e seis reais e oitenta e cinco centavos).

Alegou que: **a)** os sócios proprietários são responsáveis tributários porque, ao deixarem de promover o cumprimento das obrigações fiscais de natureza principal e acessória da sociedade requerida no prazo estabelecido nas normas legais e regulamentares, incidiram em infração da legislação tributária, com fulcro no art. 135, III, do Código Tributário Nacional,[2] e em conduta subsumida no art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.397/1992;[3] **b)** os fatos narrados se enquadram na hipótese prevista no art. 2º, V, "a", da Lei n. 8.397/1992, tendo em conta que a sociedade foi notificada para que efetuasse o pagamento do crédito fiscal,

2 Código Tributário Nacional: Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] III – os diretores, gerentes, ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

3 Lei n. 8.397/1992: Art. 4° A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1° Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo: a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício; b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

§ 2° A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1°), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

[...].

mas permaneceu inerte, tornando necessário o ajuizamento desta medida cautelar fiscal, tendo em vista o risco de que as parcas garantias do crédito tributário venham a desaparecer impedindo sua satisfação na execução fiscal já instaurada; **c)** a medida cautelar fiscal atende aos requisitos insculpidos no art. 3º da Lei n. 8.397/1992,[4] pois há prova literal da constituição do crédito tributário que é o objeto da presente medida assecuratória do resultado da execução fiscal, além de prova de que a requerida foi devidamente notificada para o pagamento do tributo no prazo legal.

Requereu a decretação da indisponibilidade dos bens da requerida e de seus sócios proprietários até o limite do valor do crédito tributário.

2. Antecedentes do mérito.

2.1 Prejudicial de cerceamento de defesa.

A alegação dos sócios proprietários da requerida de que teriam sofrido cerceamento de defesa parece lastreada no procedimento ordinário do processo de conhecimento, e não no processo cautelar, pela profundidade cognitiva que postulam.

Entretanto, uma medida cautelar constitui procedimento assecuratório da eficácia de outro processo e sua concessão depende, primordialmente, da presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e não da exauriência da cognição judicial.

Nesse contexto, a audiência prevista no art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 8.397/1992,[5] destina-se a produzir prova da existência dos aludidos requisitos e não do direito litigioso em si.

Ademais, no caso em apreço, não há necessidade de instrução além da prova documental de que existe patrimônio suficiente da empresa executada para garantir toda a dívida, como afirmam, a qual deveria ter sido trazida pelos requeridos com suas contestações.

A seu turno, o contraditório foi assegurado por meio da citação e dos atos de comunicação processual, uma vez que tiveram conhecimento de todas as alegações formuladas pelo requerente, enquanto a ampla defesa foi propiciada dentro do âmbito da medida cautelar, pois não foram impedidos de apresentar os documentos que considerassem adequados para comprovar suas assertivas.

Por conseguinte, rejeito a prejudicial de cerceamento de defesa.

2.2 Prejudicial de ilegitimidade passiva.

A legitimidade para estar no polo passivo de uma demanda judicial decorre da identidade entre o sujeito demandado e a titularidade da obrigação litigiosa.

O art. 4º, *caput* e § 2º, da Lei n. 8.397/1992 estabelece que a imediata indisponibilidade dos bens do requerido na medida cautelar fiscal poderá ser estendida aos que estejam ou tenham estado na função de administrador, a fim de que não se frustre a pretensão tributária, a saber:

> Art. 4° A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.
>
> [...]

4 Lei n. 8.397/1992: Art. 3° Para a concessão da medida cautelar fiscal é essencial: I - prova literal da constituição do crédito fiscal; II - prova documental de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

5 Lei n. 8.397/1992: Art. 9º [...] Parágrafo único. Se o requerido contestar no prazo legal, o Juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida.

> § 2° A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1°), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

No caso em apreço, a Cláusula VI do contrato social estipula que: *"A administração da sociedade será exercida por todos os sócios"* (f. 2348); os quais, de acordo com a oitava alteração contratual (f. 2366), são precisamente os requeridos Marcos Antônio Momesso e Cristiane Maria Vendramini Momesso.

Logo, ambos possuem legitimidade passiva para responder à pretensão cautelar fiscal exercida neste processo, uma vez que são os administradores da sociedade requerida e existe a possibilidade de se frustrar a pretensão da Fazenda Pública, segundo assevera o requerente.

Já os debates a respeito da existência e do alcance de sua suposta responsabilidade devem ser apreciados no julgamento do mérito da demanda, e não no conjunto das condições da ação.

Fica, portanto, rejeitada a prejudicial de ilegitimidade passiva.

3. Mérito.

Ao propor esta ação, o Estado de Mato Grosso do Sul apontou a existência de risco de desaparecimento das poucas garantias do crédito tributário para a execução fiscal, bem assim a ocorrência de infração à legislação tributária, por se *"deixar de promover o cumprimento das obrigações fiscais de natureza principal e acessória da sociedade requerida no prazo estabelecido nas normas legais e regulamentares"* (f. 4).

Segundo o art. 4º, *caput* e § 2º, da Lei n. 8.397/1992, a imediata indisponibilidade dos bens do requerido na medida cautelar fiscal poderá ser estendida aos que exerçam ou tenham exercido a função de administrador, a fim de que não se frustre a pretensão tributária, *in litteris*:

> Art. 4° A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.
>
> [...]
>
> § 2° A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1°), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

Entretanto, a leitura do preceptivo transcrito deve ser feita de forma sistemática com as disposições do Código Tributário Nacional, sem olvidar a natureza de lei complementar deste, por conta do art. 146, III, da Constituição Federal.

O art. 128 do CTN estipula que:

> Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Desse preceito normativo decorre que a responsabilidade tributária pode recair exclusivamente sobre a terceira pessoa, caso em que se exclui a responsabilidade do contribuinte, ou incidir sobre o terceiro de modo subsidiário, supletivo, caso em que ambos serão chamados a responder pelo ônus tributário, em uma ordem de preferência.

No primeiro caso, ocorre a responsabilidade pessoal; no segundo, a responsabilidade subsidiária ou supletiva.

Quando a terceira pessoa vinculada ao fato gerador suportar a responsabilidade pessoal, o contribuinte será excluído totalmente. O deslocamento da responsabilidade para o terceiro faz com que o contribuinte não responda por mais nada, conforme a lição esclarecedora de Eduardo Sabbag.[6]

O ilustrado tributarista acrescenta que o art. 135 do CTN, mencionado pelo Estado para justificar a instalação dos sócios proprietários no polo passivo da medida cautelar fiscal, é um exemplo didático da responsabilidade pessoal e exclusiva – não solidária – das pessoas discriminadas nos seus incisos, a saber:

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> I - as pessoas referidas no artigo anterior;
>
> II - os mandatários, prepostos e empregados;
>
> III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Discorrendo especificamente sobre o dispositivo legal transcrito, Sabbag leciona que:

> Trata-se de comando afeto à responsabilidade pessoal e exclusiva (não 'solidária'!), das pessoas discriminadas nos incisos I, II e III – mandatários, prepostos, empregados, diretores ou gerentes –, além daquelas constantes nos incisos do artigo antecedente, quando agirem, na relação jurídico-tributária, com excesso de poderes ou infração de lei.
>
> Em geral, o contribuinte aqui é vítima de atos abusivos, ilegais ou não autorizados, cometidos por aqueles que o representam, razão pela qual se procura responsabilizar pessoalmente tais representantes, ficando o contribuinte, em princípio, afastado da relação obrigacional. De fato, no art. 135 do CTN, a responsabilidade se pessoaliza, ou seja, torna-se plena, rechaçando o benefício de ordem e fazendo com que o ônus não recaia sobre o contribuinte, mas, pessoalmente, sobre o responsável citado quando houver (I) excesso de poderes ou (II) infração da lei, contrato social ou estatutos.
>
> Vamos detalhar o estudo destas expressões:
>
> **I. Excesso de poderes:** o terceiro age por conta própria, além dos poderes que a norma legal, contratual ou estatutária lhe conferem, isto é, subvertendo as atribuições que lhe foram outorgadas. Diferentemente das hipóteses de omissão do art. 134, neste artigo temos nítido comportamento comissivo. Exemplo: diretor de sociedade que adquire um bem imóvel, sabendo-se que, pelo estatuto social, estava impedido de fazê-lo sem a anuência de todos os sócios. A dívida de ITBI, desse modo, recairá pessoalmente sobre ele;
>
> **II. Infração de lei, contrato social ou estatutos:** é importante enfatizar que o descumprimento da obrigação tributária principal (não pagamento do tributo), sem dolo ou fraude, apenas representa mora da empresa, e não 'infração legal' deflagradora da responsabilidade pessoal. É imprescindível para a responsabilização pessoal a atuação dolosa do gerente ou diretor, devendo ser cabalmente provada. O não-pagamento, isoladamente analisado, é 'mera presunção' de infração à lei pelo gestor da pessoa jurídica. Ademais, a infração a que se refere o art. 135 é subjetiva (e não objetiva), isto é, dolosa, e é sabido que o dolo não se presume.

6 SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 640. cap. 22. item 1.2.a.

> À guisa de elementos históricos, até o ano 2000, aproximadamente, a posição jurisprudencial dominante era diversa, ou seja, o mero inadimplemento era considerado uma 'infração à lei', configuradora suficiente da responsabilização pessoal.
>
> Hodiernamente, a tendência jurisprudencial, na trilha da doutrina majoritária, é pacífica e diversa, conforme se explicou.[7]

Em síntese, a subsunção dos fatos ao art. 135 do CTN acarreta a responsabilidade pessoal e exclusiva, não solidária, dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Tal subsunção, todavia, não ocorre por conta da simples mora no pagamento dos tributos, mas de conduta dolosa ou culposa por parte do gestor da pessoa jurídica.

Esse, aliás, é o norte jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, consolidado pela Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 1.101.728/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, submetido ao rito dos recursos repetitivos, assim ementado:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.
>
> [...]
>
> 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (REsp n. 374.139/RS, Primeira Seção, DJ de 28.2.2005).
>
> 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.[8]

Embora utilize nomenclatura discrepante da doutrina[9] (isto é, responsabilidade subsidiária em lugar de responsabilidade pessoal), o sentido jurisprudencial aponta para a inaplicabilidade do art. 135 pela simples falta de pagamento do tributo.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça alcança até mesmo a situação em que o sócio gerente ou administrador tenha sido incluído na certidão de dívida ativa, conforme o seguinte julgado:

> TRIBUTÁRIO - RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS - ART. 135 DO CTN - MERO INADIMPLEMENTO - SÓCIO CONSTANTE DA CDA - IRRELEVÂNCIA - JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA.
>
> 1. A responsabilidade tributária prevista no art. 135 do CTN não alcança o inadimplemento do tributo sem a prova da prática de ato ilícito ou contrário aos estatutos sociais, independentemente de o sócio constar da CDA ou não. Precedentes do STJ.

7 Ibid. p. 676-7. cap. 22. item 4.2.

8 REsp n. 1101728/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 11.3.2009, DJ 23.3.2009.

9 Confiram-se, também:
SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira [coord.]. **Código tributário nacional. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966: comentado e anotado**. 4. ed., Campinas, CS Edições, 2004. p.402. art. 135.
BECHO, Renato Lopes. in PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset [coord.]. **Comentários ao código tributário nacional**. São Paulo: MP Editora, 2005. p. 1037. art. 135.

> 2. A inclusão de sócio-gerente ou administrador na CDA importa na distribuição do ônus da comprovação da responsabilidade tributária, mas não interfere com a existência da causa de transferência da responsabilidade em si. Precedentes.
>
> 3. Agravo regimental não provido.[10]

Na espécie, a pretensão do requerente de obter a indisponibilidade dos bens dos sócios proprietários ancora-se precisamente na ausência de *"cumprimento das obrigações fiscais de natureza principal e acessória da sociedade requerida no prazo estabelecido nas normas legais e regulamentares"* (f. 4), sem nenhum resquício de prova de conduta dolosa ou ao menos culposa com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.

Carece, portanto, do requisito *fumus boni iuris*, imprescindível para a concessão da medida cautelar fiscal postulada em relação aos sócios requeridos.

O Estado de Mato Grosso do Sul assevera, apropriadamente, que o processo cautelar fiscal não é sede apropriada para discutir a extensão da responsabilidade tributária dos sócios.

Entretanto, para conceder-se a medida cautelar será necessário o preenchimento dos respectivos requisitos, o que não ocorreu no caso presente.

Cabe razão aos sócios requeridos, por conseguinte, quanto à improcedência do pedido inicial formulado em seu desfavor.

Por esses mesmos motivos, não merece provimento o recurso manejado pelo requerente.

Em virtude dessa conclusão, ficam rejeitados ou prejudicados os demais argumentos das partes que com ela não se coadunam, salientando-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em considerar desnecessário o prequestionamento explícito, por só bastar que a matéria haja sido tratada no *decisum*, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIAS PASSÍVEIS DE ALEGAÇÃO. REQUISITOS DA CDA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7/STJ. INOVAÇÃO DA LIDE. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. Não viola os art. 458 e art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.
>
> [...]
>
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.[11]
>
> PROCESSO CIVIL - AGRAVO POR INSTRUMENTO - RECURSO ESPECIAL - DECISÃO ACOIMADA - RESTRIÇÃO À FUNDAMENTAÇÃO DO PRIMEIRO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RESP - TESE NÃO ACOLHIDA - INDICAÇÃO EXPRESSA DO DISPOSITIVO LEGAL SUPOSTAMENTE VIOLADO - NÃO EXIGIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO - DESNECESSIDADE - ART. 255/RISTJ - INOBSERVÂNCIA - PAGAMENTO DE CUSTAS NA JUSTIÇA FEDERAL - PRAZO - LEI N. 6.032/74 - ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO TFR.
>
> [...]

10 AgRg no REsp n. 1039053/MG, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 25.11.2008, DJ 16.12.2008.

11 AgReg no Ag n. 757.824/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22.8.2006, DJ 4.9.2006 p. 234.

A indicação precisa do dispositivo de lei a que alegadamente se negou vigência não é fator impeditivo para conhecimento do recurso especial, desde que se possa inferir o artigo a que se quer aludir.

É desnecessário, para se haver como prequestionada a matéria controvertida, que o acórdão a quo mencione expressamente o dispositivo legal tido como violado, bastando que as questões postas tenham sido debatidas.

[...].[12]

EMBARGOS DECLARATÓRIOS AO ACÓRDÃO ESTADUAL. ESCOPO DE OBTER PREQUESTIONAMENTO EXPLICITO. REJEIÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - É de rigor a rejeição dos embargos declaratórios manejados com o fim único de obter prequestionamento explícito dos temas vedados em acórdão proferido por colegiado estadual.

II - Para efeito de admissibilidade de recurso especial é suficiente haja a questão objeto do apelo extremo sido implicitamente prequestionada, sendo desnecessário que do aresto local conste expressa referência ao artigo de lei cuja violação se argui na via excepcional, bastando tenha havido análise da matéria por tal preceito disciplinada.

[...].[13]

4. Conclusão.

Ante o exposto, rejeito as prejudiciais de cerceamento de defesa e de ilegitimidade passiva e, no mérito, nego provimento à apelação do Estado de Mato Grosso do Sul e dou provimento ao recurso interposto pelos sócios Marcos Antônio Momesso e Cristiane Maria Vendramini Momesso, a fim de, reformando parcialmente a sentença, julgar improcedentes os pedidos iniciais em relação a ambos.

Os 2/3 (dois terços) dos ônus da sucumbência relativos aos sócios mencionados ficam invertidos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE MARCOS ANTONIO MOMESSO E OUTRO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO DE MS, RETIFICANDO PARCIALMENTE A SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, 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 Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 28 de fevereiro de 2012.

***

12 AgReg em Ag n. 272.639/RJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi, *in* DJ n. 8.5.2000.

13 REsp n. 20.474/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* DJ 10.4.1995

Terceira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2012.002435-1 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO OU DECLARAÇÃO DE PROFICIÊNCIA COM BASE NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM) – IDADE MÍNIMA – APTIDÃO INTELECTUAL COMPROVADA – AFRONTA AOS ARTIGOS 205 E 208, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA.

Tolher o acesso a nível educacional superior ao que ocupa hoje, tão somente em função da idade, demonstra-se desarrazoado, pois o fator etário não pode constituir obstáculo para acesso aos níveis superiores de ensino, quando o aluno revela possuir capacidade intelectual para ingressar na universidade, sob pena de afronta às normas dos artigos 205 e 208, inciso V, ambos da Constituição Federal.

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 e com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de março de 2012.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Bruno Dias Soares, menor relativamente capaz assistido por seu genitor Valdemir Silva Soares, impetra mandado de segurança com pedido liminar em face da Secretária de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul.

Narra que: **a)** conforme resultado do Sistema de Seleção Unificada, 1º Processo Seletivo de 2012, foi aprovado, na segunda chamada, para o curso de Bacharelado em Engenharia de Produção, Código 1128349, na UFMS – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul; **b)** portanto, obteve índices satisfatórios de acertos nas provas, sendo considerado APTO para cursar o ensino superior na escolha almejada; **c)** todavia, foi impedido pela impetrante de efetivar sua matrícula, conforme ofício n. 275/GAB/SED/2012, por não possuir a idade mínima de 18 (dezoito) anos (f. 12); **d)** tem prazo até o dia 31 de janeiro de 2012 para efetivar sua inscrição/matrícula (f. 14), sob pena de perder a vaga.

Demonstra, por meio de cópia do boletim escolar emitido pelo Centro de Ensino Nossa Senhora Auxiliadora (f. 17), que apresenta ótimas notas, com suficientes habilidades acadêmicas.

Reportando-se a diversos suprimentos jurisprudenciais, e após promover emenda da inicial, requer seja concedida a ordem, a fim de se determinar à impetrada que lhe entregue certificado de conclusão do ensino médio, objetivando permitir-lhe a matrícula na UFMS.

O pedido liminar foi deferido (f. 24-5).

Notificadas a autoridade impetrada (f. 29-30) e o Estado de Mato Grosso do Sul (f. 31-2), somente este manifestou-se (f. 33, juntando os doc. de f. 34-56) para apresentar as informações prestadas pela autoridade, limitando-se a aduzir que a liminar já foi cumprida e que não será interposto recurso em face da decisão, conforme autorização administrativa nesse sentido.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina (f. 61-7) pela concessão da segurança, confirmando-se a liminar deferida.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Bruno Dias Soares a fim de que o Secretário de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul lhe entregue certificado de conclusão do ensino médio, objetivando permitir-lhe a matrícula na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, onde foi aprovado para o curso de Bacharelado em Engenharia de Produção, em segunda chamada de processo seletivo.

Depreende-se, da documentação acostada à petição inicial, que o impetrante concluiu o segundo ano do ensino médio no Centro de Ensino Nossa Senhora Auxiliadora (f. 17), apresentando ótimas notas em todas as disciplinas, com predominância das notas mais elevadas, inclusive com média 87 (oitenta e sete) em Matemática e 74 (setenta e quatro) em Língua Portuguesa.

Está comprovado, também, que foi aprovado, por meio do Sistema de Seleção Unificada, no 1º Processo Seletivo de 2012, para o curso de Engenharia de Produção, na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul em Campo Grande, em segunda chamada, como 28º de 28 vagas remanescentes, mas para matricular-se deve apresentar o certificado de conclusão do ensino médio (f. 14-5).

A jurisprudência desta Colenda Corte tem-se orientado no sentido de conceder a segurança em casos como o presente, conforme já decidido no MS n. 2010.008243-6 (Segunda Seção Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 14.6.2010); no MS n. 2011.001495-5 (Quarta Seção Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 23.5.2011); no MS n. 2011.003120-5 (Terceira Seção Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 16.5.2011); no MS n. 2011.022061-3 (Primeira Seção Cível, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, julgado em 5.12.2011); no MS n. 2011.019080-8, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade (Terceira Seção Cível, julgado em 15.8.2011) e no MS n. 2011.019143-9 (Terceira Seção Cível, julgado em 19.9.2011), esse último de minha relatoria, vazado na seguinte ementa:

> MANDADO DE SEGURANÇA – EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO OU DECLARAÇÃO DE PROFICIÊNCIA COM BASE NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM) – IDADE MÍNIMA – APTIDÃO INTELECTUAL COMPROVADA – AFRONTA AOS ARTIGOS 205 E 208, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Tolher o acesso a nível educacional superior ao que ocupa hoje, tão somente em função da idade, demonstra-se desarrazoado, pois o fator etário não pode constituir obstáculo para acesso aos níveis superiores de ensino, quando o aluno revela possuir capacidade intelectual para ingressar na universidade, sob pena de afronta às normas dos artigos 205 e 208, inciso V, ambos da Constituição Federal.

Constata-se, por tais razões e pelos argumentos trazidos pelo impetrante – os quais encampo –, que a negativa da autoridade afronta direito líquido e certo do impetrante a ser protegido pela via mandamental.

Verifica-se, por outro lado, que a liminar concedida foi cumprida pela autoridade, a qual não apresentou resistência ao pedido, bem assim o próprio Estado de Mato Grosso do Sul.

Ante o exposto, com o parecer, confirmo a liminar e concedo a segurança a fim de determinar à autoridade impetrada, Secretária de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul, que emita, incontinenti, certificado de conclusão do ensino médio em nome do impetrante Bruno Dias Soares, ou documentação equivalente, a fim de, tempestivamente, permitir-lhe a matrícula, ainda que em caráter provisório, no curso de Engenharia de Produção da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), em Campo Grande.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, João Maria Lós, Paulo Alfeu Puccinelli, Julizar Barbosa Trindade e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 19 de março de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.003715-2 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – BANCO – PAGAMENTO DE CHEQUE FALSIFICADO – LUCROS CESSANTES – PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO – INTERRUPÇÃO PELA CITAÇÃO – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – PRAZO QUINQUENAL DO ARTIGO 27 DO CDC – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

I – *"A citação interrompe a prescrição, dela não se podendo cogitar enquanto a ação pende de julgamento; esse efeito, todavia, só se produz em relação ao que foi objeto do pedido. Ação rescisória procedente, em parte."* (STJ – AR 384/PR)

Se ocorreu um ato ilícito, gerador de danos emergentes e lucros cessantes, mas a vítima (no caso os apelantes) propôs ação de indenização apenas dos danos emergentes, a citação realizada nesta ação não tem o condão de interromper a prescrição da pretensão relativa aos lucros cessantes.

II – Considerando que os atos praticados pelo Banco/apelado (pagamento de cheque falsificado) correspondem a um defeito na prestação do serviço, aplica-se ao caso o prazo prescricional quinquenal estabelecido pelo artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor (quinquenal).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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, 27 de março de 2012.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Colégio Pequenópolis Ltda., Doraci Fernandes Gonzales e Maria Lice Fernandes e Couto Citino, qualificados na Ação de Cobrança,[1] que ajuízam em face de HSBC BANK BRASIL S.A. – Banco Múltiplo, interpõem recurso de apelação civil contra a sentença que julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, em razão da prescrição da pretensão dos autores/apelantes, com fulcro no art. 27 do CDC e 178, § 10º, III, do Código Civil.

Alegam, em resumo, que: **a)** ainda que seja considerado o prazo quinquenal do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, a pretensão veiculada na inicial não estaria prescrita, uma vez que a citação, na anterior ação ordinária, que veiculou pedido declaratório e condenatório, interrompeu o curso do prazo

1 Proc. n. 0018948-65.2009.8.12.0001.

prescricional, a teor do disposto nos artigos 172, I e V, do Código Civil revogado (art. 202, I e IV do Código Civil em vigor) c.c. o artigo 219 do Código de Processo Civil; **b)** na ação ordinária anterior, foi sustentada a culpa do apelado no pagamento de cheques com assinaturas falsificadas como pressuposto do pedido de condenação do réu no pagamento de indenização por danos emergentes, culpa esta que foi expressamente declara no dispositivo do acórdão que deu provimento ao apelo interposto contra a sentença que havia julgado improcedente o pedido inicial; **c)** somente a partir do trânsito em julgado desta sentença declaratória nasceu o direito de se postular a condenação do Banco nos lucros cessantes; **d)** é cabível o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a citação válida em ação declaratória interrompe a prescrição na respectiva ação condenatória; **e)** como a presente ação vincula pedido de reparação de danos por fato extraordinário da atividade comercial do Banco, alheio à expectativa dos contratantes, o prazo prescricional a ser aplicado seria o do Código Civil revogado (art. 177) e não o do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, até porque os atos praticados pelo Banco não correspondem a um defeito do serviço; **f)** tanto a ação declaratória c/c indenização por danos emergente, como a presente ação condenatória por lucros cessantes, foram fundamentadas no Código Civil e não no Código de Defesa do Consumidor, mormente porque o fundamento da responsabilidade do apelado não está presente no "defeito do serviço", mas sim na imperícia e negligência dos prepostos do Banco, que não tomaram as cautelas devidas no sentido de evitar o pagamento de cheques não emitidos pelos correntistas; **g)** este Egrégio Tribunal de Justiça tem, sistematicamente, reconhecido a prescrição vintenária em casos que envolvem direito bancário; **h)** é inaplicável, no caso, o disposto no artigo 178, § 10º, III, do Código Civil de 1916, já que não postulam, no pedido inicial, "juros remuneratórios", mas sim indenização por lucros cessantes na forma de juros remuneratórios, que na realidade é tão somente a forma de pagamento da indenização por aquilo que razoavelmente deixaram de ganhar.

Requerem o provimento do apelo, para reformar a sentença, a fim de que seja afastada a prescrição e seja julgado procedente o pedido para condenar o apelado a pagar aos apelantes indenização por lucros cessantes, na forma de juros remuneratórios de 1% (um por cento) ao mês sobre a condenação levada a efeito nos autos da ação n. 001.97.010955-0, que deverá incidir a partir de cada desfalque.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 306).

O Banco/apelado ofereceu contrarrazões ao recurso, em que pugnou pelo não provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Fatos.

Trata-se de recurso de apelação cível, interposto pelos apelantes contra a sentença que julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, em razão da prescrição da pretensão dos autores/apelantes, com fulcro no art. 27 do CDC e 178, § 10º, III, do Código Civil.

Segundo afirmam os apelantes nas razões de apelo, estes, em maio de 1997, ajuizaram ação de declaração de inexigibilidade de crédito c.c. indenização por danos materiais e morais em face do Banco/apelado, cujos pedidos foram julgados procedentes para reconhecer a culpa concorrente dos litigantes quanto à causa dos prejuízos decorrentes do pagamento de cheques falsificados, de modo que o Banco/apelado foi condenado a pagar metade do valor atualizado dos cheques falsificados, acrescido de correção monetária e juros legais (f. 23-43 e 59-66).

Aduzem, ainda, os apelantes, que a citação do Banco/apelante nesta primeira ação, interrompeu a prescrição para o ajuizamento da presente ação de cobrança de lucros cessantes.

Entretanto, tenho que a sentença apelada deve ser mantida *in totum*.

Prejudicial de Mérito – Pretensão Prescrita

Considerando que o Juiz de Direito Substituto, Raul Ignatius Nogueira, da 20ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, MS, deu adequada solução ao caso concreto, adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir o presente recurso, *in verbis*:

> Adentra-se a análise da prejudicial de prescrição.
>
> Alega o REQUERIDO que por se tratar de demanda voltada a indenização de lucros cessantes incidentes em decorrência de relação de consumo, deve incidir a prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC.
>
> O REQUERIDO, a sua vez, defende a interrupção do prazo prescricional com a citação do réu na demanda que discutiu a obrigação principal e a inaplicabilidade do art. 27, por se tratar de "fato extraordinário".
>
> Após detida reflexão acerca dos argumentos das partes, tem-se que a preliminar deve ser acolhida.
>
> Com efeito, a citação válida no processo anterior não tem o condão de interromper o prazo prescricional para a propositura da presente demanda, pois os feitos possuem objetos distintos.
>
> Essa, aliás, é a premissão fundamental em que os REQUERENTES se baseiam para a própria propositura da demanda, o fato de que a indenização por danos materiais não se confunde com a indenização por lucros cessantes.
>
> De outro lado, o ilícito imputado ao banco REQUERIDO ocorreu no curso de relação de consumo – atraindo a incidência das normas consumeristas. O pagamento indevido de cheques, como é cediço, é amplamente considerado "falha na prestação de serviço" na jurisprudência e, como tal, o prazo prescricional para a propositura da demanda é aquele previsto no art. 27 do CDC.
>
> Ainda se assim não fosse, note-se que o pedido inicial diz respeito ao recebimento de "juros remuneratórios" que o requerido deixou de auferir – o que atrairia o prazo quinquenal previsto no art. 178, § 10º, III do CC/16.
>
> Sob qualquer prisma que se analise a questão, há que se reconhecer a incidência de prescrição sobre a pretensão autoral. (f. 274-6).

Observo, inicialmente, que inexiste no caso em tela a coisa julgada, tendo em vista que, conquanto os pedidos na Ação de Indenização n. 1997.0010955-0 e na Ação de Cobrança em estudo as ações tenha decorrido de um mesmo fato jurídico, na primeira ação se buscou uma indenização pelos danos emergentes, enquanto que na presente ação de cobrança o que se pretende é uma reparação pelos lucros cessantes.

2.1 Interrupção da Prescrição pela Citação.

A respeito da interrupção da prescrição, o artigo 202, I, do Código Civil estabelece que:

> Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:
>
> I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

Humberto Theodoro Júnior, ao fazer uma análise detalhada do artigo 202, inciso I, do Código de Processo Civil, preleciona:

> 355. Citação
>
> [...] Há, portanto, citação em todos os tipos de processo, sejam ou não contenciosos. Em todos eles, se o feito girar sobre algum direito do qual derive uma pretensão, o ato citatório terá força interruptiva sobre a respectiva prescrição. Não importa a modalidade de prestação jurisdicional reclamada. A citação sempre se prestará a interromper a prescrição.
>
> O importante é que o direito subjetivo deduzido em juízo se identifique com aquele cuja pretensão está sujeita a prescrição. É indiferente que se trate de ação cautelar, executiva ou procedimento administrativo; é também irrelevante ser a ação condenatória, declaratória ou constitutiva. Se o que, por exemplo, se quer declarar é a relação jurídica que contém a mesma obrigação básica da pretensão que se quer evitar, a citação a interromperá.
>
> Más, não se pode estender a interrupção a todas as pretensões derivadas de uma obrigação, se o que na ação se pôs em juízo foi apenas um litígio parcial. Numa demanda sobre certo dano derivado de um ato ilícito, não se pode pretender que esteja interrompida a prescrição sobre pretensões relativas a outros danos não questionados, embora derivados do mesmo evento.
>
> É preciso ter presente que nossa lei considera como objeto da prescrição a pretensão e não o direito subjetivo. De sorte que sendo várias as pretensões cada uma delas sujeitar-se-á a uma prescrição própria. Se o titular impede a prescrição de uma, não quer dizer que tenha salvo todas as demais. Provocando, por exemplo, um ato ilícito, danos emergentes e lucros cessante, mas tendo a vítima proposto ação de indenização apenas dos primeiros, não terá a citação interrompida a prescrição da pretensão relativa aos lucros. Da mesma forma, a ação de indenização de danos materiais não interrompe a prescrição dos danos morais, mesmo que relativos ao mesmo ato ilícito. Questões fora do processo, portanto, não são alcançadas pela interrupção de prescrição nele ocorrida.[2]

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há muito firmou entendimento de que, embora a citação interrompa a prescrição, esse efeito, todavia, somente atinge o pedido formulado na respectiva ação.

Nesse sentido, são os julgados a seguir:

> PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. 1. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. As hipóteses do art. 487, III, do CPC não são exaustivas; o ministério publico também esta legitimado a pedir a rescisão de sentença em que ha comprometimento de interesses públicos indisponíveis. 2. Prescrição. A citação interrompe a prescrição, dela não se podendo cogitar enquanto a ação pende de julgamento; esse efeito, todavia, só se produz em relação ao que foi objeto do pedido. Ação rescisória procedente, em parte. (AR n. 384/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 14.5.1997, DJ de 1.9.1997, p. 40715).
>
> A citação válida interrompe a prescrição. Tal efeito material da citação, no entanto, restringe-se ao que foi objeto do pedido, não alcançando pretensão que não foi exercida em juízo. Precedentes. (REsp n. 606154/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 13.4.2004, DJ de 14.6.2004, p. 278).

2 *In*, **Comentários ao Novo Código Civil**, v. 3, t. 2: Dos Defeitos do Negócio Jurídico ao final do Livro III, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 258

Consoante se verifica na doutrina e jurisprudência mencionadas, não há dúvidas de que a citação efetivada em uma ação apenas interrompe a prescrição quanto aos pedidos formulados nessa ação.

No caso em apreço, pretendem os apelantes que a interrupção da prescrição, ocorrida em razão da citação efetivada em um primeiro processo de indenização ajuizado contra o Banco/apelado, gere efeitos, agora, sobre pedidos diversos, ainda que decorrentes do mesmo fato jurídico, mas formulados em um novo processo de cobrança, o que não é possível.

Como no exemplo citado por Humberto Theodoro Júnior, se ocorreu um ato ilícito, gerador de danos emergentes e lucros cessantes, mas a vítima (no caso os apelantes) propôs ação de indenização apenas dos danos emergentes, a citação realizada nesta ação não tem o condão de interromper a prescrição da pretensão relativa aos lucros cessantes.

De fato, não se pode estender a interrupção da prescrição a todas as pretensões derivadas de um ato ilícito, se na ação, onde ocorreu a citação da parte contrária, o que se pôs em juízo foi apenas um litígio parcial.

Desta forma, como a citação ocorrida na 1ª ação indenizatória movida pelos apelantes contra o Banco/apelado não interrompeu a prescrição com relação à pretensão requerida na presente ação de cobrança, o termo inicial da prescrição será a data do ilícito, ou seja, a data em que houve o pagamento dos cheques falsificados (julho de 1990 até 31 de março de 1995).

Prazo Quinquenal do Artigo 27 do CDC.

No que tange ao prazo prescricional, entendo que o prazo a ser aplicado é o do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor (quinquenal), porquanto os atos praticados pelo Banco/apelado (pagamento de cheque falsificado) correspondem sim a um defeito na prestação do serviço.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, em caso de correntista de instituição bancária que é lesado por fraudes praticadas por terceiros – hipótese, por exemplo, de cheque falsificado, cartão de crédito clonado, violação do sistema de dados do banco –, a responsabilidade do fornecedor decorre, evidentemente, de uma violação a um dever contratualmente assumido, de gerir com segurança as movimentações bancárias de seus clientes.

Tal entendimento é retirado do teor do REsp n. 1.199.782, da Relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, cuja a ementa é a seguinte:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.
>
> 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.
>
> 2. Recurso especial provido. (REsp n. 1199782/PR, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24.8.2011, DJ de 12.9.2011).

Comungam do mesmo entendimento os arestos a seguir:

RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. ABERTURA DE CONTA CORRENTE E FORNECIMENTO DE CHEQUES MEDIANTE FRAUDE. FALHA ADMINISTRATIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. RISCO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. ILÍCITO PRATICADO POR TERCEIRO. CASO FORTUITO INTERNO. REVISÃO DO VALOR. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Inescondível a responsabilidade da instituição bancária, atrelada ao risco da própria atividade econômica que exerce, pela entrega de talão de cheques a terceiro, que mediante fraude, abriu conta bancária em nome do recorrido, dando causa, com isso e com a devolução do cheque emitido, por falta de fundos, à indevida inclusão do nome do autor em órgão de restrição ao crédito.

[...] (REsp n. 774640/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 12.12.2006, DJ de 5.2.2007, p. 247).

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RECURSO ESPECIAL. DESVIO DE NUMERÁRIO EM CONTA CORRENTE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. EX-EMPREGADA. NÃO-CABIMENTO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

I. Tendo em vista a existência de defeito no serviço prestado (art. 14, § 1º, do CDC), o qual ocasionou o desvio de numerário da contra corrente da recorrida sem sua autorização, aplica-se o disposto no art. 14 do CDC, o qual prevê a responsabilidade objetiva do Banco.

II. O chamamento ao processo só é admissível em se tratando de solidariedade legal.

Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1065231/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 20.1./2009, DJ de 10.11.2009).

Consumidor. Saque indevido em conta corrente. Cartão bancário.

Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Inversão do ônus da prova.

- Debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta corrente, efetuado mediante cartão bancário, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques.

- Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta corrente do cliente, não reconhecida por este, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC.

- Inversão do ônus da prova igualmente facultada, tanto pela hipossuficiência do consumidor, quanto pela verossimilhança das alegações de suas alegações de que não efetuara o saque em sua conta corrente.

Recurso não conhecido. (REsp n. 557030/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16.12.2004, DJ de 1.2.2005, p. 542).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. ASSALTO A BANCO. MORTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. RISCO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. DANO MORAL. VALOR.

> 1. Conforme a jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, a interposição de dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão impede o conhecimento do segundo recurso interposto, haja vista a preclusão consumativa e a observância ao princípio da unirrecorribilidade das decisões. Precedentes.
>
> 2. A jurisprudência do STJ tem entendido que, tendo em conta a natureza específica da empresa explorada pelas instituições financeiras, não se admite, em regra, o furto ou o roubo como causas excludentes do dever de indenizar, considerando-se que este tipo de evento caracteriza-se como risco inerente à atividade econômica desenvolvida. Precedentes.
>
> 3. Agravo regimental não provido. (AgReg no Ag n. 997929/BA, Quarta Turma, Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti, julgado em 12.4.2011, DJ de 28.4.2011).

Assim, levando em consideração que o pagamento de cheque falsificado corresponde a uma falha na prestação do serviço, até mesmo porque, cabe ao Banco o dever de gerir com eficácia e segurança a grande quantidade de numerários que lhe é confiada pelos correntistas, correta é a decisão do Juízo que aplicou ao caso o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, verificado que o defeito no serviço prestado pelo Banco/apelado (pagamento de cheques falsificados) ocorreu nos anos de 1990 a 1995, e a presente ação de cobrança somente foi ajuizada somente em 25 de março de 2009, está prescrita a pretensão dos apelantes ao recebimento dos lucros cessantes decorrente da respectiva falha na prestação do serviço.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação cível e nego-lhe provimento, para manter a sentença inalterada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 27 de março de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Agravo n. 2011.036532-6 - Corumbá
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO – INVENTÁRIO – AUSÊNCIA DE HERDEIROS NECESSÁRIOS – IRMÃ DO *DE CUJUS* – HERDEIRA UNIVERSAL – TESTAMENTO PÚBLICO RECONHECIDO E JULGADO COMO VÁLIDO – PREVALECE O ATO DE ÚLTIMA VONTADE DO TESTADOR – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAR OS HERDEIROS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Sérgio da Cruz Cárcano e outros, interpõem Agravo de Instrumento contra a decisão de 1° Grau que, nos autos da Ação de Inventário proposta por Gilda Cárcano, indeferiu todos os pedidos de habilitação do feito, considerando a inventariada não possuir qualquer herdeiro necessário e ter contemplado apenas sua irmã em seu testamento, dispondo de todos os seus bens.

Os recorrentes alegam que a própria inventariante, ora agravada, renunciou expressamente ao testamento, quando manifestou-se favorável à habilitação de outros herdeiros e quando requereu dilação de prazo para pagamento do ITCD, onde afirmou que iria arrecadar dinheiro com os demais herdeiros.

Assim, pedem pelo provimento do recurso para reformar a decisão singular, mantendo os agravantes como herdeiros de Adelaide Cárcano.

Informações da magistrada em f. 221-4, mantendo a decisão proferida.

Contrarrazões ao agravo em f. 236-42, pela manutenção da decisão singular.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça em f. 278-9, informando ausência de interesse no feito.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Sérgio da Cruz Cárcano e outros contra a decisão de 1° Grau que, nos autos da Ação de Inventário proposta por Gilda Cárcano, indeferiu todos os pedidos de habilitação do feito, considerando a inventariada não possuir qualquer herdeiro necessário e ter contemplado apenas sua irmã em seu testamento, dispondo de todos os seus bens.

Os recorrentes alegam que a própria inventariante, ora agravada, renunciou expressamente ao testamento, quando manifestou-se favorável à habilitação de outros herdeiros e quando requereu dilação de prazo para pagamento do ITCD, onde afirmou que iria arrecadar dinheiro com os demais herdeiros.

Inicialmente, valho-me dos ensinamentos de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim que assim dispõem sobre a sucessão testamentária:

> Conforme exposto no Capítulo I, a sucessão hereditária dá-se por disposição de última vontade ou em virtude da lei.
>
> No primeiro caso, isto é, por disposição de última vontade, consagra-se a sucessão testamentária e, no segundo caso, a sucessão legítima.
>
> A regra é a de que se cumpra a vontade do autor da herança, de modo que, em havendo testamento, prevalece a forma de sucessão aí determinada. Significa dizer que a sucessão legítima é subsidiária, somente tem lugar na falta de testamento. Ressalva-se a hipótese de haver herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e, no novo Código Civil, também cônjuge sobrevivente. Nesse caso, o testamento não poderá se sobrepor à vontade da lei, só podendo dispor da metade dos bens (porção disponível), em respeito à legítima desses herdeiros necessários. (**Inventários e Partilhas. Direito das Sucessões**. 21. ed. Universitária de Direito, São Paulo. 2008. p. 249-50)

Destaco ainda, as palavras de Maria Berenice Dias:

> A doutrina é unânime em reconhecer que o testamento é um negócio jurídico. A vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando a obtenção de efeitos jurídicos. O elemento nuclear do negócio jurídico é a manifestação consciente de vontade, dentro de limites predeterminados. O poder de escolha é limitado. Conforme Marcos Bernardes de Mello, nem toda manifestação de vontade, necessário que estejam caracterizados todos os elementos do suporte fático. Não basta que a pessoa exteriorize sua vontade dispondo sobre seus bens para depois de sua morte, porque o sistema jurídico exige que tal disposição seja feita através de forma própria. (Manual das Sucessões. Ed. **Revista dos Tribunais**, 2008. p. 333).

No caso em estudo, nota-se que a natureza sucessória pode ser assim resumida: - o *de cujus* deixou como única herdeira legal sua irmã, ora agravada, Gilda Cárcano; - o testamento foi lavrado em Cartório, não havendo vício capaz de tornar suspeito de nulidade ou falsidade, sendo reconhecido e julgado como válido, tendo a decisão transitada em julgado; - em sede de arrolamento, os sobrinhos-netos estão tentando a habilitação como herdeiros.

Pois bem. É sabido que o testamento é o ato de última vontade, sendo assim, este deve ser respeitado, atentando sempre o magistrado ao que consta no aludido instrumento público, aliado à condição de que o *de cujus* não possuía nenhum herdeiro necessário devendo, portanto, prevalecer o teor nele contido.

Diante disso, entendo que não merece qualquer reparo a decisão de primeiro grau.

Como corretamente decidiu a magistrada:

> Todos os pleitos de habilitação tratam de pedido de herança por representação, ou seja, por estirpe dos irmãos da inventariada.
>
> Tal modalidade de sucessão é permitida por nosso ordenamento jurídico, podendo herdar por representação o filho do descendente do falecido (art. 1.852, CC) e os filhos dos irmãos do autor da herança (art. 1.853, CC).
>
> **Contudo, o art. 1.854 do Código Civil é claro ao preceituar que 'Os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse.'**
>
> **Assim, somente poderia ser deferida a habilitação dos parentes dos irmãos da falecida se estes tivessem direito à herança aqui discutida. Entretanto, no caso dos autos os irmãos da falecida não teriam direito à herança.**
>
> [...]
>
> Importante, neste pronto, frisar que a inventariada poderia ter testado sobre a totalidade de sua herança, pois não havia parte legítima a ser resguardada no presente caso. Com efeito, somente há parte legítima quando existem herdeiros necessários, que segundo o art. 1.845, CC, são os ascendentes, descendentes e cônjuge.
>
> **Assim, não tendo a falecida se casados, tido filhos e já sendo seus pais falecidos não havia qualquer herdeiro necessário que seria contemplado com a legítima. Neste passo, não havendo parte legítima, para a exclusão dos irmãos da sucessão bastaria que a inventariada os excluísse do seu testamento, nos termos do art. 1.850, CC, como efetivamente o fez.** (destaquei)

Este entendimento encontra eco na jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça/MS:

> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – AUSÊNCIA DE HERDEIROS NECESSÁRIOS - IRMÃ DO *DE CUJUS* NOMEADA COMO INVENTARIANTE – REMOÇÃO DO CARGO EM RAZÃO DE TESTAMENTO PÚBLICO – NOMEAÇÃO DA INVENTARIANTE E HERDEIRA UNIVERSAL INDICADA NO TESTAMENTO PÚBLICO – ATO DE ÚLTIMA VONTADE DO TESTADOR – AUSÊNCIA DE QUALQUER PROCEDIMENTO PARA INVALIDAR A MANIFESTAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE DO *DE CUJUS* – DECISÃO ESCORREITA – REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Por ser o testamento público ato de última vontade do indivíduo, este deve ser respeitado, mormente porque no caso dos autos, o *de cujus* não possuía nenhum herdeiro necessário e tampouco houve qualquer procedimento para invalidar o testamento público deixado pelo testador. [...] (TJMS, AgReg em Ag n. 2011.011900-4/0001-00, Camapuã, Segunda Turma Cível, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Julgado em 28.6.2011).

Sendo assim, considerando que a decisão testamentária decorre de expressa manifestação de última vontade e que, no caso dos autos irmã da agravada dispôs de todo seu patrimônio, obedecendo as disposições legais, não cabe qualquer habilitação ou renúncia, ainda que expressa ou tácita, estando correta a decisão da magistrada *a quo*.

Portanto, ante as razões delineadas, conheço do recurso mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a decisão 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. 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, 16 de fevereiro de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.037749-3 - Miranda
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO C/C DANOS MORAIS – DANO VERIFICADO EM HIDRÔMETRO INSTALADO NA UNIDADE RESIDENCIAL DO APELADO – INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA FRAUDE SUPOSTAMENTE OCORRIDA – COBRANÇA INDEVIDA – SUSPENSÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA SEM QUALQUER AVISO PRÉVIO – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* PRUDENTEMENTE ARBITRADO PELO JULGADOR DE PRIMEIRO GRAU – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

SANESUL – Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A interpõe apelação cível em face da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados por Orival Botelho da Silva na Ação de Exoneração de Obrigação c/c Ação de Indenização por Danos Morais c/c Tutela Antecipada.

A apelante assevera que a cobrança do valor de R$ 1.001,90 (um mil e um reais e noventa centavos) foi promovida de forma legal em face do apelado, em decorrência da fraude verificada no hidrômetro instalado na residência do mesmo, sendo tal fato considerado infração passível de multa (art. 121, inciso IX e parágrafo único, do Decreto Estadual n. 6.689/92).

Aduz que o apelado manteve-se inerte quanto ao pagamento/parcelamento do valor cobrado e que, assim sendo, a suspensão no fornecimento de água ocorreu legitimamente, nos termos do art. 40, IV, da Lei n. 11.445/2007, não havendo que se falar em dano moral causado ao apelado de modo a justificar a indenização fixada pela sentença *a quo* em R$ 7.000,00 (sete mil reais).

Argumenta que, em caso de ser mantida a condenação, o *quantum* indenizatório deve ser reduzido para patamar que não supere R$ 1.000,00 (um mil reais) e, ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 204-14, pelo improvimento do apelo manejado.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por SANESUL - Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul em face da sentença que, na Ação de Exoneração de Obrigação c/c Ação de Indenização por Danos Morais c/c Tutela Antecipada ajuizada por Orival Botelho da Silva, anulou o débito imputado ao autor no valor de R$ 1.001,90 (um mil e um reais e noventa centavos), bem como condenou a concessionária ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 7.000,00 (sete mil reais) em decorrência da suspensão do serviço de fornecimento de água na residência daquele.

Em síntese, a empresa pleiteia a reforma do *decisum* proferido, a fim de que seja reconhecida a legalidade do débito exigido, bem como seja afastada a condenação a título de danos morais ou, no mínimo, seja reduzido o *quantum* fixado.

O apelo deve ser improvido.

Embora a apelante defenda que o débito cobrado decorreu de fraude verificada no hidrômetro instalado na casa do apelado e que a prática de fraude consiste em infração passível de sanção nos termos do art. 121, IX e parágrafo único, do Decreto Estadual n. 6.689/92, verifica-se que em momento algum a aludida fraude restou provada, tendo apenas sido constatado um dano no aparelho medidor de consumo de água, o que, contudo, não significa a existência de prática de ato ilícito por parte do recorrido. Tal fato é inclusive corroborado pelo termo de ocorrência de f. 26, no qual o próprio funcionário da apelante classificou o evento na casa do apelado sob o código 0403 – hidrômetro danificado e não sob o código 0404 – fraude no hidrômetro.

Como é sabido, a manutenção dos aparelhos de medição é feita pelos funcionários da concessionária apelante, de modo que qualquer irregularidade deve ser amplamente investigada a fim de apurar sua real causa e eventuais responsáveis pelo fato. Ao detectar o problema no hidrômetro em questão, a empresa de saneamento deveria ter procedido à referida investigação com realização de perícia técnica no medidor e apuração de responsabilidades, e não imputar ao apelado, de forma unilateral e arbitrária, a prática de ato ilícito com cominação de multa e suspender subitamente o abastecimento de água em sua residência quase 2 meses depois, como fez.

Assim, evidente que as razões invocadas neste apelo quanto à suposta legalidade do débito não procedem.

No tocante aos pedidos de exclusão da indenização por danos morais e de redução de seu valor caso não seja afastada a condenação, melhor sorte não assiste à recorrente.

A água é um bem essencial constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao Princípio da Continuidade de sua prestação, somente sendo admissível a sua interrupção em casos excepcionais e, ainda assim, mediante prévia notificação do consumidor nos termos do art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995, sob pena de configurar dano moral àquele que tem o serviço interrompido abruptamente, como ocorreu na hipótese dos autos.

O referido dispositivo legal assim dispõe:

> Lei n. 8.987/95 - Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

> [...]
>
> § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
>
> I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
>
> II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

No presente caso, nota-se que o apelado teve o serviço de abastecimento de água em sua residência subitamente interrompido sem qualquer aviso prévio, sendo oportuno acrescentar que a interrupção do serviço operou-se em razão de suposta fraude apurada no medidor quase dois meses antes e não de inadimplência de faturas mensais, as quais vinham sendo regularmente quitadas pelo recorrido.

O fornecimento de água realizado pela apelante foi suspenso em 20.7.2010 e só foi restabelecido após a concessão da tutela antecipada em 26.7.2010. Durante esse período, o apelado permaneceu injustificadamente desprovido do serviço essencial, vendo-se compelido a utilizar a água fornecida na casa de sua vizinha para atender às suas necessidades básicas, conforme depoimento por ela prestado às f. 140. Ademais, importante destacar que a suspensão do serviço ocorreu mediante o chamado corte geral, o qual consiste em interromper o fluxo de água na tubulação que fica fora da residência do consumidor, deixando o fato à vista de todas as pessoas que transitam pelo local (fotos às f. 38).

Diante destas considerações, forçoso reconhecer a configuração dos danos morais causados ao apelado e a necessidade de manutenção da condenação da empresa ao pagamento da indenização fixada em R$ 7.000,00 (sete mil reais), a qual se mostra absolutamente compatível e razoável diante das peculiaridades do caso em tela.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SUSPENSÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO – FRAUDE NO HIDRÔMETRO – APURADA DE FORMA UNILATERAL PELA CONCESSIONÁRIA – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE O CONSUMIDOR TENHA DADO CAUSA À FRAUDE – RECURSO PROVIDO EM PARTE. O valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais deve refletir sobre o patrimônio da ofensora, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica ao resultado lesivo produzido, sem, contudo, conferir enriquecimento ilícito ao ofendido. Majoração do *quantum* considerando as peculiaridades do caso concreto. (AC n. 2011.021500-7, Camapuã, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 27.7.2011).

Destarte, estando evidente que a sentença impugnada foi muito bem lançada pelo julgador da instância singela, a pretensão veiculada pela empresa de saneamento através do presente apelo deve ser refutada.

Conclusão:

Por todo o exposto, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo a irretocável sentença *a quo* 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. 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, 2 de fevereiro de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006551-5 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DECRETADOS EFEITOS DA REVELIA PARA EMPRESA RÉ – REVELIA QUANTO À MATÉRIA DE FATO – EFEITOS DA REVELIA SÃO RELATIVOS, NÃO ABSOLUTOS – DANO MORAL NÃO COMPROVADO – CONSUMIDOR UTILIZOU SEM QUALQUER RECLAMAÇÃO POR LONGO PERÍODO DO SERVIÇO QUE CONSIDERA COBRADO DE FORMA INDEVIDA – ACEITAÇÃO TÁCITA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Henriques e Carvalho Ltda., contra decisão singular que julgou improcedente sua ação de repetição de indébito cumulada com danos morais, intentada contra Tim Celular S/A.

O juiz de 1° Grau entendeu que mesmo que o serviço não tenha sido contratado pela apelante, o mesmo pagou e utilizou do serviço por dois anos, sem contestar ou modificar o serviço prestado, motivo pelo qual indeferiu a restituição de indébito, bem como a indenização por danos morais.

Aduz a apelante que por tratar-se de relação de consumo tem direito à inversão do ônus da prova, cabendo à operadora comprovar que houve a utilização do plano. Que em virtude da revelia da empresa requerida, os fatos narrados da inicial devem presumir-se verdadeiros, vez que não houve juntada provas pela parte ré.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Henriques e Carvalho Ltda., contra decisão singular que julgou improcedente sua ação de repetição de indébito cumulada com danos morais, intentada contra Tim Celular S/A.

No mais, aduz a apelante que tratando-se de relação de consumo, deve haver a inversão do ônus da prova, de forma que a empresa requerida é quem deve comprovar que os serviços foram utilizados pelo consumidor.

Contudo, conforme o que se depreende dos autos, a apelada/ré foi revel nos autos, não havendo possibilidade de comprovação do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do afirmado na inicial.

Então, aventa o apelante que em virtude da revelia da empresa requerida, os fatos narrados da inicial devem presumir-se verdadeiros, vez que não houve juntada provas pela parte ré.

Dispõe o artigo 319 do CPC: "Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor."

Ocorre que não se deve fazer a simples interpretação literal da norma insculpida no artigo 319 do Código de Processo Civil, uma vez que a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial é relativa e não absoluta.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em seu Manual do Processo de Conhecimento (p. 145), ilustram:

> De outra parte, como já se observou anteriormente, a presunção fixada pelo artigo 319 somente pode constituir presunção *iuris tantum* (relativa) e, por isso, pode ser afastada pelo magistrado, à vista de outras circunstâncias que lhe impulsionem o convencimento em sentido contrário. Assim, a presença no processo de qualquer elemento que conflite com a aplicação *tout court* da presunção material da revelia, pode, a critério do magistrado, afastar sua incidência, fazendo preponderar a realidade sobre a ficção.

Pois bem, desta forma, nota-se que a presunção oriunda da revelia é relativa e só diz respeito à matéria de fato.

Assim, para conclusão e decisão dos presentes autos resta apenas a análise das provas trazidas pela autora, bem como o convencimento do magistrado singular.

Examinando detidamente a decisão *a quo*, tenho que a mesma deve ser mantida, entendendo que o juízo de 1° Grau julgou corretamente o caso em testilha, vejamos:

> Ao analisar todas as faturas acostadas ao caderno processual, verifica-se que também houve a cobrança de um pacote denominado '1100 minutos compartilhados (001/Pós/SMP)', o qual não se vislumbra contrato ou acréscimo contratual no plano 'Nosso Modo'.
>
> Ocorre, todavia, que mesmo não tendo contratado o plano, o autor dele se utilizou por dois anos, sem praticamente contestá-lo ou modificá-lo. Em outras palavras, causa estranheza o fato de o autor não contratar um plano de telefonia e dele fazer uso por tanto tempo, sem notar que pagava por algo não solicitado.
>
> Além do mais, não trouxe o autor na inicial, dentro do valor devido, o que foi efetivamente consumido do plano e o que não foi, sendo que somente assim poderia ser

> aferida a diferença passível de ser restituída. As faturas trazem o valor fixo de R$ 418,00, igualmente não demonstrado o que foi utilizado pelo autor dentro deste patamar.
>
> Assim, declarar a inexistência de tais débitos, implicaria indiretamente, em devolver ao autor um valor que por ele foi consumido, o que geraria, por óbvio, enriquecimento sem causa, razão pela qual, diante desse panorama fático, a despeito da revelia, o pedido declaratório de inexistência de débito é improcedente, sendo o caso de mitigar a aplicação do art. 319 do CPC, dando ensejo ao julgamento da causa segundo o livre convencimento motivado, pois 'O efeito da revelia não dispensa a presença, nos autos, de elementos suficientes para o convencimento do juiz' (RSTJ 146/396).

Da simples leitura do trecho supracitado nota-se que o consumidor, apesar de ter pago por um serviço que não contratou, fez uso deste por extenso lapso temporal, sem, sequer, realizar qualquer reclamação ou pedido de cancelamento. Assim, diante da utilização da prestação de serviço por longo período, conclui-se que houve a aceitação tácita do mesmo.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto por Henriques e Carvalho Ltda., contudo, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão de 1ª Instância.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 22 de março de 2012.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.033437-6 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO – COBRANÇA DE ANUIDADE – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – VALOR MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O envio e a cobrança de despesas de cartão de crédito que não foi solicitado, caracteriza prática abusiva vedada pelo CDC, passível de indenização, que deverá ser fixada em termos razoáveis e que atinja suas finalidades.

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, acolher a preliminar para corrigir erro material e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Banco Itaucard S.A. interpõe apelação (f. 98-118) contra sentença (f. 90-3) que, na ação declaratória de inexistência de débito c.c. perdas e danos movida por Marilete de Oliveira Pinto, julgou procedente o pedido para declarar a inexistência dos débitos decorrentes dos cartões de crédito descritos às f. 19 e condenar a empresa recorrente ao pagamento de indenização por danos morais em R$ 10.000,00, corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV e juros de mora de 1% ao mês, ambos desde o arbitramento. Custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% da condenação, a cargo da apelante.

Como preliminar, alega a ocorrência de erro material, haja vista que o valor constante na parte dispositiva da sentença diverge daquele publicado no Diário da Justiça. No mérito, sustenta a inexistência de comprovação da irregular inscrição do nome da apelada nos órgãos restritivos de crédito e que a mera cobrança da anuidade de cartão de crédito não solicitado é incapaz de gerar danos morais indenizáveis. Caso mantida a condenação, requer a redução do seu *quantum*.

Contrarrazões às f. 130-2.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Insurge-se o recorrente contra sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido de inexistência de débito no valor de R$ 348,22 decorrente da anuidade de cartão de crédito não solicitado pela apelada e, por conseguinte, condenou-a ao pagamento de danos morais em R$ 10.000,00.

A preliminar de ocorrência de erro material deve ser acolhida, haja vista o equívoco ocorrido na publicação do dispositivo da sentença no Diário Oficial constando como R$ 5.000,00 (f. 95) o montante indenizatório, enquanto o magistrado de primeiro grau fixou-o em R$ 10.000,00 (f. 92-3).

Desta feita, voto por se acolher a preliminar para que seja corrigido o erro material.

No mérito, a insistência na alegação de inexistência de danos morais não deve ser acolhida.

Com efeito, restou comprovada nos autos a ausência de contratação de cartão de crédito em questão e a conduta arbitrária e ilegal da instituição financeira em cobrar anuidade por serviço não prestado, violando direitos do consumidor e abrindo margem para a possibilidade da indevida inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, tanto que recebeu o comunicado às f. 22.

Embora seja prática corriqueira, tal conduta é vedada pelo artigo 43, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, eis que produtos ou serviços só podem ser fornecidos desde que haja solicitação prévia.

Nessas situações, os danos morais são presumíveis pelo fato de o consumidor não ter solicitado o serviço pelo qual lhe foram cobrados débitos e, ainda, por tentar várias vezes, sem resultado, cancelar o cartão que não solicitou. Trata-se de prejuízo que se verifica pela própria ocorrência do evento, não necessitando de provas (dano *in re ipsa*).

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CANCELAMENTO DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMPRESA DE CARTÃO DE CRÉDITO QUE REALIZA COBRANÇA INDEVIDA DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO – DANO MORAL PURO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – VALOR ESTABELECIDO DENTRO DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> O simples envio de cartão de crédito, sem solicitação do consumidor, caracteriza prática abusiva repudiada pelo Código de Defesa do Consumidor o qual, por si só, basta para configurar o dever de indenização.
>
> Deve ser mantida a quantia estabelecida pelo julgador a título de danos morais, quando fixada de acordo com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, em busca de atender sempre a função compensatória do ofendido e sancionatória do ofensor. (TJMS, AC n. 2011.011206-2, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, 18.5.2011).

O valor da indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a se constituir em enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, e nem para o desprestígio do Poder Judiciário, com condenação em valores ínfimos, devendo operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa, à extensão do dano e à condição social dos envolvidos que, no caso, foram bem observados.

Assim, o valor fixado na sentença singular deve ser mantido, visto que revela suficiente para atender suas finalidades, especialmente servir de exemplo para o causador do dano não reincidir na prática indevida.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se negar provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR PARA CORRIGIR ERRO MATERIAL E NEGARAM 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, Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2011.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.001249-7 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE LAQUEADURA – GRAVIDEZ POSTERIOR – ERRO MÉDICO NÃO COMPROVADO – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – LIDE PRINCIPAL IMPROCEDENTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Se o conjunto probatório comprova que o profissional praticou todos os atos compatíveis e esperados do profissional na realização da laqueadura, a gravidez posterior não configura erro médico.

Com a improcedência da ação principal, resta prejudicada a denunciação da lide e incabível a sucumbência.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de março de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Luzia Ricard Maidana e Alfredo Ferreira Lino; Lucimar Cristina Gimenez Cano e Maria Silvia Martins Maia interpõem apelações cíveis (f. 571-85 e 592-602, respectivamente) contra sentença de f. 534-46, integrada pelos embargos declaratórios de f. 586-7 que, na ação de indenização por danos materiais e morais movida pelos primeiros em face de Jackson Juliano Hirsch e Associação de Amparo a Maternidade e a Infância, julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00, nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC, com a ressalva do artigo 12 da Lei n. 1.060/50. Dada a improcedência do pedido na ação principal, julgou prejudicada a denunciação da lide a Jackson Juliano Hirsch e, também, condenou os primeiros apelantes ao pagamento de R$ 1.000,00 a título de honorários com base nos mesmos dispositivos acima citados.

Luzia e Alfredo sustentam que fazem jus às indenizações pleiteadas porque: i) embora tivessem combinado que a cirurgia de laqueadura das trompas seria realizada pelo médico Alfeu Duarte de Souza, ela se deu por outro profissional, Jackson Juliano Hirsch, residente em obstetrícia e ginecologia, sem acompanhamento do médico preceptor, contrariando disposição da Lei n. 9.263/96; ii) não foram informados de que, mesmo realizando o procedimento contraceptivo, poderia engravidar, informação que, conforme a referida lei, deveria ser na forma escrita; iii) o depoimento do médico Alfeu no sentido de que informou

a paciente deve ser analisado com ressalva, pois ele integra o corpo médico da Maternidade Cândido Mariano; iv) há vedação expressa na Lei n. 9.263/96 de realização de laqueadura logo após a concepção, como ocorreu com a primeira recorrente. Prequestiona a Lei n. 9.263,96, artigo 10, §§ 1º e 2º e Decreto Federal n. 80.281/77, artigo 1º e, ao final, pleiteiam provimento do recurso.

Lucimar Cristina e Maria Sílvia, na qualidade de advogadas de Jackson Juliano Hirsch, denunciado à lide pela Maternidade, apelam alegando que quem deveria arcar com a sucumbência nessa intervenção de terceiro não são os primeiros recorrentes, autores da ação, mas, sim, o nosocômio que o denunciou. Defendem, ainda, a majoração da verba honorária e, ao final, requerem provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 623-45 e 647-53.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, os recorrentes se insurgem contra sentença que julgou improcedentes os pedidos de danos materiais e morais em decorrência de eventual erro médico.

Apelação de Luzia e Alfredo

Alegam que, apesar de realizada a laqueadura, a primeira recorrente veio a engravidar passados 4 anos da cirurgia e que o procedimento não observou as disposições da Lei n. 9.263/96, artigo 10, §§ 1º e 2º e do Decreto Federal n. 80.281/77, pois foi realizado por médico residente sem acompanhamento do preceptor; a paciente não foi comunicada por escrito de que o método contraceptivo não apresenta 100% de segurança e sem respeitar a vedação de realização da cirurgia logo após o parto.

Cumpre esclarecer que se está diante de uma prestação de serviços regulada pelo Código de Defesa do Consumir, cuja obrigação do fornecedor não é de resultado, mas de meio. Assim, ao profissional compete demonstrar que praticou todos os atos médicos necessários e recomendados, somente respondendo por suposto ilícito oriundo da má prestação dos serviços.

Ainda, da relação médico-paciente, em especial nas cirurgias envolvendo a laqueadura das trompas visando a esterilização da mulher para evitar a ocorrência de futura gravidez, compete ao profissional médico prestar as informações necessárias, inclusive quanto aos resultados que se esperam de tal procedimento.

No caso dos autos, não se vislumbra qualquer negligência ou imperícia no tocante ao procedimento médico e cirúrgico realizados, fato confirmado pela perícia e não negado pelos apelantes que não indicaram a existência de falha na prestação dos serviços.

Assim, impõe-se averiguar se foram dadas ou não as informações necessárias pelo médico à paciente, sobre os riscos do procedimento e sobre a falta de garantia absoluta quanto ao resultado.

Nesta seara, Luzia afirma que obteve do médico que realizou o pré-natal, Dr. Alfeu Duarte de Souza, a garantia de 100% (cem por cento) de resultado positivo pelo procedimento médico a que se submeteria.

Todavia, além da ausência de prova de alguma forma de propaganda com a promessa de eficácia absoluta do procedimento, em seu depoimento o referido Dr. Alfeu Duarte, médico que realizou o pré-natal, esclarece que a paciente, ao contrário do que alega, foi devidamente informada dos riscos decorrentes do procedimento.

De efeito:

> [...] Durante as conversas que o depoente teve com a autora, lhe foi esclarecido que havia a possibilidade de recanalização voluntária ou orgânica das trompas, ainda que em percentual mínimo. De tal risco a autora foi cientificada desde o início do pré-natal, quando ela e o esposo já manifestavam a intenção de não mais ter filhos[...].(f. 473-4)

Destarte, ainda que não tenha havido comunicação escrita, a paciente estava plenamente ciente por outro meio de que o método contraceptivo não era 100% eficaz, de modo que não há falar em violação ao § 1º do artigo 10 da Lei n. 9.263/96[1].

Apesar de os recorrentes lançarem dúvidas sobre esse depoimento, já que o depoente faz parte do corpo médico da Maternidade, no momento da audiência não registraram qualquer insurgência (f. 473-5), de modo que se operou a preclusão.

De outro lado, o fato de a cirurgia ter sido realizada pelo Dr. Jackson, médico residente, por si só, não ensejou prejuízo à paciente porque não há prova de que tenha havido erro médico na intervenção cirúrgica propriamente dita.

Nesse ponto, ressalte-se a conclusão da perícia médica (f. 402):

> Objetivamente, do ponto de vista estritamente médico, não é possível classificar um caso de gravidez quatro anos após uma laqueadura tubária como obrigatoriamente derivado de negligência, imperícia ou imprudência médica, considerando que esta condição indesejada e involuntária é prevista em literatura especializada, mesmo que em percentual baixo, sem que tenha ocorrido qualquer anormalidade ou erro técnico na sua realização.
>
> [...] Apenas observamos que o fato deste acontecimento ter se dado somente 4 anos depois do ato cirúrgico realizado demonstra que houve eficácia no procedimento de laqueadura ao longo deste tempo, tendo ocorrido recanalização de uma das trompas por motivo que não é possível identificar neste caso, mas previsto na literatura médica como passível de ocorrer.

Além disso, os apelantes questionam se o Decreto Federal n. 80.281/77 permite ao médico residente realizar cirurgia de tal porte.

Em sua resposta o perito indica "*O decreto não. Ele regulamenta a Residência Médica e cria a Comissão Nacional de Residência Médica. Em tese, qualquer médico em uso e gozo de seus direitos, de posse de sua licença concedida pelo Conselho Regional de Medicina de seu estado está legalmente autorizado a exercer a medicina, de acordo com sua capacidade técnica e consciência ética e profissional. O médico residente é, antes de qualquer coisa, médico".* (f. 329)

Ademais, segundo o depoimento da testemunha Alfeu (f. 474):

> [...] na época dos fatos, o Dr. Jackson Juliano Hirsch era médico residente da Maternidade Cândido Mariano. Entre as atribuições do médico residente estão os plantões de 24hs, quando realizam cirurgias de urgência. Também estão nas atribuições do médico residente as consultas de ambulatório e as cirurgias de pequeno porte. As cirurgias médias

1 Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: [...] § 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

> são realizadas com auxílio dos preceptores. A cirurgia de laqueadura de trompas enquadra-se nas cirurgias de pequeno porte antes mencionadas, que são realizadas pelos residentes de segundo ano, como era o caso do Dr. Jackson, sem o auxílio dos preceptores, embora haja um preceptor de plantão para atender as dúvidas dos residentes, mesmo em se tratando de cirurgias de pequeno porte.

Em suma, o conjunto probatório dos autos, ao contrário das afirmações contidas no apelo, leva à conclusão de que a primeira recorrente tinha plena ciência de que o método não era absolutamente eficaz, como também que o médico que realizou a cirurgia praticou todos os procedimentos que se esperavam do referido profissional.

A respeito do tema:

> INDENIZAÇÃO. CIRURGIA DE LAQUEADURA DE TROMPAS OU SALPINGOTRIPSIA. INSUCESSO. ORIENTAÇÃO PRÉVIA. ERRO MÉDICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. Tendo sido a paciente que se submete ao procedimento de laqueadura de trompas, visando à esterilidade, alertada, previamente, sobre o possível insucesso do método, não há responsabilidade do médico em indenizá-la por futura gravidez se a cirurgia foi desempenhada com as devidas diligências necessárias, não se tratando, pois, de erro médico, mas sim, de falha no próprio método utilizado, que foge do controle de quem o executou. O art. 3° inciso V, da Lei n. 1.060/50, é bastante claro ao prever a isenção do pagamento dos honorários de advogado e peritos para aquele que litiga sob a benesse da justiça gratuita. (TJMG, AC n. 2.0000.00.426849-5/000, Relª. Desª. Albergaria Costa).

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE LIGADURA DAS TROMPAS DE FALÓPIO - GRAVIDEZ POSTERIOR - ERRO MÉDICO NÃO COMPROVADO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL AFASTADA - ATO ILÍCITO INEXISTENTE - PEDIDOS IMPROCEDENTES. Na ação de indenização por suposto erro médico, não alegado erro na prestação do serviço hospitalar, fica afastada a responsabilidade objetiva do Hospital requerido. Não obstante, é ele parte legítima para atuar no pólo passivo, tendo em vista que a cirurgia à qual se submetera a autora, se deu em suas dependências e fora realizada por preposto seu, nos termos do art. 932, III, do Código Civil, e art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, mas sua culpa, caso existente, deverá ser vista sob a égide da culpa clássica, quando deverá ser comprovado, em seara de mérito, o nexo de causalidade entre o dano alegado e o ato ilícito por ele porventura praticado. Ausente nos autos a prova de que o mau resultado obtido no procedimento de ligadura de trompas (laqueadura) está associado a qualquer ação ou omissão do profissional médico ou, tampouco do Hospital requerido, impõe-se a improcedência do pedido de indenização por danos morais e materiais. (TJMG, AC n. 1.0672.06.203906-6/001, Rel. Des. Batista de Abreu).

Também não prospera a insurgência de que Luzia não poderia ter sido submetida à laqueadura porque o § 2º do artigo 10 da Lei n. 9.263/96 veda tal procedimento logo após o parto e, na hipótese, foi realizada no dia seguinte.

Isto porque a alegação não consta na inicial, de sorte que constitui inovação de tese contida na apelação.

Ademais, o procedimento foi realizado a pedido dos apelantes, conforme revela ainda o depoimento do Dr. Alfeu: "*Esclarece o depoente que se tratava do terceiro parto da autora, a qual solicitou-lhe se poderia realizar o parto através de cesariana e conjuntamente a laqueadura de trompa, sem custo, posto que alegava não poder arcar com tais despesas.*" (f. 473).

Logo, se foi solicitação da própria apelante, não pode agora alegar que os apelados violaram disposição legal.

Quanto aos prequestionamentos, esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham merecido apreciação judicial.

Apelação de Lucimar Cristina e Maria Sílvia

Na qualidade de advogadas do litisdenunciado, pretendem que os honorários advocatícios sejam arcados pela litisdenunciante e não pelos autores da ação.

Razão não lhes assiste.

Isso porque, na verdade, em princípio, no caso de improcedência da ação principal, a denunciação da lide fica prejudicada, não havendo lugar para verbas sucumbenciais, consoante orientação doutrinária:

> Quando, porém, o denunciante for vitorioso na causa principal, não haverá julgamento de mérito na demanda regressiva. Esta ficará simplesmente prejudicada, não havendo lugar para verbas sucumbenciais, mormente quando o denunciado não tenha negado sua condição de responsável de regresso. (Humberto Theodoro Junior, Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, Vol. I, pág. 119)

Assim, deve ser mantida distribuição da sucumbência na forma fixada na sentença, sob pena de *reformatio in pejus*.

De outro lado, improcede o pedido de majoração, eis que o valor fixado de R$ 1.000,00 atende adequadamente aos requisitos exigidos para a aplicação do juízo de equidade, não havendo falar em contrariedade aos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC e nem se revelam irrisórios.

Em caso análogo:

> EMBARGOS INFRINGENTES – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO – VALOR CONDIZENTE COM OS CRITÉRIOS DE EQÜIDADE – NÃO PROVIDO.
>
> Nas causas em que não houver condenação os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa (do julgador CPC, art. 20, § 4º). Não se afigura irrisória a verba honorária arbitrada em estrita observância às regras esculpidas nas alíneas do § 3º daquele dispositivo. (EI em AC n. 2001.008477-5/0002-00, Campo Grande, Terceira Seção Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 18.6.2007).

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento às apelações.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

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, Paulo Alfeu Puccinelli e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 6 de março de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.001846-8 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO – CANCELAMENTO AUTOMÁTICO POR AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO – CLÁUSULA NULA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – PERDA TOTAL – INDENIZAÇÃO INTEGRAL – SUB-ROGAÇÃO DO VEÍCULO À SEGURADORA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O simples atraso no pagamento da parcela não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, sendo indispensável a prévia notificação do segurado a respeito.

Seguradora que indeniza o segurado pela perda total do veículo em razão de acidente, sub-roga-se no direito de propriedade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais interpõe apelação cível (f. 210-20) contra sentença (f. 196-206) que, na ação de cobrança movida por Francine Alcantara Sousa, julgou parcialmente procedente o pedido para condená-la ao pagamento do montante correspondente a 108,78% sobre o valor que constar da tabela Fipe no mês de abril de 2009 para o veículo com as mesmas características daquele indicado na inicial, com a incidência da correção monetária pelo IGPM-FGV da data do acidente e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Sucumbência recíproca em 20% para a apelada e 80% para a seguradora das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% da condenação.

Sustenta a improcedência do pedido tendo em vista que no momento da ocorrência do sinistro a apólice de seguro estava cancelada em decorrência de não pagamento da prestação. Aduz que a sentença viola o artigo 763 do Código Civil e Decretos-leis n. 73/66 (art. 12) e n. 61.589/67 que retificou o Decreto-lei n. 60.459/67 (art. 4º). Subsidiariamente, defende a sub-rogação prevista no artigo 786 do CC em seu favor do veículo objeto do contrato de seguro livre e desembaraçado de quaisquer ônus. Ao final, pede provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 226-38, em que argui preliminar de não conhecimento do apelo por ofensa ao princípio de dialeticidade.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

De acordo com as razões relatadas, a recorrente se insurge contra sentença na qual foi condenada a pagar o montante correspondente a 108,78% sobre o valor que constar da tabela Fipe no mês de abril de 2009 para o veículo com as mesmas características daquele indicado na inicial, com a incidência da correção monetária pelo IGPM-FGV da data do acidente e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Da preliminar suscitada nas contrarrazões

As razões recursais atendem perfeitamente ao princípio da dialeticidade, pois a recorrente declinou os motivos pelos quais a decisão deve ser reformada e seus argumentos guardam relação com a sentença invectivada.

Assim, voto por se rejeitar a preliminar.

Apelação de Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais

É incontroversa a existência do contrato de seguro de automóvel (f. 27), de maneira que a questão cinge-se à possibilidade de cobertura em caso de atraso no pagamento da parcela.

Ao revés do que sustenta a recorrente, a sentença não viola dispositivo do Código Civil e nem os Decretos-leis n. 73/66 e n. 61.589/67.

O artigo 763 prevê que *Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.* (destacado)

Logo, interpretando o dispositivo, conclui-se que o impedimento do pagamento da cobertura é a mora do segurado, e para que ela se caracterize é imprescindível sua notificação, informando-o que o inadimplemento da obrigação ocasionará o cancelamento da apólice, bem como assinalando prazo para a purgação, até porque é interesse da seguradora manter a vigência do contrato.

A propósito:

> SEGURO. INDENIZAÇÃO POR MORTE. PRESTAÇÕES MENSAIS DOS PRÊMIOS ATRASADAS. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO CONTRATO. INEXISTÊNCIA.
>
> I - A Segunda Seção, quando do julgamento do REsp n. 316.449/SP, decidiu que o simples atraso não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, sendo necessário, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando-o da suspensão dos efeitos da avença enquanto durar a mora.
>
> II - Ressalva do entendimento pessoal. Recurso não conhecido. (REsp n. 737.061/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 2.6.2005).
>
> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA SUBIDA DE RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO. CANCELAMENTO UNILATERAL.

> MORA NO PAGAMENTO DO PRÊMIO. IGUAL DIREITO NÃO GARANTIDO AO SEGURADO. CLÁUSULA NULA. OCORRÊNCIA DE SINISTRO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IMPROVIMENTO.
>
> I - É entendimento pacificado nesta Corte que o simples atraso não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, fazendo-se necessária, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando-o do cancelamento dos efeitos do pacto.
>
> [...]. (AgReg no Ag n. 773.533/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo Furtado (Des, convocado do TJ/BA), julgado em 26.5.2009).

Aliás, consta na apólice (f. 27) que o prêmio seria pago através de débito em conta-corrente, mais um indicativo da necessidade de notificação para que fosse cientificado o contratante da inadimplência que estava ocorrendo no contrato celebrado.

Todavia, inexiste nos autos qualquer informação de que essa providência foi tomada pela seguradora.

No que tange aos Decretos-leis, estes tiveram sua aplicabilidade fragilizada com a instituição do Código de Defesa do Consumidor, de modo que toda cláusula que prevê a suspensão da cobertura do seguro pelo não pagamento da prestação é abusiva e nula de pleno direito, a teor dos seus artigos 51, IV, XI, e § 1º, I e III[1].

Sobre a matéria, Cláudio Luiz Bueno de Godoy[2] anota:

> Em primeiro lugar, mesmo antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, defendia-se que o Decreto n. 60.459/67 tivesse ido além de sua função reguladora, ao possibilitar o cancelamento da apólice no caso de não pagamento do prêmio, no prazo devido (ver, por todos: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 391), tanto mais quando o art. 12 do Decreto-lei n. 73/66 estabelecia, originariamente, a suspensão da cobertura, todavia com possibilidade de purgação pelo segurado, ao mesmo tempo que o Código Civil de 1916 estipulava incidência de juros sobre o prêmio não pago (art. 1.450), chocando-se com a aceitação de uma resolução automática[...] Não é só. Entendia-se, ainda, que o cancelamento *tout court* conflitava com a própria previsão legal de cobrança executiva. Contudo, decerto que, após a vigência da Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, é inviável cogitar a imediata resolução do ajuste securitário, de forma automática, pelo simples fato do não pagamento (art. 51, IV e XI, e § 1º, I e III, do CDC). Em segundo lugar, evidente que, efetuada a cobrança do prêmio pela rede bancária (art. 6º, § 2º, do Decreto n. 60.459/67), eventual retardo não pode prejudicar o segurado e seu direito ao recebimento do valor segurado, em caso de sinistro.

1 Art.51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
[...]. IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
[...]. XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
[...]. § 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
[...]. III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

2 **Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência**, Coordenador Ministro Cezar Peluso, Autores: Cláudio Luiz Bueno de Godoy e outros, 4. ed., Ed. Manole, 2010, p. 778.

Não bastasse, verifica-se que o contrato de seguro foi celebrado no valor de R$ 3.516,35 parcelado em 7 prestações de R$ 502,34 (f. 27) com débito em conta-corrente. No momento do sinistro (10.4.2009) cinco parcelas já estavam quitadas e apenas uma vencida (14.3.2009 – f. 109) e outra a vencer (14.4.2009), de modo que perfeitamente aplicável a teoria do adimplemento substancial da obrigação.

A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam[3]:

> O contrato de seguro está perfeito e acabado com o acordo de vontades firmado pelas partes. Eventual atraso no cumprimento da obrigação do segurado de pagar o prêmio devido à seguradora constitui mora possível de ser purgada com a paga dos juros devidos, à taxa pactuada, ou, na ausência dela, à taxa legal.

Ainda:

> Atraso nos pagamentos dos prêmios. Não resolve *ipso iure* o contrato de seguro. Nada obstante encontrar-se o segurado em mora, tal circunstância não altera a posição do segurador, obrigado sempre a indenizar o sinistro, cabendo-lhe descontar da soma devida a que também lhe é devida pelo segurado a título de prêmio (RT 791/274).

Cláudio Luiz Bueno de Godoy[4] assevera:

> Por fim, vale menção à tese do adimplemento substancial, típica revelação do solidarismo na relação contratual, e mercê da qual se evita a resolução quando o contrato se tiver cumprido quase por inteiro, ou seja, quando suas prestações se tiverem adimplido quase de maneira perfeita, como, por exemplo, nas hipóteses em que apenas a última parcela do prêmio tenha sido inadimplida, preferindo-se, então, a cobrança coativa, mas mantendo-se o ajuste [...].

Da sub-rogação

Razão lhe assiste neste tópico.

O artigo 786 do Código Civil estabelece que "*Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano*".

Assim, considerando que ocorreu a perda total do veículo e a indenização foi integral, possui o direito sobre sua propriedade, devendo a apelada, imediatamente após o recebimento do valor correspondente ao seguro, providenciar a sua entrega livre e desembaraçado de qualquer ônus, até porque o mesmo é objeto de financiamento junto ao Banco GM (f. 27 e 54).

A propósito, jurisprudência em caso semelhante:

> DANO MORAL - SEGURO DE VEÍCULO - PERDA TOTAL - TRANSFERÊNCIA JUNTO AO DETRAN - OBRIGAÇÃO SEGURADORA.
>
> Seguradora que indeniza o segurado pelo valor da perda total do veículo devido a acidente automobilístico, subroga-se na propriedade do veículo salvado, e, como decorrência, é sua a responsabilidade de transferência de propriedade junto ao Detran, justamente para resguardar o segurado de qualquer ocorrência posterior. A conduta omissiva da apelante deu causa aos danos sofridos pelo apelado, caracterizando o dano moral. (AC n. 492.121-7, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Lacerda, julgado em 18.5.2005).

3 Código Civil Comentado, 4. ed., Ed. **RT**, 2006, p. 556.

4 Op. Cit. p. 778.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso de Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, a fim de reconhecer o seu direito de sub-rogação ao veículo sinistrado, determinando que a apelada providencie sua entrega livre e desembaraçado de qualquer ônus, mantendo a sentença nos demais aspectos, inclusive na sucumbência, visto que ela decaiu de parte mínima do pedido (parágrafo único do art. 21 do CPC)

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, 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. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Paulo Alfeu Puccinelli e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2011.034167-0/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA – SERVIDORA PÚBLICA APOSENTADA – IMPOSTO DE RENDA – ISENÇÃO – DOENÇA DENOMINADA DE ARTRITE REUMATÓIDE – MOLÉSTIA NÃO ELENCADA NO ROL TAXATIVO DA LEI N. 7.713/88 – VEDADA A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – PERIGO DE DANO NÃO DEMONSTRADO – CORRETA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Na linha de precedentes do STJ, *"revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN"* (REsp n. 1116620/BA).

Se a autora padece da moléstia apontada como grave há mais de quatro anos, incabível a concessão da tutela antecipada para fins de suspensão da incidência do IRPF, tendo em vista a ausência de demonstração quanto aos gastos extraordinários com medicamentos e outras despesas médicas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Gilka Pereira Miranda interpõe agravo regimental em face da decisão monocrática de minha relatoria que, nos termos do art. 557, *caput*, 2ª e 4ª figuras do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento.

Alega, em resumo, que se por um lado há jurisprudência da egrégia Corte Superior no sentido de ser taxativo o rol das doenças que autorizam e garantem a isenção do IRPF para os aposentados, de outro há jurisprudência, inclusive da mesma Corte Superior, que exige tão-somente a natureza grave da doença, para a concessão do direito à isenção do Imposto de Renda.

Salienta que, em havendo divergência interna no STJ quanto aos requisitos necessários ao reconhecimento do direito à isenção do IRPF, especificamente aos aposentados portadores de doença grave, *"deve ser adotada a posição que melhor resguarde o direito do jurisdicionado/administrado"* (f. 82).

Assevera, ainda, que está presente o perigo da demora, tendo em vista que a doença *artrite reumatóide* exige acompanhamento e tratamento contínuos e, consequentemente, os gastos são permanentes.

Ao final, requer seja exercido o juízo de retração ou que o feito seja colocado em mesa para julgamento, dando-lhe provimento para o fim de determinar, em sede de tutela antecipada, a suspensão do desconto do IRPF em seu contracheque, conforme pleiteado na inicial.

VOTO (EM 15.12.2011)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Cuida-se de agravo regimental interposto por Gilka Pereira Miranda em face da decisão monocrática de minha relatoria que, nos termos do art. 557, *caput*, 2ª e 4ª figuras do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento.

Como relatado, alega que, se por um lado, há jurisprudência da egrégia Corte Superior no sentido de ser taxativo o rol das doenças que autorizam e garantem a isenção do IRPF para os aposentados, de outro há jurisprudência, inclusive da mesma Corte Superior, que exige tão-somente a natureza grave da doença, para a concessão do direito à isenção do Imposto de Renda.

Salienta que, em havendo divergência interna no STJ quanto aos requisitos necessários ao reconhecimento do direito à isenção do IRPF, especificamente aos aposentados portadores de doença grave, *"deve ser adotada a posição que melhor resguarde o direito do jurisdicionado/administrado"* (f. 82).

Assevera, ainda, que está presente o perigo da demora, tendo em vista que a doença *artrite reumatóide* exige acompanhamento e tratamento contínuos e, consequentemente, os gastos são permanentes.

Ao final, requer o provimento do agravo para o fim de determinar, em sede de tutela antecipada, a suspensão do desconto do IRPF em seu contracheque, conforme pleiteado na inicial.

Deixo de exercer o juízo de retratação.

A decisão recorrida está assim fundamentada, *in verbis:*

> Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Gilka Pereira Miranda em face da decisão interlocutória que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, consistente na pretensão de suspensão imediata da incidência do IRPF sobre os proventos de aposentadoria da servidora-agravante, por ser portadora de doença grave, qual seja, "artrite reumatóide", nos termos da Lei n. 7.713/88.
>
> O deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela exige a comprovação de dois requisitos, quais sejam, a existência de prova inequívoca para que o julgador se convença da verossimilhança da alegação, e também fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.
>
> No presente caso, inexiste a prova inequívoca que conduza à verossimilhança do direito perseguido, tendo em vista que a doença que acomete a autora, "artrite reumatóide", em princípio não está elencada entre aquelas em que se autoriza a isenção do imposto de renda aos aposentados, nos termos do art. 6º, XIV, da Lei Federal n. 7.713/88.

Segundo a jurisprudência pacífica do STJ, o rol de doenças contido na lei n. 7.713/88 é **taxativo** (*numerus clausus*), ou seja, restringe a concessão da isenção fiscal às situações nele enumeradas. É dizer, não se admite interpretação **extensiva** ou analógica do referido benefício quando a doença, *ictu oculi*, não se enquadra no texto expresso da lei, confira-se:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI N. 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal.

2. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de *Parkinson*, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de *Paget* (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (*numerus clau*sus), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas.

3. **Consectariamente, revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. [...] 4. *In casu*, a recorrida é portadora de distonia cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - f. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88.**

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art.

543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, REsp n. 1116620/BA, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.8.2010, DJ de 25.8.2010).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI N. 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. Revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN.

Entendimento consolidado pela Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.116.620/ BA, oportunidade em que a matéria foi decidida sob o regime do art. 543-C do CPC.

> 2. Aplica-se ao caso a multa do art. 557, § 2º, do CPC no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, por questionamento de matéria já decidida em recurso repetitivo.
>
> Agravo regimental improvido. (STJ, AgReg no REsp n. 1165360/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.8.2011, DJ de 22.8.2011).
>
> Não bastasse a ausência da plausibilidade do direito perseguido, também não se constata o perigo da demora na prestação jurisdicional.
>
> Com efeito, como bem pontuado pelo douto juízo *a quo*, a recorrente apresenta a patologia "artrite reumatóide" desde o ano de 2006, mas somente em 25.10.2011 ajuizou a ação declaratória requerendo, em sede de tutela de urgência, a isenção do IRPF, sem comprovar gastos extraordinários com medicamentos que justifique a isenção. E nem se diga que a recorrente também possui diversas despesas com exames e consultas médicas, tendo em vista que, conforme consta destes autos, possui a autora plano de saúde na condição de aposentada (f. 48-TJ).
>
> Isto posto, nego seguimento ao agravo nos termos do art. 557, *caput*, 2ª e 4ª figuras do CPC.

Procurei novamente analisar a questão debatida e cheguei à conclusão no sentido de que a decisão agravada deve ser mantida, porquanto seus fundamentos resistem ao presente recurso, senão vejamos.

A recorrente alega que, se por um lado, há jurisprudência da egrégia Corte Superior no sentido de ser **taxativo** o rol das doenças que autorizam e garantem a isenção do IRPF para os aposentados, de outro há jurisprudência, inclusive da mesma Corte Superior, que exige tão-somente a natureza grave da doença, para a concessão do direito à isenção do Imposto de Renda. Para tanto, cita como paradigma de seu pretenso direito o REsp n. 1204516.

Acontece que, no referido julgado trazido pela recorrente, a parte era acometida de **neoplasia maligna** (f. 82), conforme concluiu a perícia médica naquele feito. Ora, a neoplasia maligna se constitui em doença expressamente elencada no rol taxativo do art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88, sendo de direito a isenção do IRPF quem está acometido daquela doença, não havendo que se falar, portanto, em divergência de entendimento na Corte Superior quanto aos requisitos para a concessão do direito à isenção.

Como dito na decisão recorrida, e que ora reafirmo, por ocasião do **julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.116.620/ BA,** oportunidade em que a matéria foi decidida sob o regime do art. 543-C do CPC, o STJ firmou a compreensão no sentido de que é vedada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma **analógica ou extensiva**, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN.

A recorrente é acometida de *"*artrite reumatóide*,* doença essa que não está catalogada entre aquelas que admitem a isenção do imposto de renda, nos termos da lei n. 7.713/88.

Portanto, ausente a verossimilhança da alegação.

Também não restou comprovado o perigo de dano, tendo em vista que a recorrente apresenta a patologia *"*artrite reumatóide*"* desde o ano de 2006, mas somente em 25.10.2011 ajuizou a ação declaratória requerendo, em sede de tutela de urgência, a isenção do IRPF, sem comprovar gastos extraordinários com medicamentos que justifique a isenção.

Isto posto, **nego provimento** ao agravo regimental.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL, DES. JÚLIO ROBERTO SIQUEIRA CARDOSO, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 2.2.2012)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor estudo da matéria nele versada. E ao fazê-lo cheguei às mesmas conclusões deduzidas pelo nobre Relator, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e pelo Juízo da causa.

Com efeito, embora admita-se a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não se pode negar vigência aos termos do art. 1º, da Lei n. 8.4337/92 ("*Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.*"), sendo certo que o art. 7º, § 2º, da Lei 1n. 2.016/2009, veda o deferimento de liminar que implique em concessão de vantagens de qualquer natureza, bem assim o disposto no art. 2º-B, da Lei n. 9.494/97 ("*Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.*").

Assim, a despeito da plausibilidade da tese ventilada na inicial e da divergência jurisprudencial que sobre ele recai, entendo que não é possível a concessão da antecipação de tutela pleiteada.

Posto isso, acompanho o entendimento adotado pelo nobre Relator, desprovendo o regimental.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (2º Vogal)

De acordo com o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.036784-9 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CITAÇÃO POR HORA CERTA – CONTATO DA RÉ ATRAVÉS DE TELEFONIA MÓVEL ACEITANDO A EFETIVAÇÃO DO ATO – DILIGÊNCIA NA DATA E HORA MARCADA COM ENTREGA DA CONTRAFÉ AO PORTEIRO DO CONDOMÍNIO – CORRESPONDÊNCIA NÃO ENVIADA A *POSTERIORI* – IRRELEVÂNCIA EM RAZÃO DO COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA RÉ EM JUÍZO – RECURSO IMPROVIDO.

Conquanto o art. 229 do CPC determine correspondência à parte ré como complementação do ato citatório por hora certa, fica esta relegada quando há o comparecimento espontâneo da demandada em juízo, aperfeiçoando o ato nos termos do art. 213 da lei civil instrumental.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de janeiro de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Maria de Lourdes Fontoura Sebben irresignada com a sentença que julgou procedente pedido de cobrança contra si formulado por Clínica Dermatológica Georgina Nascimento Zahran S/C Ltda e lhe condenara ao pagamento de R$ 11.388,24 (onze mil, trezentos e oitenta e oito reais e vinte e quatro centavos), corrigidos pelo IGPM a partir do ajuizamento da ação (15.9.2008) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir do comparecimento voluntário da ré (26.5.2011), interpõe recurso de apelação.

Alega nulidade da citação em razão de não ter a citação por ora certa atendidos os requisitos do artigo 229 do CPC, qual seja, o envio de correspondência para confirmar o recebimento da citação.

Sustenta que o comparecimento espontâneo e juntada de procuração com base na certidão do Oficial de Justiça não supre a exigibilidade do artigo 229 do CPC, tanto que pela ausência da correspondência correspondente é que deixou de apresentar sua defesa requerendo, por fim, a nulidade do processo a partir das f. 63.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Extrai-se dos autos que a apelante foi procurada pelo oficial de justiça em sua residência para cumprimento do mandado de citação nos dias 16.0.2009, 27.2.2009, 16.3.2009 e 2.7.2009 (f. 30); todas as diligências, no entanto, foram infrutíferas.

Novo mandado foi expedido e o oficial de justiça deslocou-se na residência da ré apelante no dia 18.06.2009, sem, contudo, obter êxito (f. 41).

Um outro mandado foi expedido e no dia 26.1.2011 dirigiu-se o oficial ao endereço da apelante e mais uma vez foi informado pelo porteiro do prédio que aquela não se encontrava no momento (f. 54).

Ante as seis diligências improdutivas requereu a apelada que fosse feita à citação por hora certa e transformasse o rito do processo em ordinário, ao revés do sumário que até então tramitava.

E assim procedeu o magistrado, expedindo novo mandado, agora apenas de citação, com as advertências respectivas (f. 60).

De posse de tal mandado o oficial de justiça esteve na residência da apelante nos dias 10.2.2011, 22.2.2011 (f. 62). Como nestas não encontrou a apelante, o servidor deixou o número de seu telefone móvel com o porteiro para que este a repassasse àquela. E assim ocorreu, tanto que a apelante contatou com o oficial de justiça e este lhe comunicara a posse do mandado de citação, advertindo-a de que retornaria no local e que se não a encontrasse mais uma vez faria a intimação por hora certa.

No dia 23.3.2011 (f. 62) nova diligência no endereço da apelante efetuou o oficial de justiça e mais uma vez sem obter sucesso, oportunidade então que informou ao porteiro do condomínio que retornaria no dia seguinte, 24.03.2011 às 17h00m, advertindo-o de que... se não encontrasse a apelante realizaria a citação por hora certa (f. 61).

No mesmo dia 23 (f. 62) novo contato telefônico da apelante recebeu o oficial de justiça e na oportunidade esta informou-o que estava viajando, mas que não haveria problema em ser citada por hora certa (f. 61).

Como havia sido designados dia e hora para a realização do ato, 24.03.2011 às 17h00m, o oficial de justiça retornou à residência da apelante e na pessoa do porteiro do prédio, Sr. Sandro Silva, concretizou sua citação, com a entrega da contrafé (f. 61-62).

O mandado cumprido foi então juntado aos autos no dia 12.4.2011 (f. 59).

No dia 26.5.2011 a apelante comparece aos autos, fazendo a juntada da procuração acolhida às f. 67.

Como a iniciativa da apelante não passou da juntada da procuração, aos 20 dias do mês de julho de 2011 o juiz *a quo* proferiu a sentença, com o reconhecimento da revelia e da procedência do pedido de cobrança.

Agiu de forma correta o juízo, diante da desídia da ré apelante.

Com efeito, conquanto a citação tenha ocorrido por hora certa e não foi encaminhada a correspondência a que se refere o artigo 229 do CPC, foi ela desnecessária porque a citação levada em conta pelo magistrado para aplicar a revelia e culminar com a procedência do pedido feito pela apelada na inicial, foi o fato da

apelante ter sido cientificada do ato de chamamento ao feito ao comunicar-se com o oficial pelo telefone móvel e aceitar a citação por hora certa, corroborada pelo seu comparecimento espontâneo em juízo, com a juntada da procuração aos autos.

Neste sentido bem claro é a fundamentação do *decisum,* veja-se:

> [...] reputo exitosa a citação da ré, não apenas porque suprida pelo seu comparecimento espontâneo ao feito, mas também por restar indubitável o fato de que teve ciência da ação contra ela ajuizada e, transcorridos quase dois meses desde que compareceu aos autos (petição de f. 66-7), não apresentou qualquer defesa ou impugnação (f. 69).

A jurisprudência é remansosa neste aspecto:

> CITAÇÃO COM HORA CERTA. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE. CORRÉ QUE NÃO COMPROVA A EVENTUAL IRREGULARIDADE HAVIDA EM SUA CITAÇÃO COM HORA CERTA E QUE NO AGRAVO INTERPOSTO NÃO ESCLARECE DEVIDAMENTE EM QUE ELA CONSISTIU. HIPOTESE, ADEMAIS, DE COMPARECIMENTO ESPONTANEO A JUIZO (ART.214, PARAGRAFO 1º, DO CPC) E DE INCIDENCIA DA SUMULA N. 283/STF. AGRAVO IMPROVIDO (**STJ,** AgRg no Ag n. 31762/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 28.9.1993).
>
> [...] Pacífica a orientação desta Corte de que a ciência inequívoca da parte, patente em razão do comparecimento espontâneo na execução e da carga dos autos, marca, efetivamente, o início do prazo para a oposição dos embargos. 3. Agravo Regimental desprovido. (AgReg no Ag n. 1.281.352/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 10.8.2010, DJ de 6.9.2010). (STJ, REsp n. 008405, Rel. Min. Humberto Martins, p. 27.5.2011).
>
> [...] Atendidas as exigências dos artigos 227 e 228 do Código de Processo civil e tendo a certidão do oficial de justiça atestado, pormenorizadamente, a suspeita de ocultação da ré, não há falar em nulidade da citação por hora certa. 2. Recurso não conhecido. (REsp n. 252.552/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 18.9.2000) Ademais, ainda que assim não fosse entendido, constata-se que o réu compareceu à audiência de conciliação realizada em 1.4.2003, evidenciando, portanto, o suprimento de eventual vício de citação pelo comparecimento espontâneo da parte em juízo, consoante previsão do artigo 214, § 1º, do CPC. Nesse sentido, confiram-se julgados deste Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL – COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO – ART. 214 DO CPC – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA RECORRENTE – PRECEDENTES – SÚMULA N. 83/STJ. 1. O comparecimento espontâneo do réu nos autos, para apresentar defesa, supriu o vício porventura existente, nos termo do art. 214, § 1º, do CPC. 2. O Tribunal de origem manifestou-se no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido. (AgReg no Ag 1n. 295184/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 29.6.2010) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INFRINGÊNCIA AO ART. 42 DO CPC. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU. I. O comparecimento espontâneo do réu, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC, supre a falta de citação. Precedentes. II. À luz do princípio *pas des nullité sans grief*, não se decreta a nulidade da citação quando não estiver concretamente demonstrado o prejuízo (REsp n. 898.167/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 1.12.2008). III. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 555.360/RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 29.6.2009) PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CITAÇÃO VÁLIDA. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU. 1 - O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação, nos termos do art. 214, § 1º do CPC [...] (STJ**,** REsp n. 945016, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, p. 10.12.2010).

> Corré que não comprova a eventual irregularidade havida em sua citação com hora certa e que no agravo interposto não esclarece devidamente em que ela consistiu. Hipotese, ademais, de comparecimento espontaneo a juizo (art. 214, § 1º do CPC) e de incidencia da sumula n. 283/STF. Agravo improvido. (STJ, Ag n. 31762, Quarta Turma, Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, julgado em 28.9.1993, DJU de 8.11.1993).

O comparecimento espontâneo acabou por aperfeiçoar o ato de citação, agindo com acerto o magistrado em julgar o feito com admissibilidade da veracidade das alegações da inicial.

Conclusão

Isto posto, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Vladimir Abreu da Silva e João Maria Lós.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.005597-8 - Corumbá
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER AJUIZADA POR PARTICULAR EM DESFAVOR DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – RECURSO DA RÉ – REMOÇÃO DE POSTE DE ENERGIA ELÉTRICA – RESTRIÇÃO À UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL – CUSTO DO PROCEDIMENTO A CARGO DA CONCESSIONÁRIA – RECURSO IMPROVIDO.

Restando evidente nos autos que a localização do poste da rede elétrica restringe a utilização comercial do imóvel da demandante, obstruindo a entrada de veículos em seu estabelecimento, mostra-se plenamente cabível a determinação de deslocamento do poste de energia elétrica, sem qualquer ônus à autora, ainda mais quando não se sabe se a instalação do poste precedeu a construção do prédio comercial com porta de entrada para reparos de automotor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

JR Lubrificantes ajuizou ação de obrigação de fazer em face de Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A**,** tendo obtido sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar a ré *"a remover o posto de energia que se localiza em frente a uma das portas do estabelecimento comercial do autor (f. 10), colocando-o em local que não impeça o ingresso de veículos pelas portas desse local, obrigação a ser cumprida dentro de 75 dias, a contar da intimação a ser feita após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R$ 300,00 pro dia de inadimplemento, limitada, em princípio, a 30 dias"* (f.60).

Inconformada com esta sentença, a ré interpõe recurso de apelação, aduzindo que *"mostra-se razoável que, aquele que, a exemplo da recorrida, solicita a modificação do bem por razão particular, arque com as despesas decorrentes, tendo em vista que do contrário resultaria violação ao princípio da supremacia do interesse público"* (f. 68).

Transcreve as Resoluções de n. 456 e 414 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e chega a conclusão de que *"recai exclusivamente sobre a recorrida a obrigação decorrente do serviço solicitado pelo consumidor. In casu, além do projeto de remanejamento de poste, a recorrente avaliou os custos do serviço e comunicou ao autor, cabe ao consumidor, agora, efetuar o pagamento para a execução da obra"* (f. 69).

Pede provimento ao recurso para reformar a sentença recorrida, *"considerando legal a cobrança das despesas com a relocação de postes junto a recorrida"* (f.70).

O recurso foi respondido à f. 79-83.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

A sentença recorrida condenou a parte aqui apelante *"a remover o poste de energia que se localiza em frente a uma das portas do estabelecimento comercial do autor (f. 10), colocando-o em local que não impeça o ingresso de veículos pelas portas desse local, obrigação a ser cumprida dentro de 75 dias, a contar da intimação a ser feita após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R$ 300,00 por dia de inadimplemento, limitada, em princípio, a 30 dias"* (f. 60).

Expôs a julgadora de primeiro grau, como razão de decidir, os seguintes fundamentos:

> Ensina José dos Santos Carvalho Filho[1] que constituem espécies de servidão a instalação de redes elétricas, assim como a implantação de gasodutos e oleodutos em áreas privadas para a execução de serviços públicos, servidão que, se limitar ou restringir o uso regular do bem, deve ser indenizada, na forma do artigo 40 do Decreto-lei n. 3.365/41.
>
> No caso, é incontroverso que o imóvel onde o demandante exerce sua pequena atividade empresarial sofre grande restrição de uso em função da existência de poste de energia erigido quase na metade do terreno, conforme fotos de f. 10, o que implica dano à medida em que uma das portas do estabelecimento de troca de peças automotivas fica com o trânsito de veículos restrito.
>
> Assim, verificada situação danosa causada pela servidão, conclui-se pela obrigação da concessionária de serviço público de corrigir o gravame experimentado, sem custo para o consumidor.
>
> Cabe ressaltar que a remoção e consequente correção do lugar do poste é tecnicamente possível, tanto que há vários orçamentos elaborados pela ré nesse sentido, ainda que significamente discrepantes.
>
> De outro lado, o fato de a atividade empresarial ser posterior à colocação do poste não modifica a responsabilidade da ré, uma vez que a utilização comercial do imóvel é lícita, ao passo que a restrição imposta administrativamente para a consecução do serviço público de distribuição de energia exige a devida reparação, quando causado prejuízo, como no caso.
>
> Diversos, aliás, são os julgados que acolhem igual entendimento, como os seguintes, do TJ/RS e TJ/SP, respectivamente:
>
> 3. Número: 71002702249 Tribunal: Turmas Recursais Seção: CIVEL Tipo de Processo: Recurso Cível Órgão Julgador: Segunda Turma Recursal Cível Decisão: Acórdão Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler Comarca de Origem: Comarca de Restinga Seca Ementa: CONSUMIDOR. OBRIGAÇÂO DE FAZER. READEQUAÇÃO FÍSICA DA REDE ELÉTRICA. RESTRIÇÃO DO USO DE PROPRIEDADE PARTICULAR. REMOÇÃO DE POSTE DE LUZ QUE OBSTRUI A ENTRADA DA GARAGEM DA RESIDENCIA DO AUTOR.

1 **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 664.

> I. Demanda atinente à retirada de poste de luz, em frente à entrada da garagem da residência do autor, em face da evidente restrição ao uso do imóvel por parte deste. II. Ônus de retirada imposto à concessionária de energia, sem nenhum encargo ao consumidor, vez que de responsabilidade da ré, por não se tratar de mero melhoramento estético, mas sim de impedimento do regular uso do imóvel (obstrução de acesso à garagem). III. Ausência de justificativa a ensejar ao proprietário do imóvel o encargo de realização do deslocamento do obstáculo. Dever de retirada e prazo devidamente fixados na origem. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO. (Turmas Recursais, AC n. 71002702249, Segunda Turma Recursal Cível, Relª. Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 23.2.2011, DJ de 9.3.2011)

> Ementa:ADMINISTRATIVOSERVIÇOPÚBLICOENERGIAELÉTRICAPOSTE LOCALIZADO EM FRENTE A GARAGEM RESTRIÇÃO AO PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DEVER DE REMOÇÃO DA CONCESSIONÁRIA EXISTÊNCIA DE DÉBITOS NÃO AFASTAM A OBRIGAÇÃO COBRANÇA ABUSIVA ÔNUS DA CONCESSIONÁRIA. (AC n. 9108170-06.2006.8.26.0000, São Bernardo do Campo, Nona Câmara de Direito Público, Rel. Décio Notarangeli, julgado em 3.8.2011)

> Poste de distribuição de energia elétrica localizado em frente a garagem que impede ou prejudica o pleno exercício do direito de propriedade deve ser removido a expensas da concessionária. Precedentes deste Tribunal. Recurso do autor provido, em parte. Recurso da ré desprovido.

> A pretensão de remoção do poste sem custo ao demandante deve, por fim, ser acolhida. (f.58-60).

A concessionária sustenta que a sentença deve ser reformada, haja vista que *"mostra-se razoável que, aquele que, a exemplo da recorrida, solicita a modificação do bem por razão particular, arque com as despesas decorrentes, tendo em vista que do contrário resultaria violação ao princípio da supremacia do interesse público"* (f. 68).

Após transcrever as Resoluções de n. 456 e 414 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), chega a conclusão de que *"recai exclusivamente sobre a recorrida a obrigação decorrente do serviço solicitado pelo consumidor. In casu, além do projeto de remanejamento de poste, a recorrente avaliou os custos do serviço e comunicou ao autor, cabe ao consumidor, agora, efetuar o pagamento para a execução da obra"* (f.69).

Em que pese os fundamentos expostos nas razões recursais, o recurso não merece provimento.

A questão relacionada ao ônus de quem deve arcar com os custos relacionados à retirada de poste de energia elétrica localizado em frente à garagem de propriedade particular é polêmica no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O mencionado Tribunal já decidiu que referido ônus pertence à concessionária mas, de forma conflitante, atribuiu referido ônus ao consumidor.

No sentido de o ônus pertencer à concessionária é a ementa do seguinte acórdão:

> CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. READEQUAÇÃO FÍSICA DA REDE ELÉTRICA. RESTRIÇÃO DO USO DE PROPRIEDADE PARTICULAR. REMOÇÃO DE POSTE DE LUZ QUE OBSTRUI A ENTRADA DA GARAGEM DA RESIDENCIA DO AUTOR. I. Demanda atinente à retirada de poste de luz, em frente à entrada da garagem da residência do autor, em face da evidente restrição ao uso do imóvel por parte deste. II. Ônus de retirada imposto à concessionária de energia, sem

> nenhum encargo ao consumidor, vez que de responsabilidade da ré, **por não se tratar de mero melhoramento estético, mas sim de impedimento do regular uso do imóvel (obstrução de acesso à garagem)**. III. Ausência de justificativa a ensejar ao proprietário do imóvel o encargo de realização do deslocamento do obstáculo. Dever de retirada e prazo devidamente fixados na origem. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJRS, AC n. 26649-60.2010.8.21.9000, Restinga Seca, Segunda Turma Recursal Cível, Relª Desª Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 23.2.2011, DJ de 10.3.2011).

Em sentido oposto, o mesmo Tribunal decidiu ser o ônus do consumidor, consoante se vê da leitura da seguinte ementa:

> CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Retirada de poste de transmissão de energia elétrica fixado em frente à garagem, prejudicando a sua utilização. Interesse eminentemente particular. Ônus do consumidor de arcar com a retirada, **preexistente à aquisição do bem**. Extinção afastada. Aplicação analógica do art. 515, § 3º, do código de processo cível. Análise do mérito. Sentença desconstituída. Relativação, pelo regramento acima referido, do princípio da impossibilidade de reformatio in pejus. Julgamento de improcedência do pedido. (TJRS, AC n. 21359-30.2011.8.21.9000, Cachoeira do Sul, Segunda Turma Recursal Cível, Relª Desª Fernanda Carravetta Vilande, Julgado em 6.7.2011, DJ de 11.7.2011).

Já a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sinaliza que o poste de energia elétrica localizado em frente a garagem particular deve ser removido sem qualquer custo ao consumidor, mesmo quando a instalação da rede elétrica preceder a construção do imóvel em que está localizada a garagem.

Neste sentido é a ementa do recente acórdão:

> APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS QUE MERECEM SER ANALISADAS À LUZ DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. Remoção de poste de energia elétrica -Concessionária de serviço de distribuição de energia elétrica que condiciona a remoção do poste de energia ao pagamento dos custos pelo consumidor. Inadmissibilidade. Jurisprudência do TJSP. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, AC n. 0011917-09.2009.8.26.0161-5600302-, Diadema, Terceira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz Edmundo Marrey Uint, Julgado em 13.12.2011,DJ de 11.1.2012).

Extraio do voto condutor a seguinte passagem:

> Enfim, a questão cinge-se em saber se a disposição dos postes localizados ao redor do bem imóvel da apelante está de acordo com os princípios que norteiam o regime jurídico administrativo, isto é, a limitação que se impõe ao uso e gozo do seu bem é legal, razoável, proporcional etc.?
>
> Se para a prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica a concessionária instala algum poste ou outro equipamento que venha a impossibilitar ou restringir o uso de propriedade particular, fica ela obrigada a recompor a situação anterior, ou, na impossibilidade, a indenizar o prejudicado (art. 37, § 6 º, da CF).
>
> Muito embora, as evidências sejam de que **a instalação da rede elétrica precedeu a construção do imóvel,** a concessionária de serviço público não se escusa do dever de remover o equipamento que impede ou prejudica o exercício regular do direito de propriedade.

A abertura de uma garagem no local é utilização lícita do imóvel, previsível e adequada à região e à via pública, não havendo indícios de que a construção afronte o Plano Diretor do Município de Diadema.

Omissis...

Obviamente, conforme já dito, a localização do poste dificulta o pleno gozo de suas potencialidades comerciais. Ainda que não fosse uma garagem no local, o mesmo problema ocorreria se houvesse, no imóvel da apelante, um restaurante, um Buffet ou uma padaria.

Nesse contexto, inúmeras soluções são possíveis, entretanto, para que se evitem novos questionamentos quanto a localização dos postes, essas soluções devem se dar em conjunto com a proprietária do imóvel.

A apelada tem tecnologia e mão de obra suficientes para encontrar uma solução adequada ao impasse. Cobrar da apelante quase R$ 14.000,00 para deslocar/remover o poste 0,5 m é atitude que foge a razoabilidade e a proporcionalidade, desrespeitando os princípios da cooperação e da boa-fé, norteadores do direito do consumidor.

A jurisprudência desta Corte, em casos análogos, já entendeu que o poste deve ser removido sem qualquer custo ao consumidor, conferir:

Apelação: 0037001-46.2004.8.26.0562. Relator(a): Antonio Carlos Villen. Comarca: Santos. Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 01/08/2011. Data de registro: 04/08/2011. Outros números: 370014620048260562. Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. Poste de energia elétrica. Dificuldade de acesso ao estabelecimento comercial da autora decorrente do local onde ele está colocado. Restrição ao uso de propriedade particular que deve ser sanada pela remoção do poste. Concessionária de serviço de distribuição de energia elétrica que condiciona a remoção ao pagamento dos custos pelo particular. Inadmissibilidade. Sentença que julgou a ação procedente e improcedente a reconvenção. Condenação da concessionária a remover o poste, sem custo para a autora. Recurso parcialmente provido apenas para reduzir a verba honorária.Ementa: ADMINISTRATIVO SERVIÇO PÚBLICO ENERGIA ELÉTRICA POSTE Apelação: 9108170-06.2006.8.26.0000. Relator(a): Décio Notarangeli Comarca: São Bernardo do Campo. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 03/08/2011. Data de registro: 03/08/2011. Outros números: 1049758600. Ementa: ADMINISTRATIVO SERVIÇO PÚBLICO ENERGIA ELÉTRICA POSTE LOCALIZADO EM FRENTE A GARAGEM RESTRIÇÃO AO PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DEVER DE REMOÇÃO DA CONCESSIONÁRIA EXISTÊNCIA DE DÉBITOS NÃO AFASTAM A OBRIGAÇÃO COBRANÇA ABUSIVA ÔNUS DA CONCESSIONÁRIA. Poste de distribuição de energia elétrica localizado em frente a garagem que impede ou prejudica o pleno exercício do direito de propriedade deve ser removido a expensas da concessionária. Precedentes deste Tribunal. Recurso do autor provido, em parte. Recurso da ré desprovido.

Apelação: 0000779-86.2008.8.26.0579. Relator(a): Camargo Pereira.Comarca: São Luiz do Paraitinga. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 10/05/2011. Data de registro: 17/05/2011. Outros números: 990092559028. Ementa: "OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE POSTE DE. ENERGIA. 1. Havendo necessidade de remoção ou realocação de postes de energia é dever da concessionária de serviço público arcar com ônus. 2 Multa por não cumprimento da decisão antecipatória da tutela foi bem arbitrada. Recurso improvido." (Voto proferido pelo Desembargador Luiz Edmundo Marrey nos autos da apelação nº 0011917-09.2009.8.26.0161, da Comarca de Diadema).

Do apanhado jurisprudencial, tem-se que a única divergência relacionada ao ônus da retirada de poste de energia elétrica diz respeito à época em que foi construída a propriedade particular em que se localiza, no caso, a porta de entrada de veículos da autora, sendo que o entendimento minoritário é de que, quando a instalação da rede elétrica precede a construção do imóvel, o ônus pertence ao consumidor.

Esta, aliás, é a tese defendida pela concessionária na contestação, quando alegou *"que a instalação do mencionado poste de iluminação pública é anterior à construção da entrada de acesso ao estabelecimento do autor. Ora, pelo comprovante de instrução cadastral do CNPJ da autora, a atividade empresarial passou a ser desenvolvida no ano de 2005, não sendo crível nem razoável que o autor, ao perceber a instalação de poste na porta da entrada de seu estabelecimento, permitisse a conclusão do serviço"* (f. 26).

Sucede que a concessionária não juntou provas nos autos de que referido poste de energia elétrica havia sido construído antes do ano de 2005 e, nestas circunstâncias, não pode ela se beneficiar da orientação jurisprudencial minoritária que respalda o seu pedido de transferir o ônus da remoção do poste ao consumidor.

Com efeito, as partes, durante a audiência preliminar, afirmaram que *"não pretendem produzir outras provas"* (f. 22), sendo certo que o litígio foi decidido sem que tenha ficado esclarecido nos autos a data em que ocorreu a instalação do poste de energia elétrica.

Nestas circunstâncias, tenho que solução mais justa é a de manutenção da sentença, prestigiando o direito de propriedade da autora apelada, nos termos dos precedentes majoritários, não havendo que aplicar as Resoluções da Aneel, mas, sim, os princípios da boa fé e cooperação existentes no código de defesa do consumidor.

Conclusão

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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, 22 de março de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.037382-8 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – MORTE POR ELETROPLESSÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – NEGLIGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – DANOS MORAIS DEVIDOS E INDEPENDENTE DE PROVA – PERDA DE ENTE QUERIDO – *QUANTUM* FIXADO DE ACORDO COM OS PARÂMETROS JURISPRUDENCIAIS – INDIVIDUALIZAÇÃO DO MONTANTE DEVIDO A CADA UM DOS BENEFICIADOS – CORREÇÃO MONETÁRIA – SÚMULA N. 362 DO STJ – JUROS DE MORA – SÚMULA N. 54 DO STJ – DANOS MATERIAIS – PENSÃO DEVIDA À VIÚVA E FILHOS DA VÍTIMA – RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DEMONSTRADA – DESPESAS COM FUNERAL – INDEVIDAS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS – ART. 20 CPC – CHAMAMENTO AO PROCESSO – CABÍVEL – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1- É possível impor responsabilidade da fornecedora de energia elétrica por morte causada por eletroplessão, mesmo tratando-se de rede elétrica clandestina, em face da omissão em garantir segurança e informação à coletividade.

2- São presumidos os danos morais decorrentes da perda de ente querido prescindindo de qualquer prova neste sentido, sendo necessária a individualização do *quantum* devido a cada um dos beneficiários.

3- O valor fixado a título de danos morais deverá pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em observância às peculiaridades do caso concreto. Em caso de indenização por danos morais, a correção monetária incidirá desde a data de seu arbitramento (súmula n. 362 STJ), e os juros de mora contam desde a data do evento danoso (súmula n. 54 STJ).

4- É devida indenização por danos materiais, consubstanciada no pagamento de pensão à viúva da vítima e seus filhos, quando comprovada a relação de dependência financeira da esposa em relação ao marido e pai, vítima fatal de acidente. Não havendo prova dos rendimentos percebidos pela vítima, segundo orientação jurisprudencial, arbitra-se em um salário mínimo a pensão mensal. A pensão mensal é devida à viúva desde a data do sinistro até a data em que a vítima completaria 70 anos de idade, por ser a expectativa de vida do brasileiro; e aos filhos até a data em que completarem 25 anos de idade.

5- As despesas relacionadas ao funeral e compra de jazigo não devem ser ressarcidas se não foram comprovadas nos autos.

6- A constituição de capital se faz necessária, em observação a Súmula n. 313 do STJ.

7- A seguradora dever ser solidariamente condenada nos termos do art. 77, III, do CPC, até os limites da apólice firmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de março de 2012.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Juceli Bezerra Pereira Siqueira, Flávia Pereira de Oliveira e Lucas Pereira de Oliveira, inconformados com a sentença que julgou improcedente o pedido nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais que move em face de Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul, interpõem o presente recurso de apelação cível.

Em suas razões recursais, alegaram em síntese que o pai e marido dos apelantes foi vítima de eletrocussão ao tentar salvar um cachorro que estava preso em arames eletrificados pela fiação da Enersul. Asseveraram que a vítima não tinha conhecimento de eventual ligação clandestina de energia, já que não residia no local. Afirmaram que em não existindo prova de que o *de cujus* possuía conhecimento da ligação clandestina de energia elétrica, não há como excluir a responsabilidade da companhia energética pelo acidente ocorrido. Aduziram que as provas testemunhais produzidas nos autos atestam que a vítima estava instalada no local provisoriamente e que a ligação irregular de energia já existia antes dele se mudar para lá, razão pela qual, não se pode apontar a ocorrência de culpa exclusiva da vítima.

Sustentaram que o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação ao caso, sendo a apelada, objetivamente responsável pela reparação dos danos causados, independentemente da regularidade, ou não, da ligação de energia existente no imóvel. Pugnaram pelo conhecimento e provimento do apelo, para o fim de reformar a sentença de primeiro grau, julgando procedente o pedido contido na inicial, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor equivalente a 200 salários mínimos, bem como danos materiais correspondentes às despesas com funeral e pensão em favor da viúva e filhos do *de cujus*.

Devidamente intimada, a denunciada à lide – Companhia de Seguros Aliança do Brasil – apresentou contrarrazões ao apelo (f. 940-4).

Em seguida, a apelada – Enersul Empresa Energética de Mato Grosso do Sul – apresentou suas contrarrazões ao recurso de apelação (f. 946-60).

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer, opinando pelo parcial provimento do apelo dos autores (f. 973-83).

VOTO

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

Juceli Bezerra Pereira Siqueira, Flávia Pereira de Oliveira e Lucas Pereira de Oliveira, inconformados com a sentença que julgou improcedente o pedido nos autos de ação de indenização por danos morais e

materiais que move em face de Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul, interpõem o presente recurso de apelação cível.

Em suas razões recursais, alegaram em síntese que o pai e marido dos apelantes foi vítima de eletrocussão ao tentar salvar um cachorro que estava preso em arames eletrificados pela fiação da Enersul. Asseveraram que a vítima não tinha conhecimento de eventual ligação clandestina de energia, já que não residia no local. Afirmaram que em não existindo prova de que o *de cujus* possuía conhecimento da ligação clandestina de energia elétrica, não há como excluir a responsabilidade da companhia energética pelo acidente ocorrido. Aduziram que as provas testemunhais produzidas nos autos atestam que a vítima estava instalada no local provisoriamente e que a ligação irregular de energia já existia antes dele se mudar para lá, razão pela qual, não se pode apontar a ocorrência de culpa exclusiva da vítima.

Sustentaram que o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação ao caso, sendo a apelada, objetivamente responsável pela reparação dos danos causados, independentemente da regularidade, ou não, da ligação de energia existente no imóvel. Pugnaram pelo conhecimento e provimento do apelo, para o fim de reformar a sentença de primeiro grau, julgando procedente o pedido contido na inicial, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor equivalente a 200 salários mínimos, bem como danos materiais correspondentes às despesas com funeral e pensão em favor da viúva e filhos do *de cujus*.

O magistrado de primeiro grau entendendo que houve culpa exclusiva da vítima, julgou improcedente o pedido contido na inicial destes autos.

A sentença merece reforma, porém, quanto ao afastamento da responsabilidade da concessionária de energia elétrica.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Narra a inicial, em suma, que no dia 29.12.2004, por volta das 18 horas, ao chegar ao locar de trabalho, o Sr. José de Oliveira Siqueira, esposo e pai dos autores, ouviu os latidos de um cão agonizante, que vinha da direção da casa do vizinho. Ao perceber que o animal estava enrolado em um fio de arame, resolveu se aproximar para salva-lo, quando, então, foi atingido por uma descarga elétrica, que causou-lhe a morte instantânea por eletroplessão.

Os elementos de convicção amealhados aos autos tornam inequívoca a responsabilidade civil da ré.

Isto porque, as provas documentais e testemunhais ouvidas nos autos, apontam a existência de ligação irregular de energia no imóvel onde ocorreram os fatos. Vejamos:

Segundo o laudo pericial (f.172), *"[...] a hipótese mais provável para o ocorrido, é que tenha havido no local em pauta, morte resultante de eletroplessão (morte causada pela eletricidade artificial), no momento que a vítima teria encostado a região torácica esquerda, em um arame metálico que encontrar-se-ía, ao que tudo indica, tocando em um fio condutor de energia cujo revestimento encontrava-se desencapado em suas intersecções. Bem como, ao que tudo indica, referido fio condutor de energia elétrica, seria proveniente de um padrão irregular (sem medidor de energia) do imóvel vizinho ao local dos fatos, conforme descrito no bojo deste trabalho."*

Wedney Rodolpho de Oliveira (f. 700-1), disse que: *' que dentro do padrão não havia disjuntor e o fio azul tinha origem no padrão. Porém, não tem como afirmar quando, ou quem fez a instalação do fio azul que ia até a residência da chácara. Provavelmente o padrão era alimentado pela rede pública. Um padrão para ser considerado regular tem lacres situados em pontos estratégicos do relógio, sendo que ali não havia qualquer lacre'.*

Como é cediço, a Resolução n. 456/2000 da ANEEL estabelece *"a obrigação da concessionária de notificar o consumidor a respeito das deficiências nas instalações elétricas da unidade consumidora, especialmente no padrão de entrada da energia elétrica, podendo até suspender o fornecimento, nos termos dos artigos 90 e 99."*

No caso em tela, a ré não adotou nenhuma dessas providências.

Por outro lado, há que se registrar que em conformidade com o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, "a*s 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*".

Consoante a lição de Sérgio Cavalieri Filho, "*sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionado a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano*".(**Responsabilidade civil**, p. 173. Forense: 1994.)

A Empresa de Eletricidade apelada é concessionária de serviço público, razão pela qual é objetiva sua responsabilidade pela morte por eletroplessão da vítima.

Ademais, há de se ressaltar que a prestação de serviço de energia elétrica caracteriza-se como serviço perigoso, devendo responder de forma objetiva pelo risco criado (CC 927, parágrafo único).

Incumbia à empresa fiscalizar a rede elétrica que instalara, ainda que ela estivesse em propriedade particular; até porque, é de sua responsabilidade fiscalizar a rede e alertar os moradores quanto à possíveis irregularidades.

Nesse sentido, alguns julgados:

> Ação indenizatória. Vítima fatal. Eletroplessão. Ausência de culpa concorrente ou exclusiva da vítima. Ligação clandestina. Inteligência dos artigos 90 e 99 da Resolução n. 456/2000. Responsabilidade civil da ré verificada. Pensão mensal mantida. Ausência de demonstração de que o ofendido auferia remuneração em patamar superior. Limite de idade dos filhos menores alterado para 25 anos. Dano moral presumido. Valor fixado de acordo com as circunstâncias. Inexistência de violação ao artigo 5º da Constituição Federal. Condição sócio-econômica dos autores é requisito para sua fixação. Danos materiais comprovados. Juros de mora alterados. Denunciação da lide acolhida. Natureza de ação. Cabimento das verbas sucumbenciais. Negado provimento ao apelo da ré. Provimento parcial aos recursos dos autores e da litisdenunciada. (TJSP, AC n. 9129855-98.2008.8.26.0000, São Bernardo do Campo, Trigégima Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Nestor Duarte, julgado em 20.6.2011).
>
> CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. MORTE POR ELETROPLESSÃO. REDE DE ENERGIA ELÉTRICA CLANDESTINA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA DE ENERGIA. APELO PROVIDO UNANIMIDADE.
>
> É possível impor responsabilidade da fornecedora de energia elétrica por morte causada por eletroplessão decorrente da presença de fios elétricos caídos ao solo, vez que, mesmo tratando-se de rede elétrica clandestina, tal fato não era desconhecido pela

> empresa recorrida, a qual foi omissa em garantir segurança a uma coletividade. Apelo provido. Unanimidade. (TJMA, AC n. 3702005, Relª. Desª. Cleonice Silva Freire, julgado em 31.8.2005).
>
> INDENIZAÇÃO - Eletrocussão - Concessionária de serviço de distribuição de energia - Relação de consumo caracterizada - Aplicação da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor - Culpa exclusiva da vítima afastada - Denunciação da lide - Inadmissibilidade - Inteligência do artigo 88 do CDC - Sentença reformada - Recurso do autor provido. (TJSP, AC n. 994010417384, Rel. Des. José Antonio Siqueira Nunes de Faria, registrado em 15.5.2006).

Inclusive, cumpre registrar que o STJ, ao julgar o agravo de instrumento n. 748.775-MS interposto pela apelada em face da decisão que concedeu a antecipação da tutela nestes autos, asseverou que (f. 241-2): *"como mencionado, aplica-se aqui a Súmula n. 7 do STJ, haja vista o entendimento de que houve negligência e culpa in vigilando da concessionária, que tem a obrigação de vistoriar e manter vigilância sob os fios de alta tensão e os que estão em uso conservar seguros e longe de possíveis vítimas, bem como fazer a manutenção direta."*

Ademais, como bem asseverou o Procurador de Justiça em seu parecer de f. 970-85:

> Não ficou demonstrado nos autos, que o evento fatídico que ceifou a vida de José de Oliveira Siqueira foi desencadeado por uma conduta exclusivamente própria, gerando, portando, o dever de indenizar. Nesse passo, segundo o entendimento adotado pela jurisprudência hodierna, a exploração de distribuição de energia elétrica impõe à empresa concessionária o dever de zelar pela manutenção e fiscalização de seus serviços, posto a periculosidade que naturalmente oferece aos consumidores diretos e *bystanders*. Em outras palavras, mesmo que haja ligação clandestina de energia, tratando-se, inclusive, de ilícito penal, esta não exime a concessionária do ônus de vigilância constante de suas linhas de distribuição, e, ainda, de conscientizar e informar os consumidores sobre os riscos do uso irregular de seus serviços, pois como é sabido, atualmente não existe meio eficaz de impedir o furto de energia elétrica, fazendo com que essa prática seja perfeitamente previsível pelas empresas distribuidoras, jogando por terra as afirmações de que a vítima agiu de forma inesperada e que houve culpa de terceiros, tanto é certo que o furto de energia elétrica é esperado, tanto que a empresa distribuidora já possui profissionais especializados em fiscalizar e desarmar ligações clandestinas de desavisados que se aventuram em arriscar suas vidas com o manuseio da fiação de alta e baixa tensão.

Frise-se, ainda, que no caso em tela, não ficou demonstrado, em momento algum, que a vítima tinha conhecimento da ligação irregular existente no local, muito menos, de que ali residia, não podendo lhe ser atribuída culpa concorrente, como entendeu o Procurador de Justiça. Ademais, não se pode presumir que a vítima, pessoa leiga, pudesse prever que ao tentar salvar o seu animal de estimação, enrolado em um arame e agonizando, correria risco de vida, em face de uma ligação irregular de energia elétrica existente no local, que sequer se pode afirmar que ele tinha conhecimento.

Assim, inequivocamente assumiu a ré o risco pelo evento.

Destarte, existe a obrigação de reparar os danos.

DA INDENIZAÇÃO DEVIDA PELOS DANOS OCASIONADOS

O art. 186, do *novel* Código Civil preceitua que*:*

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Igualmente o art. 927 do diploma legal

precitado estabelece que: aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Normas jurídicas estas aplicáveis aos fatos descritos na exordial, tendo em vista o ato ilícito praticado pela parte demandada**.**

Assim, a parte demandada deve ressarcir os danos decorrentes do sinistro em questão, na forma do art. 186 da lei civil supracitada, cuja incidência decorre da prática de conduta ilícita, a qual se configurou no caso em tela sob a forma de negligência com o dever de zelar pela manutenção e fiscalização de seus serviços, posto a periculosidade que naturalmente oferece aos consumidores.

DANOS MORAIS E SUA FIXAÇÃO

Os danos morais prescindem de prova. Demonstrada a ocorrência do evento ilícito e culposo, presume-se o dano moral por sua característica de dano *in re ipsa*.

A esse respeito, é oportuno trazer à colação os ensinamentos do jurista Cavalieri Filho[1] ao asseverar que:

> Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.

Nesse sentido, leciona Yussef Said Cahali ao afirmar, com propriedade, que *"efetivamente, a lesão moral de um pai pela perda de um filho é presumida porque decorre da própria relação humana de um pai para filho, tornando-se desnecessária qualquer prova adicional. (in* Dano Moral*,* 2. Ed., **RT**, pg. 165*)."*

E continua:

> Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física — dor-sensação, como a denomina Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento, de causa material. (Dano e Indenização, **RT**, 1980, p. 7).

Destarte, a perda do esposo e genitor acarreta profunda dor e tristeza aos membros da família; verdadeiro sentimento de perda inabalável, eis que ficam eles privados de seu convívio para sempre.

Novamente Yussef Said Cahali, discorre:

> Não se cuida, assim, de ressarcir os danos materiais apenas, como despesas com o tratamento da vítima, e seu funeral; mas sim propiciar aos seus familiares ainda uma compensação pecuniária reparatória do dano moral, que lhes possibilite, para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido o preito de saudade e reverência póstuma. (ob. cit., p. 42).

Desta forma, a prova do vínculo familiar com a vítima é o quanto basta para respaldar a presunção da ocorrência de dano moral advinda da morte do ente querido, presumindo-se, pois, o abalo psíquico, o desgosto.

Tem-se, então, que:

1 CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, 7 ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, p. 77.

> Em prol dos parentes compreendidos dentro do estrito círculo de relações da família, vale dizer, dos filhos *vis-a-vis* dos pais e vice-versa, dos irmãos com relação aos irmãos, uma presunção se estabeleceria sempre, *juris tantum,* de dano moral. (Rubens Limongi França, Reparação do Dano Moral, *in* **RT** 631/29).

A indenização, de regra, tem por finalidade repor o lesado ao *status quo ante*, mediante a *restitutio in integrum*. Para estes danos subjetivos e que não podem ser demonstrados ou auferidos de uma forma exata, estimo que a única alternativa que se impõe é o arbitramento judicial. Em sendo assim, na espécie, sopesando a impossibilidade material de fazer as partes retomarem sua situação anterior, imprescindível que a obrigação de reparar passe a ser concebida como uma obrigação de compensar, haja vista que a finalidade da indenização – nestas hipóteses – somente possa cumprir esta finalidade.

Com efeito, para fixarmos o valor indenizatório ajustável a hipótese fática concreta, deve-se sempre ponderar o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao *status quo ante.* A jurisprudência e a doutrina também fornecem subsídios para que se proceda na fixação do montante indenizatório.

A meu ver, o valor da indenização deve atender determinados vetores que dizem respeito à pessoa do ofendido e do ofensor, partindo-se da medida do padrão sócio-cultural médio da vítima, avaliando-se a extensão da lesão ao direito, a intensidade do sofrimento, a duração do constrangimento desde a ocorrência do fato, as condições econômicas do ofendido e as do devedor e a suportabilidade do encargo. Deve-se relevar, ainda, a gravidade do dano e o caráter pedagógico-punitivo da medida.

Todavia, a real dimensão externa da ingerência do ato lesivo no âmbito psicológico da vítima é que deflagrará o *quantum* indenizatório devido. Para tanto, temos de sopesar que nesta esfera eminentemente subjetiva, há interferência direta do meio social dos sujeitos, das especificidades do objeto, o lugar, o tempo e a forma, e, finalmente, os efeitos jurídico-econômicos.

Assim, considerando a condição sócio-econômica da vítima e de seus dependentes, as graves e eternas conseqüências do fato e sua a repercussão (aqui se considerando o caráter sancionatório às empresas concessionárias de energia elétrica que, à semelhança da ré, colocam em risco a coletividade deixando de zelar pela manutenção de suas redes e conscientizar e informar os consumidores sobre os riscos do uso irregular de seus serviços), fixo o valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco Mil Reais) a cada um dos autores.

DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

Ressalte-se a atualização monetária deverá ser feita de acordo com os índices do IGP-M, sendo os juros de mora a base de 1% ano mês, na forma do art. 406 do atual Código Civil, combinado com o art. 161, § 1º, do CTN.

DANOS MATERIAIS

Pensão

Quanto à pensão, exponho que a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o termo final da pensão deve corresponder a 25 (vinte e cinco anos), sem qualquer ressalva. Nesse sentido:

> Processual civil. Embargos de declaração. Prequestionamento. Súmula n. 98. Aplicação. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Veículo automotor e motocicleta. Morte da vítima. Pensão mensal. Idade limite. I – Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório (Súmula n. 98). II – A pensão devida ao filho menor, em razão de falecimento do seu pai, vítima de acidente de trânsito, deve estender-se até quando aquele completar 25 anos. III – Recurso especial

> conhecido e provido. (STJ, REsp n. 275.274/MG, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 3.9.2001).
>
> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. STJ. FILHOS DA VÍTIMA. PENSIONAMENTO. TERMO FINAL. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. SÚMULA N. 83/STJ. 1. É impossível alterar as premissas fáticas consignadas no aresto atacado, para concluir no sentido de que a indenização é desarrazoada, sob pena de revolverem-se fatos e provas dos autos. Pela mesma razão não cabe analisar a assertiva do recorrente de que não há nos autos qualquer elemento probatório a justificar o pagamento da pensão de 2/3 do salário mínimo (f. 310), ao argumento de não existir prova de que o *de cujus* auferisse renda. 2. A pensão em decorrência da morte do pai deve alcançar a data em que os beneficiários completem 25 anos de idade, quando se presume terem concluído sua formação, incluindo-se a universidade. Precedentes. Súmula n. 83/STJ. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 1.007.101/ES, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.4.2008).

O que o Superior Tribunal de Justiça diz é que a pensão é devida até os seus beneficiários completaram 25 (vinte e cinco) anos de idade, porque deve se presumir que em tal idade eles já estarão independentes, com o término dos estudos e com economia própria por meio de emprego e eventual conclusão de curso superior. Trata-se de presunção e não de uma certeza de que os beneficiários tenham completado o seu estudo, não havendo qualquer exigência de matrícula em curso superior para que o benefício perdure até a idade dos 25 (vinte e cinco) anos.

Dito isto, tem-se que os filhos, inclusive maiores, têm o direito de receber a pensão até a idade em que completem 25 (vinte e cinco) anos, sem qualquer ressalva.

Com relação à esposa, o pensionamento está previsto no art. 948, II, do Código Civil e é devido pela morte do seu marido, oriundo do ilícito civil, tendo como termo final, a data em que o *de cujus* completaria 70 anos de idade.

Importante ressalvar que a expectativa de vida dos brasileiros, de fato, é de 70 anos de idade, conforme demonstram pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com base em estudos científicos.

Aliás, desde 1999, o Governo Federal, por meio de Decreto presidencial, vem utilizando desse limite etário para efeito dos cálculos da aposentadoria, no sistema previdenciário, orientação que tem sido acolhida pela jurisprudência majoritária em ações indenizatórias.

Nesse sentido:

> Recurso especial assentado em dissídio jurisprudencial. Divergência não comprovada. Incidência da Súmula n. 7/STJ. Indenização. Morte. Idade limite. Sobrevida provável da vítima: 65 ou 70 anos de idade. 1. Fixada a sobrevida provável da vítima em 70 (setenta) anos com base em dados estatísticos recentes fornecidos pelo I.B.G.E., pertinentes à região de origem da vítima, afasta-se o apontado dissídio jurisprudencial, tendo em vista que os paradigmas antigos não examinaram os referidos elementos fáticos. 2. Impossibilidade de, no especial, reexaminar as circunstâncias de fato indispensáveis à decisão da causa, a teor da Súmula n. 7/STJ. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 211.073/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 21.10.1999).
>
> Os alimentos a título de indenização são devidos a partir de quando o menor, filho de família que se emprega cedo, poderia entrar no mercado de trabalho (14 anos), até quando ele haveria de completar 70, mas, no máximo, até o óbito dos beneficiários. A

> expectativa de vida do brasileiro tem aumentado, e hoje gira em torno dos 70 anos. (TJMS, AC n. 2001.011176-4, Primeira Turma, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, julgado em 25.3.2003) (grifei).
>
> O termo inicial das indenizações, nesses casos, conta-se a partir do evento danoso, devendo a pensão ser paga integralmente às beneficiárias menores até a época em que estas completarem 21 anos e às beneficiárias adultas até quando a vítima completasse 70 anos, se viva estivesse, conforme expectativa de sobrevida do brasileiro medida, recentemente, pelo IBGE. (TJMS, AC n. 2005.002737-9, Primeira Turma, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 2.8.2005) (grifei).

Fixação dos valores

Uma vez reconhecido o direito ao pensionamento, passa-se a quantificá-lo.

Nesse ponto, não pode o valor fixado pela magistrada *a quo* a título de pensionamento mensal, em antecipação de tutela, ser mantido porque, além de não demonstrado o rendimento mensal da vítima, não houve a dedução do valor equivalente a 1/3, relativo às despesas que ele despenderia consigo.

A propósito, cite-se:

> Deve ser reduzida em 1/3 do valor da pensão, quantia esta que se presume que a vítima despenderia consigo mesma. A pensão para o menor, filho da vítima, deve vigir até que este complete 25 anos de idade, conforme remansosa jurisprudência a respeito (TJMS, AC n. 32.431-2, 20.4.93, Segunda Turma Cível, Relª. Desª. Dagma Paulino dos Reis).

Ademais, no caso em tela a pensão foi fixada com base no documento de f. 22-3 – contrato de prestação de serviços – que apontava que a vítima possuía uma renda mensal em torno de quatro salários mínimos. Todavia, esse documento foi objeto de uma perícia judicial (f. 523-34), que conclui que: *"A assinatura questionada, atribuída ao Sr. José de Oliveira Siqueira, aposta no campo destinado à assinatura do contratante no documento denominado de contrato de prestação de serviço" inserto às f. 23-4 dos presentes autos, tem grande tendência de não ter partido de seu punho escriturador, se tratando de assinatura com características de inautenticidade."*

Portanto, tal documento não pode ser considerado como prova válida para a demonstração do rendimento mensal da vítima.

Por outro lado, cumpre registrar que mesmo não havendo nenhuma prova conclusiva acerca dos rendimentos mensais da vítima, essa circunstância não implica, evidentemente, óbice ao arbitramento do valor da pensão, mas conduz a um valor presumivelmente mínimo, qual seja, o salário mínimo vigente, pois presume-se seja esse o rendimento mínimo auferido pela vítima.

Quanto ao tema, é pacífica a jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS – ALEGADA INEXISTÊNCIA DE CULPA – AFASTADA – VÍTIMA QUE FAZIA CAMINHADA NA VIA DE PEDESTRES EXISTENTE NO CANTEIRO CENTRAL DAS AVENIDAS QUE DÃO ACESSO A ÁREA DO PARQUE SÓTER QUANDO FOI MORTA POR ATROPELAMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A IMPRUDÊNCIA DO AUTOR NA CONDUÇÃO DO VEÍCULO – EXCESSO DE VELOCIDADE COMPROVADO – NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A AÇÃO DO APELANTE E O EVENTO MORTE – RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS – ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FORAM COMPROVADOS OS RENDIMENTOS DA VÍTIMA – IRRELEVÂNCIA –

PENSIONAMENTO FIXADO EM UM SALÁRIO MÍNIMO – PEDIDO DE REDUÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS – INCABÍVEL – VALOR RAZOÁVEL – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ ARGUÍDA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES – AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO. [...] Não havendo prova nos autos acerca dos ganhos mensais auferidos pela vítima, deve a pensão vitalícia ser calculada com base em um salário-mínimo. (AC n. 2011.002513-0, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, julgado em 16.8.2011).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – REJEITADA – MÉRITO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – MORTE DO COMPANHEIRO DA AUTORA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS RENDIMENTOS DO FALECIDO – DANO MATERIAL PRESUMIDO – FIXAÇÃO EM SALÁRIOS-MÍNIMOS – 13º SALÁRIO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DANO MORAL REDUZIDO – AGRAVO RETIDO ANALISADO COM O MÉRITO – RECURSO DE APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO IMPROVIDOS. [...] Segundo a jurisprudência, a pensão deverá ser fixada em um salário-mínimo, quando ausentes as provas acerca dos rendimentos mensais auferidos pela vítima do acidente. (AC n. 2010.035770-4, Campo Grande, Terceira Turma, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 11.1.2011).

Quanto ao perigo de dano inverso, ponderados os interesses das partes, econômico do recorrido e alimentar da agravante, prevalece este último, sobretudo considerando a irrisória quantia fixada perante o grande porte da empresa agravante. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RURAL DE NATUREZA ALIMENTAR E POR IDADE – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – VEROSSIMILHANÇA – DANO IRREPARÁVEL – 1. A sentença de procedência da pretensão da parte autora, faz por tornar patente a verossimilhança do direito reclamado. O *periculum in mora* se depreende da idade avançada da autora, assim como pelo caráter alimentar do benefício. 2. Presentes a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, é de manter-se a antecipação dos efeitos da tutela. 3. **O benefício alimentar, na proteção da subsistência e da vida, deve prevalecer sobre a genérica alegação de dano ao erário público mesmo ante eventual risco de irreversibilidade – ainda maior ao particular, que precisa da verba para sua sobrevivência.** (TRF Quarta Região, Ag n. 2005.04.01.017111.1/PR, Sexta Turma, Rel. Des. Luís Alberto Azevedo Aurvalle, DJU de 27.7.2005, p. 784) (destaquei).

[...] A antecipação da tutela contra a Fazenda Pública é perfeitamente admissível, mormente quando se trata de verba de pequena monta e de natureza alimentar, desde que comprovados seus requisitos, quais sejam, a verossimilhança da alegação (responsabilidade objetiva do Estado) e o fundado receio de dano irreparável, uma vez que o agravante ficou incapacitado para o trabalho e necessita de tratamento médico constante, inclusive, com utilização de remédios e enfermagem, que não são cobertos por planos de saúde (necessidade do tratamento), **ressaltando-se que a irreversibilidade da medida não pode constituir óbice para o deferimento da tutela, especialmente, no caso em epígrafe, em que é nítida a disparidade socioeconômico-jurídica entre as partes e a verba pleiteada é de natureza alimentar, visando à tutela do direito à vida.** (Ag n. 2003.007336-1, Segunda Turma Cível, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 24.8.2004) (destaquei).

Feitas tais considerações, conclui-se que o valor da pensão a ser paga aos autores é o de 2/3 do salário mínimo vigente à época do sinistro.

Das despesas com funeral

No tocante ao pedido de indenização pelo funeral da vítima, bem como a compra de jazigo, este improcede, tendo em vista que inexiste nos autos, comprovantes de tais despesas.

Da lide secundária – chamamento ao processo

Com relação à Companhia de Seguros Aliança do Brasil, chamada ao processo, tem-se que efetivamente integrou a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário (nos termos da decisão de f. 232-4), devendo ser condenada solidariamente com a ré. Conforme lição de Athos Gusmão Carneiro em sua clássica obra Intervenção de Terceiros:

> Dois os pressupostos para o exercício de chamamento ao processo: em primeiro lugar, a relação de direito 'material' deve pôr o chamado também como devedor (em caráter principal ou em caráter subsidiário) ao mesmo credor; em segundo lugar, é necessário que, em face da relação de direito 'material' deduzida em juízo, o pagamento da dívida pelo 'chamante' dê direito de reembolso, total ou parcialmente, contra o chamado.

Ademais, de acordo com Humberto Theodoro Júnior[2], nos casos em que há contrato de seguro a amparar o direito reclamado, o correto é a utilização do chamamento ao processo, *verbis*:

> Com o advento do Código de 2002, a estrutura jurídica do seguro de responsabilidade civil sofreu profunda alteração: o seguro não mais garante apenas o reembolso da indenização custeada pelo segurado; garante o pagamento das perdas e danos, pela seguradora, diretamente ao terceiro prejudicado pelo sinistro (CC, art. 787). Assim, o segurado que for demandado em ação indenizatória deverá utilizar o chamamento ao processo (art. 77, III) para forçar a introdução da seguradora no processo, e não mais a denunciação da lide (art. 70). Não será um direito de regresso que se estará exercitando, mas o direito de exigir que a seguradora assuma o dever de realizar a indenização direta ao autor da ação indenizatória, pois, no atual regime securitário, o direito da vítima é exercitável tanto perante o causador do dano como em face de sua seguradora.

Nessa linha, prevê o artigo 101, inciso II do CDC, que:

> Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:
>
> I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;
>
> II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

Neste sentido alguns julgados:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. CHAMAMENTO AO PROCESSO. Tratando-se de ação em que se discute relação de

2 THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 134.

consumo, é autorizada a forma interventiva do chamamento ao processo. Exegese do art. 101, II, do CDC. Lição doutrinária. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS. PEDIDO CERTO E DETERMINADO. NECESSIDADE. ART. 286, CPC. PRETENSÃO REJEITADA. Hipótese em que o pedido de indenização pelos danos materiais até a época do ajuizamento da ação não cumpriu a norma do art. 286, do CPC, bem como não enquadra nas exceções do mesmo artigo. Rejeição do pedido. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (TJRS, Ag n. 70033238551, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 12.11.2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. POSSIBILIDADE DE CHAMAMENTO AO PROCESSO EM CASO DE SEGURO (ART. 101, II, CDC). PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. (TJRS, Ag n. 70029959491, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Léo Romi Pilau Júnior, julgado em 22.7.2009)

Precedentes do STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE COLETIVO. SEGURO. CHAMAMENTO AO PROCESSO. PROCESSO SUMÁRIO.

- Consoante já decidiu a Eg. Quarta Turma, é possível o chamamento ao processo da seguradora da ré (art. 101, II, do CDC), empresa de transporte coletivo, na ação de responsabilidade promovida pelo passageiro, vítima de acidente de trânsito causado pelo motorista do coletivo, não se aplicando ao caso a vedação do art. 280, I, do CPC. (REsp n. 178.839-RJ e n. 214.216-RJ).

- Achando-se a causa, porém, em fase avançada (realização de perícia médico-legal), a anulação do feito, além de importar em sério tumulto processual, ainda acarretaria prejuízo ao consumidor, autor da ação.

- Hipótese em que, ademais, a ré não sofre a perda do seu direito de regresso contra a empresa seguradora.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 313.334/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 5.4.2001, DJ de 25.6.2001, p. 197)

Assim, deve a Companhia de Seguros Aliança do Brasil S/A, ser solidariamente condenada neste feito, nos termos do art. 77, III, do CPC, até os limites da apólice firmada.

DISPOSITIVO FINAL

Ante ao exposto, o voto é pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelos autores, para o fim de reformar a sentença de primeiro grau, tornando definitiva a tutela antecipada concedida e julgando procedente em parte o pedido formulado nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais que Juceli Bezerra Pereira Siqueira e outros, movem em face de Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A e Companhia de Seguros Aliança do Brasil S/A, condenando as rés, solidariamente, ao pagamento das seguintes verbas indenizatórias:

a) danos materiais, que serão efetuados em forma de pensionamento para a primeira requerente no importe equivalente a um terço, de dois terços de um salário mínimo vigente na época do infortúnio até a data em que a vítima viesse a completar 70 anos de idade, ou até a morte da primeira requerente se ocorrer antes desse prazo, tudo devidamente corrigido pelo IGPM e com juros de mora de 1% ao mês, conforme prescrevem o artigo 406 do Código de Processo Civil e o artigo 161, § 1° do Código Tributário Nacional, em ambos os casos a contar da morte da vítima.

b) danos materiais, que serão efetuadas em forma de pensionamento para o segundo e terceiros requerentes no importe de um terço, de dois terços de um salário mínimo vigente na época do infortúnio para cada, até a data em que completarem 25 anos de idade, tudo devidamente corrigido pelo IGPM e com juros de mora de 1% ao mês, conforme prescrevem o artigo 406 do Código de Processo Civil e o artigo 161, § 1° do Código Tributário Nacional, em ambos os casos a contar da morte da vítima.

c) ao pagamento de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), a título de indenização por dano moral, sendo R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada requerente, com juros moratórios de 1% ao mês, conforme prescrevem o artigo 406 do Código Civil e o artigo 161, § 1° do Código Tributário Nacional, desde o evento danoso e corrigido monetariamente pelo INPC, a contar do arbitramento, de acordo com as Súmulas n. 54 e n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente;

d) com espeque na Súmula n. 313 do Superior Tribunal de Justiça, a ENERSUL deverá constituir capital para garantir o pagamento da indenização e, além disso, deverá incluir os requerentes em sua folha de pagamento. (súmula n. 313 - Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.)

e) a condenação da requerida Companhia de Seguros Aliança do Brasil fica limitada ao que foi garantido pela apólice de seguros firmada com a ré.

Como os requerentes decaíram de parte mínima do pedido (despesas com funeral e jazigo), condeno os réus, solidariamente, ao pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios no montante de 15% (vinte porcento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil, haja vista o trabalho desempenhado pelo causídico, a complexidade da causa e a ocorrência de longos depoimentos testemunhais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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

Campo Grande, 13 de março de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.000719-7 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – CLIENTE QUE É ABORDADO POR SEGURANÇA POR SUSPEITA INFUNDADA DE FURTO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – APLICABILIDADE DO ARTIGO 6º, INCISO VIII, DO CDC – DANO MORAL – *IN RE IPSA* – PRELIMINAR DE AGRAVO RETIDO – CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

Antes de depor, a testemunha será qualificada, isto é, declarará o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo. Nessa fase, é lícito à parte contrária contraditar a testemunha por meio de arguição de incapacidade, impedimento ou suspeição, de acordo com o art. 405 do CPC.

Age com manifesto abuso o segurança de supermercado que aborda cliente, por suspeitar que ele teria furtado algum produto, sem se ater a discrição, causando tumulto e constrangimento vexatório ao consumidor acusado indevidamente. Sua conduta viola a dignidade, a intimidade, e a liberdade de locomoção do ser humano, causando o abalo moral passível de ser indenizado.

O dano moral não precisa ser comprovado em si mesmo. O que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa.*

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2012.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Tubaldino Dronov da Silva**,** inconformado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível desta Capital, nos autos da Ação de Reparação de Danos morais, ajuizada contra Eldorado S/A Comércio, Indústria e Importação**,** interpõe o presente recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença (f. 131-4).

Nos termos da inicial, o recorrente pleiteia indenização por dano moral que teria sofrido por conta dos atos perpetrados pelo apelado.

O apelante alega que outubro de 2004, juntamente com sua esposa e irmão, foram até a lanchonete do apelado e compraram diversos produtos (lanche).

Contudo, na saída do supermercado, o recorrente foi abordado pelo segurança da recorrida, que teria acusado o recorrente de furto de bebidas no interior do estabelecimento, sendo que tudo teria sido realizado de forma vexatória na presença de "centenas de pessoas".

Alega ainda, que foi levado a força até a lanchonete do estabelecimento, e lá a operadora do caixa que o havia atendido, confirmou o pagamento dos produtos, mediante a exibição do cupom fiscal, que havia sido retido pela mesma.

A parte recorrida apresentou Contestação às f. 17-32, que fora impugnada pelo apelante (f. 40-5).

Durante a instrução foram ouvidas três testemunhas arrolados pelo apelante (f. 86 à 90) e duas pelo recorrido, que tiveram sua contradita rejeitadas pelo Juízo.

Na audiência, o autor interpôs agravo retido contra o indeferimento da contradita.

Prolatada a sentença (f. 131-4), o autor opôs Embargos de Declaração, que foram acolhidos, sem efeitos infringentes, para declarar a impossibilidade da incidência da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, pleiteado na Impugnação ofertada pelo autor.

Em suas razões recursais, o recorrente arguiu preliminar de Agravo retido – art. 523 do CPC, contra o indeferimento das contraditas das testemunhas Valdivino de Oliveira Silva e Ari da Silva Gonçalves, por entender serem estas suspeitas em razão de terem interesse na lide.

No mérito, o apelante almeja a reforma da sentença *a quo,* para o fim de condenar a apelada ao pagamento da indenização decorrente do dano moral causado ao apelante, bem como inverter os ônus sucubenciais e condenação de honorários advocatícios em favor do seu advogado.

Prequestionou o artigo 6°, inciso VIII, do CDC.

Devidamente intimado (f. 153), o recorrido não apresentou contrarrazões.

Em juízo de retratação, o Juízo *a quo* recebeu a apelação em ambos os efeitos (f. 152).

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposta por Tubaldino Dronov da Silva**,** com relação à sentença que julgou improcedente o pedido da Ação de Reparação de Danos Morais (feito de n. 001.04.075581-0, que tramitou na 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande - MS) movida contra Eldorado S/A Comércio, Indústria e Importação.

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço do apelo interposto pelo autor e passo à análise de seus fundamentos.

Do Agravo Retido

Preliminarmente examino o agravo retido interposto contra decisão proferida em audiência de instrução (f. 82-3).

A decisão recorrida consubstancia-se no indeferimento da contradita apresentada pelo autor, ora recorrente, em face das testemunhas Valdivino de Oliveira Silva e Ari da Silva Gonçalves.

O recorrente sustenta que essas testemunhas são suspeitas, nos termos do art. 405, parágrafo 3º, inciso IV do CPC, por entender que elas têm interesse na decisão da lide, porque Valdivino de Oliveira Silva é o segurança envolvido nos fatos narrados na inicial e a testemunha Ari da Silva Gonçalves é empregado da recorrida.

Por esses motivos, o apelante-agravante, pretende que tais depoimentos sejam recebidos sem compromisso, somente como informantes.

A legislação processual civil especifica três situações que ensejam a impugnação das testemunhas, quais sejam, incapacidade, impedimento ou suspeição (art. 414, § 1º, CPC).

Comentando o assunto, Humberto Theodoro Júnior ensina:

> Antes de depor, a testemunha será qualificada, isto é, declarará o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.
>
> Nessa fase, é lícito à parte contrária contraditar a testemunha por meio de argüição de incapacidade, impedimento ou suspeição, de acordo com o art. 405. (Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. I, p. 512).

In casu, tenho que o simples fato das testemunhas prestarem serviços para apelada não as tornam suspeitas para serem ouvidas compromissadas na forma da lei.

Contudo, no que tange a testemunha Valdivino de Oliveira, pelo fato de ser o segurança diretamente envolvido com os fatos narrados na exordial, tenho que seu depoimento deve ser recebido sem o compromisso legal, ou seja, seu depoimento às f. 91 deve ser recebido na qualidade de informante.

No que pertine à contradita ao depoimento prestado pela testemunha Ari da Silva Gonçalves, mantenho a decisão singular agravada.

Da aplicabilidade do CDC e a inversão do ônus da prova

No caso dos autos, é essencial, primeiramente, verificar a aplicabilidade do CDC ao litígio sob julgamento, sendo, assim, necessário um breve relato dos fatos que permeiam a demanda.

Com a petição inicial, verifica-se que o autor estava consumindo produtos da lanchonete da recorrida, conforme se verifica por meio do comprovante de pagamento de f. 13 e das provas testemunhais colhidas.

Portanto, não há dúvidas que os fatos são decorrentes da relação de consumo havida entre as partes.

Contudo, o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, VIII, do CDC, formulado pelo autor em sua Impugnação de f. 40-5, sob o seguinte fundamento:

> [...] A inversão do ônus da prova não é cabível no presente caso. Isso porque: A um, a inversão não foi requerida na petição inicial, não foi determinada na instrução e, de consequência, não se justificaria na sentença, sob pena de se violar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. É que a embargada seria surpreendida com súbita e imprevista mudança nas regras de julgamento, em momento posterior à produção de provas. A dois, não se admite a inversão do ônus da prova de fato negativo (a chamada prova diabólica ou draconiana, repudiada em nosso ordenamento jurídico).

> *In casu*, se fosse aplicada a inversão, a embargada seria obrigada a provar que não houve qualquer violação aos direitos do réu. A três, a inversão não é automática. Ela depende da configuração de requisitos (notadamente a hipossuficiência e/ou verossimilhança de alegações) que não se apresentaram na espécie. Com efeito, a disparidade econômica existente entre as partes não afeta sua habilidade em produzir provas dos fatos relevantes na presente demanda (bastaria a prova testemunhal, produzida). De outro lado, a versão dos fatos apresentada pelo autor não é verossímil, exatamente pelas contradições constatadas entre seu depoimento e a oitiva de suas testemunhas. Anote-se que as divergências entre o depoimento do autor e de suas testemunhas foram devidamente abordadas na sentença. À parte de outras considerações, desnecessárias à espécie, conclui-se que a inversão do ônus probatório não era cabível na sentença objurgada, razão pela qual se justifica o acolhimento destes embargos para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes. Mantida a sentença em seus exatos termos. [...] f. 131-4.

Ocorre que não há como ser mantida a referida decisão prolatada pelo Juízo de primeiro grau, porque vislumbro a plena aplicabilidade das normas dos CDC ao caso em questão, e, em especial, ao que se atine às regras de inversão do ônus *probandi.*

O artigo 6º, VIII, do mencionado *Codex*, esculpiu como direito básico do consumidor, a sobredita inversão, ao prever:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Neste prisma, ante a verossimilhança da alegação do abuso perpetrado pelo preposto da apelada, corroborada com a hipossuficiência econômica e financeira da parte recorrente, tenho que o Juízo singular deveria ter invertido o ônus probatório, a fim de facilitar a defesa dos direitos da parte consumidora lesada, ainda que tal pedido tenha sido formulado em sua peça de Impugnação, afinal, os precedentes jurisprudenciais da Cortes Julgadores têm por preferencia o momento do saneamento do processo para o deferimento de tal pedido, o que não foi feito pelo Juízo saneador.

Aliás, oportuno ao caso o julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, *in verbis:*

> RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO *OPE JUDICIS* (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO**.** A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (*ope legis*), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (artigos 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (*ope judicis*), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos artigos 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão *ope judicis* ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão *ope judicis* do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira

> e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp n. 802832/MG-2005/0203865-3, Segunda Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 13.4.2011, DJ de 21.9.2011).

No mesmo norte é o entedimento desta Corte Julgadora, senão vejamos:

> EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAS E MORAIS – PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – INDEFERIMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – VULNERABILIDADE – PRODUTOR RURAL –FUNGICIDA – DEPENDÊNCIA E NECESSIDADE DO PRODUTO – APLICABILIDADE DO CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Se o destinatário da prova é o juiz e este considerou que as provas constantes no caderno processual eram suficientes para o regular julgamento da lide, não há falar em cerceamento do direito de defesa, pelo indeferimento do pedido de realização de nova perícia, sobretudo quando a parte pretenda submeter a perícia produto do qual não se tem notícia de sua existência. Na esteira dos precedentes do STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor quando houver a presença de uma parte vulnerável de um lado e, de um fornecedor, de outro. Por sua vez, a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores. (STJ, REsp n. 476428/SC, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 19.4.2005). Sendo reconhecida a existência de uma relação de consumo entre as partes, devem ser aplicadas as regras consumeristas, inclusive com relação à inversão do ônus probatório, desde que constatada a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência da parte autora. (TJMS, Ag n. 2009.027487-7, Maracaju, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado e, 23.11.2009).

E no mesmo sentido, colacionamos o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vejamos:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CADASTRAMENTO INDEVIDO EM BANCO DE INADIMPLENTES. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO BANCO. DANOS MORAIS. DANO *IN RE IPSA*. A despeito da aplicação do CDC, a inversão do ônus probatório não se opera automaticamente, dependendo da análise do Juiz, acerca da verossimilhança nas alegações ou hipossuficiência do consumidor. No caso, consoante dispõe o art. 333 do CPC, demonstrou o autor os fatos constitutivos do seu direito, sem que o réu tenha se desincumbido do encargo de demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. O agir ilícito da ré, consubstanciado no injusto e negligente cadastramento dos nomes da autora nos cadastros restritivos de crédito; o dano moral dele advindo e o nexo da causalidade entre o ato e o prejuízo ao patrimônio moral dos demandantes ensejam o pagamento de indenização. A indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO RÉU, E DERAM PROVIMENTO AO DA AUTORA. UNÂNIME. (TJRS, AC n. 70041757899, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, julgado em 15.12.2011).

Portanto, diante dos fundamentos supramencionados, pertinente a inversão do ônus probatório pleiteada pelo apelante.

Contudo, como se será demonstrado na análise do mérito recursal, a decisão embargada não causou nenhum prejuízo ao autor, uma vez que por meio das provas que este conseguiu produzir, durante a instrução, tornou-se possível elucidar qualquer dúvida acerca da sua pretensão.

Do Mérito

Consta-se que o Juízo recorrido julgou improcedente o pedido incial sob o seguinte fundamento:

> [...] O pedido inicial deve ser julgado improcedente, como se passa a demonstrar. *Ab initio*, registre-se que, ao contrário do que afirma o autor, a petição e documentos de f. 116-24 foram apresentados em virtude de fato novo ocorrido durante a audiência de instrução do feito – qual seja, a alegada falsidade dos depoimentos prestados pelas testemunhas do autor. Desta forma, não há se falar em impossibilidade de juntada posterior da fita VHS – que sequer ocorreu, diga-se – uma vez que ela viria a se contrapor às provas supostamente falsas produzidas em audiência. Ainda se assim não fosse, à parte de qualquer discussão acerca da possibilidade ou não de apresentação das fitas de circuito interno do estabelecimento do réu, tem-se que o autor foi incapaz de comprovar, acima de dúvidas, a presença dos elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil do réu. Isso porque - além de contrapostos pelas testemunhas do réu, que apresentam versão diversa dos fatos - os depoimentos prestados por suas testemunhas esbarram em diversas inconsistências, que limitam a credibilidade que a eles se pode oferecer. Neste sentido, por exemplo, há divergências quanto ao teor da abordagem e acusações sofridas – o autor sustenta que o segurança lhe disse: "você não pagou o suco" (f. 84); a testemunha Juliane afirmou que "ouviu claramente o segurança falar 'você roubou" (f. 86); a testemunha Rogério disse ter ouvido o termo "furtado" (f. 88) e a testemunha Wellington afirma que o autor foi apenas questionado quanto a realização do pagamento, sem qualquer acusação (f. 89). Na mesma linha, existem disparidades, também, quanto à sequência dos fatos, como a localização do *ticket* de pagamento, alguns afirmando que o próprio autor precisou procurá-lo no lixo (f. 84), outros dizendo que a atendente da lanchonete o entregou quando solicitado (f. 88-9). Note-se que estas disparidades – embora aparentemente pequenas e até irrelevantes ao olhar destreinado – mitigam a credibilidade das testemunhas e não permitem uma aferição conclusiva se houve, de um lado, uma acusação caluniosa contra o autor ou, de outro, uma reação exacerbada e indevida a um procedimento de rotina. Ressalte-se que o ônus probatório, no caso, competia ao autor, por se tratar de fato constitutivo de sua pretensão (art. 333, I), devendo sobre ele pesar as consequências da ausência de prova firme de suas alegações. Neste contexto, ausente prova suficiente de que o autor tenha sido submetido a um constrangimento que ultrapasse a esfera do simples aborrecimento, a improcedência do pedido autoral é medida que se impõe. Ante o exposto, consideradas as particularidades do caso, hei por bem declarar a improcedência do pedido autoral, resolvendo o mérito deste processo com fulcro no art. 269, I do CPC. Condeno o autor, outrossim, ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º do CPC, verbas estas cuja cobrança fica condicionada à hipótese do art. 12 da Lei n. 1.060/50. Deixo de condenar qualquer das partes nas penas da litigância de má-fé (pedidos de f. 31 e 45) por não identificar provas de conduta desleal no feito.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o *decisum* supramencionado necessita de reforma. Explica-se:

Para a configuração do dever de reparar é imprescindível verificar-se a existência dos pressupostos da obrigação de indenizar previstos nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, ou seja, a existência de conduta ilícita, do dano causado e do nexo de causalidade.

Veja-se, por oportuno, o inteiro teor dos dispositivos em epígrafe:

> 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 (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Durante a instrução restou provado os elementos de convicção que efetivamente delineiam a presença de conduta abusiva e ilícita perpetrada pelo recorrido.

Afere-se dos depoimentos prestados pelas testemunhas Juliane dos Santos Fernandes (f. 86-7), Rogério Gonçalves de Souza (f. 88) e Wellington Gonçalves de França (f. 89-90), que o apelante foi submetido a constrangimento por ter sido acusado indevidamente de furto pelo segurança do supermercado recorrido, na presença de várias pessoas.

Nesse sentido, respectivamente, veja-se excertos dos depoimentos:

> Que recorda-se dos fatos narrados nos autos porque os presenciou. Estava com outras pessoas, tomando lanche no Carrefour e ao dali sair percebeu que o requerente foi abordado por um segurança. **O segurança disse ao requerente que ele não havia pago o suco, e até pegou garrafa. E isto causou um tumulto e houve uma discussão entre o segurança e o requerente, [...] Várias pessoas presenciaram o fato porque era dia de domingo e a lanchonete estava cheia. Que ouviu claramente o segurança falar você roubou para o requerente.** [...] – f. 86 - grifo nosso.
>
> [...] viu quando o requerente, que seguia a sua frente foi abordado pelo segurança do requerido. **O segurança estava com a garrafa de suco na mão que apontava para o requerente dizendo que ele havia furtado e não tinha pago o suco o fato gerou tumulto. [...] Muitas pessoas presenciaram o fato. [...] –** f. 88 – grifo nosso.
>
> [...] viu que a sua frente um segurança abordou o requerente, e com algo nas mãos, disse para o requerente **isto aqui você tem que pagar porque não pagou. Tinha muita gente no local e formou-se um tumulto [...]** – f. 89 – grifo nosso.

Ademais, o próprio segurança da apelada, em seu depoimento, confessou que recebeu ordens para abordar o recorrente, vejamos parte do seu depoimento:

> Que estava atuando como segurança no Carrefour quando foi informado pelo rádio comunicador que era para abordar o requerente, que estava num grupo de pessoas, porque uma coca-cola consumida não havia sido paga. Abordou o requerente e perguntou da nota da coca-cola. [...] - f. 91.

Ora, é evidente que o recorrente foi indevidamente acusado de não ter pago um produto vendido pela recorrida.

Mas o que causa indignação e espanto foi a abusividade na conduta perpetrada a mando da apelada, porque ao abordar o consumidor, o segurança da apelada constrangeu o autor perante inúmeras pessoas que também se encontravam no local.

Por isso, o preposto da recorrida expôs o apelante indevidamente à situação vexatória, ficando, portanto, comprovada a abusividade e a ilicitude da sua conduta, bem como o nexo de causalidade, pois o prejuízo sofrido pelo recorrente decorreu da conduta abusiva e ilícita do preposto do apelante, havendo, assim, relação de causa e efeito entre o ato praticado e o dano causado.

Quanto à prova dos danos morais, trata-se de dano imaterial que não podendo ser feita nem exigida a partir dos meios tradicionais, pois impor tal diligência seria tarefa impossível.

Além disso, a doutrina especializada e a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo que o dano moral encontra-se ínsito na própria ofensa, porquanto deflui da ordem natural das coisas, tomando-se como parâmetro a vida comum das pessoas.

Destarte, para a demonstração do dano moral basta a realização da prova do nexo causal entre a conduta, o resultado danoso e o fato, porquanto se trata de hipótese de dano moral *in re ipsa,* que dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato, o que ocorreu no caso vertente.

Dessa forma, demonstrado os pressupostos da obrigação de indenizar, estreme de dúvida que a sentença de origem necessita de reparos.

Aliás, a jurisprudência desse Tribunal é nesse sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – ABORDAGEM POR SEGURANÇA A CONSUMIDOR DENTRO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – FALTA DE CAUTELA DO FUNCIONÁRIO SEGUIDA DE TOM AMEAÇADOR – OFENSA À HONRA DO CONSUMIDOR – DEVER DE INDENIZAR POR RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADO – ART. 333, I, DO CPC – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – PECULIARIDADES DA CAUSA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Embora seja legítimo o exercício do direito de vigilância e segurança de estabelecimentos comerciais, certo é que tal direito não pode ser exercitado em desrespeito aos direitos individuais de seus clientes. Assim, ao proceder à abordagem de consumidores, devem os prepostos dos estabelecimentos comerciais agir com cautela, de forma a não serem grosseiros ou exporem os clientes a ridículo em frente a outras pessoas, tampouco exigirem em tom ameaçador qualquer comportamento de seus clientes. Para a caracterização do dever de indenizar por dos danos morais, exige-se a presença de três requisitos, quais sejam, conduta culposa ou dolosa do agente, nexo causal e dano. Deve o julgador, ao arbitrar o dano moral, encontrar um meio termo para a sua determinação, vale dizer, estipular um valor que seja capaz de amparar e diminuir a dor sofrida pela vítima, porém, sem que lhe sirva de fonte de enriquecimento sem causa, levando-se em conta também as peculiaridades da causa, tais como repercussão e extensão do dano e o comportamento da vítima no desenrolar dos fatos. Recurso parcialmente provido. (AC n. 2008.032301-2, São Gabriel do Oeste, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, DJ n. 1.996 de 2.7.2009).

E ainda:

> EMENTA – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – CLIENTE QUE APÓS DEIXAR SUPERMERCADO É ABORDADA POR SEGURANÇA E REVISTADA POR SUSPEITA INFUNDADA DE FURTO – ALEGAÇÕES DA AUTORA PROVADAS – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 333, II, CPC – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO DA PROVA – DANO MORAL – *IN RE IPSA* – VALOR FIXADO RAZOÁVEL, ARBITRADO DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS. Cabe ao requerido desconstituir

> os fatos alegados e provados pelo autor, conforme o artigo 333, II, do CPC. Não os desconstituindo, o pedido inicial deve ser julgado procedente. O juiz tem liberdade para apreciar a prova, desde que justifique seu convencimento, conforme o princípio do livre convencimento motivado. Ademais, é irrelevante quem tenha sido aquele que produziu a prova em juízo, pois ela passa a pertencer ao próprio processo, longe da disponibilidade ou dos interesses das partes ou de eventuais terceiros, consoante o princípio da aquisição da prova. Age com manifesto abuso o funcionário de supermercado que aborda cliente por suspeitar que ela teria furtado um item da loja, obrigando-o a retornar ao estabelecimento e revistar seus pertences. Sua conduta viola a dignidade, a intimidade, e a liberdade de locomoção do ser humano, causando o abalo moral passível de ser indenizado. O dano moral não precisa ser comprovado em si mesmo. O que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa*. Se para fixar o valor dos danos morais, o magistrado leva em consideração a situação econômica das partes, o grau de culpa do causador do dano, e a relevância do dano causado, fazendo-o em quantia razoável, não há motivo para majorá-lo, nem reduzi-lo. Sentença mantida integralmente, recurso de ambas as partes improvidos. (AC n. 2005.014753-0, Campo Grande, Quinta Turma Cível. Rel. Des. Dorival Renato Pavan, DJ n. 2 de 26.11.2008).

Assim, vislumbro a presença dos elementos formadores da obrigação do supermercado recorrido indenizar o apelante pelos danos morais que ele sofreu.

Esclareço que nesse caso o dano moral decorre do próprio ato lesivo de abordar a pessoa e conduzi-la a um recinto, perante terceiros, sem o menor cuidado com a discrição que o dever de cautela exigia, sob a suspeita infundada de furto, pelo que não há necessidade de sua comprovação do abalo psíquico.

Nesse passo, em relação ao valor da indenização por danos morais, entendo que ele deve ser fixado com ponderação, levando-se em conta o dano experimentado, a conduta causadora do dano, e a situação econômica das partes.

Não deve ser excessivo, para evitar enriquecimento sem causa de quem o recebe, nem deve ser inexpressivo, estimulando a reincidência da parte condenada.

Desse modo, considerando os parâmetros acima delineados para a aferição do *quantum* indenizatório, entendo que a importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, mostra-se suficiente, sem que se caracterize ínfimo ou excessivo, sendo capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o recorrido torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem causar enriquecimento excessivo ao apelado.

Honorários advocatícios

O Recorrente pede a condenação do apelado no pagamento integral dos ônus sucumbenciais, com arbitramento dos honorários advocatícios conforme art. 20, § 3º, do CPC.

É cediço que a determinação dos honorários advocatícios deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional liberal, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 3º, a, b e c, do Código de Processo Civil).

Dentro deste panorama, conforme redação do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, cabe ao Julgador fixar, de forma discricionária, a verba honorária, desde que respeitando o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação.

No caso vertente, levando-se em conta o lugar da prestação do serviço (processo corre na mesma cidade de residência dos procuradores e outorgantes), a natureza e a importância da causa (demanda de baixa complexidade), bem como o trabalho e o tempo exigidos (oito anos), além do valor da causa, tenho que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 15% sobre o montante da condenação.

Portanto, mostra-se imperioso fixar os honorários advocatícios em 15% (quinze) por cento sobre o valor da condenação, cuja quantia, juntamente com as demais despesas processuais, deverão ser arcados integralmente pelo recorrido.

Do prequestionamento

Por derradeiro, no tocante ao prequestionamento, a questão já foi suficientemente debatida, sendo desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa:

> [...] O colegiado não está obrigado a mencionar, em julgamento de apelação, dispositivos da Constituição Federal, de Lei ou de norma infralegal, para fins de prequestionamento, bastando declinar as razões pelas quais chegou à conclusão exposta no acórdão. (ED em AC n. 004385-7/0001-00, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 16.6.2007).

Neste sentido, confira o seguinte julgado:

> Quando o Superior Tribunal de Justiça exige como condição de admissibilidade do recurso o prequestionamento, o faz para evitar que seja ferida a garantia do duplo grau de jurisdição. Assim, a matéria deduzida em recurso especial já deve ter passado pelo crivo do tribunal inferior. Porém, tal não impõe que os julgadores tenham que fazer expressa referência aos artigos que são do interesse das partes em questionar, o que seria mais um entrave para a prestação jurisdicional que já não atende aos justos reclamos sociais de celeridade. (TJRS, ED n. 70000772947, Relª. Desª. Genaceia Silva Alberton, julgado em 22.3.2000).

Sendo esse entendimento corroborado por esta 3ª Câmara Cível:

> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO, POR SER MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR – NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO DEVEDOR – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ARTIGO 5º, INCISO LV DA CF) – DIREITO DE PROPRIEDADE (ARTIGO 5º, LIV DA CF) – PURGAÇÃO DA MORA – DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ACRESCIDAS DOS ENCARGOS DECORRENTES DA MORA – PROTEÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> [...] Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos. (TJMS, AgReg em Ag n. 2009.034420-8/0001-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 8.2.2010).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISSQN – PRESCRIÇÃO NÃO OCORRENTE – AÇÃO AJUIZADA NO PRAZO LEGAL – DEMORA NA CITAÇÃO ATRIBUÍDA AO MECANISMO DA JUSTIÇA – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – DESNECESSIDADE – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Não se pode imputar à Fazenda Pública a responsabilidade pela demora na citação do executado em virtude de motivos essenciais ao funcionamento da Justiça, a teor do que prescreve o enunciado da Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça, do que decorre a rejeição da alegada prescrição. 2. Se foram as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas, desnecessária se torna a manifestação expressa de dispositivos legais, a título de prequestionamento. (TJMS, AC n. 2008.028268-2, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 1.2.2010).

Dessa forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pelo recorrente.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do agravo retido**,** aviado preliminarmente no apelo, para dar-lhe parcial provimento para o fim de deferir, em parte, a contradita suscitada em audiência, e, com isso, acolher o depoimento prestado por Valdivino de Oliveira na qualidade de informante, mantendo-se o indeferimento da contradita suscitada contra a testemunha Ari da Silva Gonçalves.

Outrossim, conheço do apelo interposto por Tubaldino Dronov da Silva e dou-lhe provimento para julgar parcialmente procedente o pedido inicial, para o fim de reformar a sentença hostilizada, condenando o recorrido Eldorado S/A Comércio, Indústria e Importação no pagamento de indenização no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de dano moral, ao apelante, atualizados pelo IGPM da data da publicação deste acórdão e acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) a contar do evento danoso, ou seja, a contar do dia 23 de setembro de 2004.

Por consequência, inverto o ônus sucumbênciais fixados na sentença singular, devendo ser custeado integralmente pelo apelado, e, com fundamento no art. 20, § 3º, do CPC, arbitro os honorários advocatícios em 15% (quinze) por cento sobre o montante da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.001917-8 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO VOLUNTÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA – REDUÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO – SERVIDORA PÚBLICA QUE POSSUI FILHO COM NECESSIDADES ESPECIAIS – PARALISIA CEREBRAL E OUTRAS PATOLOGIAS INCURÁVEIS – DOIS VÍNCULOS DE TRABALHO – UM PERANTE O ESTADO E OUTRO PERANTE O MUNICÍPIO – LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – INTERPRETAÇÃO – FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DE JORNADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DO MUNICÍPIO E RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

A regra prevista na legislação estadual e municipal deve ser interpretada sistematicamente, levando em consideração, especialmente, os princípios da CF/88, da Lei n. 8.069/90 (ECA) e das convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana, proclamada na Constituição Federal, é uma declaração, e não uma criação constitucional, pois preexiste à proclamação constitucional e tem o sentido de instituí-la como centro do Estado, para o qual deve convergir toda a atividade estatal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 13 de março de 2012.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

O Município de Campo Grande inconformado com a sentença proferida pelo juiz da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que, nos autos da ação declaratória c/c constitutiva proposta por Anna Paula Varani Garcia e Souza, julgou procedente o pedido contido na inicial, reconhecendo a ilegalidade do ato administrativo e o direito da autora à jornada especial de 10 horas, em cada vínculo de trabalho, interpõe a presente apelação cível.

Em suas razões recursais, alegou em síntese que a decisão *a quo* deve ser reformada tendo em vista que houve interpretação equivocada do art. 59 do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, pois as cargas horárias de cada uma das pessoas jurídicas distintas foram somadas, e sobre o montante – 8 horas diárias – pretendeu-se a redução para 4 horas diárias.

Afirmou que a autora possui apenas um vínculo de professor com 20 horas semanais com o Município, e assim, já cumpre a jornada mínima admitida, atendendo aos ditames de legislação que rege a sua relação de emprego.

Sustentou que não há como fazer a interpretação integrando a sua relação de emprego com a de outra personalidade jurídica distinta e regramento também próprio, aplicando a legislação pertinente a cada pessoa jurídica.

Argumentou que não se pode pretender que o exercício desenvolvido em um emprego em outra pessoa jurídica seja adicionado à sua jornada municipal e implique em uma carga horária de oito horas diárias, para que sua situação se amolde aos ditames da regra que estipula o benefício. Asseverou que as relações de empregos são independentes e possuem regras admitidas pela Constituição Federal no que tange à competência adstrita à repartição dos Poderes. Afirmou que não existe nenhuma norma que embase a pretensão da requerente e que a manutenção da sentença de primeiro grau fere os princípios da moralidade, legalidade e proporcionalidade. Aduziu que existem outros instrumentos administrativos que permitem que a funcionária pública cuide de seu filho, portador de necessidades especiais, tais como aqueles previstos nos artigos 131 e 142 do Estatuto do Servidor Público (licença para tratar de assuntos de interesse particular e licença por motivo de doença em pessoa da família).

Aduziu que a lei não prevê exceções e, portanto, não cabe ao Poder Judiciário fazê-lo sob pena de causar insegurança jurídica e instabilidade administrativa nas atribuições inerentes ao Poder Público, transgredindo os princípios da autonomia municipal e do interesse público.

Prequestionou os artigos: 206, V e 214 da CF; 24 da Lei Federal de Diretrizes e Bases da Educação; 22 e 45 do Plano de Carreira do Magistério Municipal; 59 e 67 do Estatuto do Servidor Público Municipal; Violação aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, proporcionalidade, independência dos poderes e do interesse público.

O juízo de primeiro grau submeteu a sentença ao reexame necessário, nos termos do art. 475, I, do CPC.

Pugnou, ao final, o provimento do recurso para reformar a decisão de primeira instância.

A apelada apresentou contrarrazões ao recurso de apelo (f. 338-43).

VOTO

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

O Município de Campo Grande inconformado com a sentença proferida pelo juiz da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que, nos autos da ação declaratória c/c constitutiva proposta por Anna Paula Varani Garcia e Souza, julgou procedente o pedido contido na inicial, reconhecendo a ilegalidade do ato administrativo e o direito da autora à jornada especial de 10 horas, em cada vínculo de trabalho, interpõe a presente apelação cível.

Em suas razões recursais, alegou em síntese que a decisão *a quo* deve ser reformada tendo em vista que houve interpretação equivocada do art. 59 do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, pois as cargas horárias de cada uma das pessoas jurídicas distintas foram somadas, e sobre o montante – 8 horas diárias – pretendeu-se a redução para 4 horas diárias.

Afirmou que a autora possui apenas um vínculo de professor com 20 horas semanais com o Município, e assim, já cumpre a jornada mínima admitida, atendendo aos ditames de legislação que rege a sua relação de emprego. Sustentou que não há como fazer a interpretação integrando a sua relação de emprego com a de outra personalidade jurídica distinta e regramento também próprio, aplicando a legislação pertinente a cada pessoa jurídica.

Argumentou que não se pode pretender que o exercício desenvolvido em um emprego em outra pessoa jurídica seja adicionado à sua jornada municipal e implique em uma carga horária de oito horas diárias, para que sua situação se amolde aos ditames da regra que estipula o benefício. Asseverou que as relações de empregos são independentes e possuem regras admitidas pela Constituição Federal no que tange à competência adstrita á repartição dos Poderes. Afirmou que não existe nenhuma norma que embase a pretensão da requerente e que a manutenção da sentença de primeiro grau fere os princípios da moralidade, legalidade e proporcionalidade. Aduziu que existem outros instrumentos administrativos que permitem que a funcionária pública cuide de seu filho, portador de necessidades especiais, tais como aqueles previstos nos artigos 131 e 142 do Estatuto do Servidor Público (licença para tratar de assuntos de interesse particular e licença por motivo de doença em pessoa da família).

Aduziu que a lei não prevê exceções e, portanto, não cabe ao Poder Judiciário fazê-lo sob pena de causar insegurança jurídica e instabilidade administrativa nas atribuições inerentes ao Poder Público, transgredindo os princípios da autonomia municipal e do interesse público.

Prequestionou os artigos: 206, V e 214 da CF; 24 da Lei Federal de Diretrizes e Bases da Educação; 22 e 45 do Plano de Carreira do Magistério Municipal; 59 e 67 do Estatuto do Servidor Público Municipal; Violação aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, proporcionalidade, independência dos poderes e do interesse público.

O Juízo de primeiro grau concedeu a tutela antecipada pleiteada na inicial para o fim de determinar que os requeridos viabilizem à autora o cumprimento de uma jornada diária de duas horas, a totalizar dez horas semanais em cada um dos vínculos funcionais (Estado e Município) e julgou procedente o pedido tornando definitiva a decisão concessiva da tutela antecipada, garantindo à autora o direito ao cumprimento da jornada de 10 horas semanais em cada um dos cargos públicos que exerce.

O Juízo recorrido submeteu a sentença ao reexame necessário, nos termos do art. 475, I, do CPC.

Uma vez preenchidos as condições e os pressupostos recursais, conheço do apelo e do presente reexame necessário e passo à análise do mérito do litígio sob julgamento.

In casu, afere-se que a autora exerce o cargo de servidora pública perante o Município de Campo Grande - MS e o Estado de Mato Grosso do Sul, na área do magistério, com carga horária de 20 horas semanais em cada um dos cargos, perfazendo, portanto, 40 (quarenta) horas semanais.

Ocorre que a recorrida é genitora de uma criança portadora das seguintes patologias: síndromes epiléticas especiais, paralisia cerebral não especificada, hemorragia intracraniana do feto e do recém-nascido, não especifica, comprometimento das funções corticais e do sistema motor decorrente de CID 10 P07.3 + P52.1 + P91.2. E tais moléstias o tornam totalmente incapaz para exercer quaisquer atos da vida cotidiana, conforme demonstram os documentos juntados com a inicial, necessitando fisioterapia motora, terapia ocupacional, terapia fonodiológica, equoterapia, acompanhamento psicológico, ortopédico e neurológico, conforme laudo médico acostado às f. 29.

Diante desse quadro, a recorrida, que desempenha sua função (magistério) junto ao Estado e ao Município, postulou a redução da sua jornada de trabalho para poder tratar e acompanhar o seu filho, que é portador de necessidades especiais.

De forma acertada, a pretensão da apelada foi deferida pelo Juízo de primeira instância. Explico.

A interpretação das normas jurídicas em geral deve observar não apenas os princípios basilares do direito, mas também os fundamentos em que se ampara a República Federativa do Brasil, dentre eles a dignidade da pessoa humana, como consta do art. 1º, inciso III, da Constituição da República, *verbis:*

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana;

Essa disposição normativa não é mera construção retórica. Deve ser entendida como um balizamento a toda atividade estatal, não apenas no desenvolvimento de políticas públicas que atentem para os fundamentos eleitos como basilares à organização do Estado brasileiro, mas também no exercício das funções legislativa e judiciária.

A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

Considera-se a dignidade da pessoa humana valor constitucional supremo, o próprio núcleo axiológico da Constituição, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais.

Em outras palavras, esse valor é revelado pela CF/88 por meio dos direitos fundamentais, aos quais confere caráter sistêmico e unitário.

É difícil imaginar que a lei, ou sua interpretação, possa descortinar situação de afronta inequívoca à dignidade da pessoa humana, sob pena de absoluto descompasso com o valor central que orienta a nossa Carta Republicana.

Deveras, a dignidade da pessoa humana atua como um postulado, auxiliando a interpretação e aplicação de outras normas.

Luís Roberto Barroso, professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, bem analisa a dignidade da pessoa humana como princípio:

> que [...] identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça. (**Interpretação e Aplicação da Constituição**, p. 381).

A dignidade da pessoa humana, proclamada na Constituição Federal, é uma declaração, e não uma criação constitucional, pois preexiste à proclamação constitucional e tem o sentido de instituí-la como centro do Estado, para o qual deve convergir toda a atividade estatal. Esse princípio tem destaque em todas as relações, públicas e privadas, e tornou-se o centro axiológico da concepção do Estado Democrático de Direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais.

Assim, tratando-se de postulado central do Estado Democrático de Direito, para o qual devem convergir os poderes estatais, as leis devem atentar para a dignidade da pessoa humana e os juízes dela não podem se apartar quando as interpretam no caso concreto.

O juiz tem uma função social importantíssima, que é a de pacificar os conflitos sociais intersubjetivos que lhe são apresentados, resultantes, quase sempre, da polissemia dos termos que compõem a norma jurídica, passível, portanto, de múltiplas interpretações.

Cabe ao juiz adotar a exegese da norma que melhor atente "aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", tal como previsto no art. 5º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil-LICC (DL n. 4.657/42).

A atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB (Lei n. 12.376/2010) veiculou disposição absolutamente idêntica, impondo a obrigação de o juiz aplicar o direito com olhos na função social da lei e no bem coletivo.

O caso em exame, que envolve indiretamente interesses de menor absolutamente incapaz, deve atentar também para o princípio da proteção integral da criança ou adolescente – que deriva do postulado da dignidade da pessoa humana –, a quem se assegura o exercício de todos os direitos fundamentais em condições de liberdade e dignidade.

É justamente o que preceituam os artigos 1º e 3º, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA), *verbis:*

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.
>
> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Já o art. 4º desse diploma legal veicula o princípio da proteção preferencial, em regime de absoluta prioridade, sobretudo na efetivação de direitos referentes à vida, à saúde, à educação e à dignidade, assim preconizando:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
>
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O art. 5º dispõe que "nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência ou discriminação [...], por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais".

É evidente que a norma dirige-se, também, ao aplicador do direito, que não pode, por meio de interpretação literal e, portanto, desfocada dos princípios que tutelam os interesses de menores, sobretudo incapazes, negligenciar seus direitos fundamentais.

Por fim, o art. 6º do ECA, endossando as imposições gerais constantes da LICC e da LINDB, determina que, "na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Portanto, a interpretação das normas que regem os servidores públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, não pode descuidar, nem um minuto sequer, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da sua finalidade social para o qual é dirigida, sobretudo porque quando há dispositivo possibilitando a redução de jornada para aquele servidor que tenha filho portador de necessidades especiais, tal norma visa, com certeza, proteger de forma integral e preferencial as crianças e adolescentes acometidos de incapacidade absoluta e permanente, como no caso.

Não é dado ao intérprete atribuir um conteúdo à norma jurídica que atente contra a dignidade da pessoa humana e, consequentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Firmada a premissa e fixado o critério interpretativo a ser utilizado no caso, passemos a examinar a legislação estatutária que rege o direito perseguido pela recorrida.

O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Mato Grosso do Sul (Lei Estadual n. 1.809/97) estabelece, em seu artigo 1º, que:

> Art. 1º - A servidora pública estadual sujeita ao regime de trabalho de dois turnos de no mínimo 36 horas semanais e que tenha filho portador de deficiência e/ou excepcional, fica autorizada a afastar-se do trabalho em um dos seus turnos. – f. 131.
>
> Por outro lado, a Lei Complementar Municipal n. 07/1996, Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, dispõe que:
>
> Art. 55 A jornada de trabalho do servidor público municipal é de 40 (quarenta) horas semanais, em turnos que perfaçam 8 (oito) horas diárias.
>
> § 1° A jornada de trabalho do membro do magistério será definida no Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração.
>
> [...]
>
> Art. 59 - Ao servidor público municipal que tenha filho portador de necessidades especiais, em tratamento junto à entidade pública ou particular, fica garantida jornada de trabalho especial, de duração **máxima** de 4 horas diárias. - f. 71-v.-72.

A Lei Complementar n. 19, de 15 de julho de 1998, que institui o Plano de Carreira e Remuneração do Magistério da Prefeitura Municipal de Campo Grande – MS, prevê o seguinte:

> Art. 22 – A jornada de trabalho do **professor** é de:
>
> I – 20 (vinte) horas semanais, sendo 4 (quatro) horas/atividade; – f. 106.

Conforme se afere dos dispositivos legais em comento, nenhum deles impõe ou discrimina que a servidora que pretende tal redução em sua jornada, deverá, necessariamente, laborar no mesmo ente público. Tanto a legislação estadual quanto a municipal apenas prevêem como condição que a servidora labore em dois turnos e tenha filho portador de necessidades especiais, o que é exatamente o caso da apelada.

Havendo regra a tutelar o direito perseguido em juízo, não deve o julgador adotar exegese restritiva da norma, de modo a amesquinhar o postulado da dignidade da pessoa humana e inibir a plena eficácia do princípio da proteção integral do menor portador de deficiência.

Além disso, não pode a parte recorrente alegar que somente terá direito à redução de jornada aquela servidora que tenha uma jornada de 40 (quarenta) horas semanais, quando na prática é cediço que só abre concurso para professor para jornada de 20 (vinte) horas semanais, nos termos do plano de carreira e remuneração instituído pela LC n. 10/98.

Ademais, é evidente que não haverá prejuízo para os entes Públicos em questão, pois ainda que a recorrida prestasse serviço em dois turnos para o mesmo ente, da mesma maneira, teria direito à redução pretendida.

Assim, não tendo a legislação estadual e municipal restringido o direito à redução de jornada àqueles servidores que estejam trabalhando, em dois turnos, para o mesmo ente público, tenho que a redução em espeque é totalmente legal e constitucional, até porque, não pode o intérprete restringir um direito fundamental ao criar critério restritivo a um direito assegurado na legislação.

Outro ponto que merece ser destacado, é que a legislação municipal versa tão somente sobre a duração máxima da jornada dessas mães, ao dispor que "art. 59 – [...] fica garantida jornada de trabalho especial, de duração **máxima** de 4 horas diárias."

Logo, também por esse ângulo, infere-se que o Juízo recorrido, ao reduzir a jornada da apelada para 2 (duas) horas diárias, a totalizar 10 (dez) horas, em cada um dos entes funcionais (Estado e Município), agiu dentro da legalidade prevista.

Consigna-se a necessidade de se interpretar a norma com foco na dignidade da pessoa humana e no princípio de proteção integral e preferencial do menor incapacitado.

Outrossim, tanto a norma estadual quanto a municipal, em momento algum, limita o instituto da redução da jornada aos servidores que laboram para o mesmo ente público. Por isso, é plenamente possível, e mesmo recomendável, em face dos princípios já declinados, interpretá-las de modo a abarcar, também, a servidora pública, que labore em 2 (dois) turnos em entes públicos distintos ou não, e que tenham filho portador de deficiência, para evitar que este fique desamparado materialmente ou emocionalmente, pois, conforme restou comprovado nos autos, essa criança depende exclusivamente do acompanhamento materno para sobreviver.

É importante salientar que esta Câmara, no julgamento da Apelação Cível n. 2011.016212-2, já se pronunciou favoravelmente à redução da jornada de trabalho de mãe de portador de necessidades especiais com dois vínculos de trabalho.

Aliás, como bem asseverou o Juízo *a quo,* é incontestável o fato de que a interpretação da lei estadual e municipal que regulam a redução da jornada de trabalho do servidor com filho portador de necessidades

especiais deve ser feita também com observância dos signos normativos contidos no *caput* e nos incisos II, III e IV do artigo 1º, no *caput* e nos incisos I e IV do artigo 3º, no artigo 6º, no artigo 226, *caput*, e no inciso II do artigo 227, todos da Constituição Federal, além dos dispositivos descritos neste voto.

Porquanto, o bem maior a ser tutelado no caso em questão não é simplesmente o direito à redução da jornada da servidora, mas, acima de tudo, o direito da criança, portadora de deficiência, a ter acesso a todas oportunidades e facilidade, a fim de permitir-lhe o desenvolvimento físico, mental, moral e social, com dignidade.

Assim, não há como prosperar a tese suscitada pelo Município apelante e, diante de todas as peculiaridades do caso em analisado, tenho que a sentença de primeiro grau deve permanecer incólume.

Por fim, quanto ao prequestionamento "*É necessário salientar que o magistrado, para corretamente motivar suas decisões, não precisa se manifestar exaustivamente sobre todos os pontos argüidos pelas partes, caso sejam irrelevantes à formação de sua convicção, na medida que incapazes de determinar o julgamento da causa em sentido diverso*" (Ministro Luis Felipe Salomão AgReg no Ag n. 1.203.778/RJ)".

Ex positis, conheço da apelação interposta pelo Município de Campo Grande - MS, bem como do recurso obrigatório, mas nego-lhes provimento para o fim de manter *in totum* a sentença recorrida.

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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

Campo Grande, 13 de março de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.029260-7 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVENTÁRIO – PRELIMINARES – AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA – ACOLHIDA – NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL – AFASTADA – MÉRITO – DEMONSTRAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 333, DO CPC – DESNECESSÁRIA A PROPOSITURA DE AÇÃO PRÓPRIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Se não houve a regularização da capacidade postulatória de uma das recorridas, não devem ser analisadas as argumentações por ela deduzidas nas contrarrazões.

Ainda que seja necessária a nomeação de curador especial em ação de inventário para a defesa dos interesses dos menores, é certo que sua inexistência não vicia o processo de nulidade se não houver a demonstração do efetivo prejuízo, notadamente em razão do princípio da instrumentalidade das formas e do *pas de nullité sans grief*.

No ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, incumbe à parte que alega a existência de determinado fato o ônus de prová-lo para que dele possa derivar algum direito.

A existência de 3 (três) filhos em comum bem como de documento religioso demonstrando a intenção de formar família mostram-se suficientes para a comprovação da relação de união estável, sendo desnecessária a propositura de ação própria.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença proferida nos autos da ação de inventário dos bens do espólio de Julinho Molina proposta por Regiane de Jesus Molina, Reginaldo de Jesus Molina e Felipe de Jesus Molina, representados por sua genitora, Sra. Mirian Batista de Jesus, interpõe recurso de apelação.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício (f. 63-7), o recorrente agitou a preliminar de nulidade do processo por ausência de nomeação de curador especial, já que existem interesses colidentes entre os filhos e a genitora que os representa.

No mérito, sustenta que a condição de meeira da inventariante Mirian Batista de Jesus não está suficientemente provada nos autos.

Argumenta que a existência de filhos em comum *"são indícios de convivência havida entre o de cujus e a inventariante, mas não são provas cabais de união estável, porque, nos dias atuais, é perfeitamente possível duas pessoas iniciarem uma convivência e separarem-se, terem filhos a cada dois anos, mas nunca terem convivido, ou simplesmente relacionarem-se sexualmente, de cujo relacionamento resultem filhos, mas não necessariamente manterem uma união estável com aquisição de bens por esforço comum"* (f. 63).

Assevera que a pretensão da inventariante em obter a meação dos bens deixados pelo *de cujus* deve ser deduzida em ação própria, assegurando o devido processo legal dos herdeiros-meeiros.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de tornar nulo o processo em razão da ausência de nomeação de curador especial aos herdeiros menores. No mérito, pede a reforma da sentença, excluindo a inventariante da meação da herança deixada pelo falecido.

Intimado, o espólio apresentou contrarrazões (f. 100-3) pedindo a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

Em parecer (f. 112-8), a PGJ opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso interposto por Ministério Público Estadual em face da sentença proferida na ação de inventário dos bens do espólio de Julinho Molina proposta por Regiane de Jesus Molina, Reginaldo de Jesus Molina e Felipe de Jesus Molina, representados por sua genitora, Sra. Mirian Batista de Jesus.

Em suas razões recursais, o apelante agitou a preliminar de nulidade do processo por ausência de nomeação de curador especial, já que existem interesses colidentes entre os filhos e a genitora que os representa.

No mérito, sustenta que a condição de meeira da inventariante Mirian Batista de Jesus não está suficientemente provada nos autos.

Argumenta que a existência de filhos em comum *"são indícios de convivência havida entre o de cujus e a inventariante, mas não são provas cabais de união estável, porque, nos dias atuais, é perfeitamente possível duas pessoas iniciarem uma convivência e separarem-se, terem filhos a cada dois anos, mas nunca terem convivido, ou simplesmente relacionarem-se sexualmente, de cujo relacionamento resultem filhos, mas não necessariamente manterem uma união estável com aquisição de bens por esforço comum"* (f. 63).

Assevera que a pretensão da inventariante em obter a meação dos bens deixados pelo *de cujus* deve ser deduzida em ação própria, assegurando o devido processo legal dos herdeiros-meeiros.

O espólio recorrido apresentou contrarrazões pedindo a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

Em parecer, a PGJ opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise da preliminar sustentada no recurso.

Das preliminares

Da representação processual

Inicialmente, destaco que após ter sido relatado (f. 120), o presente recurso de apelação foi encaminhado ao revisor, Ilustre Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho que determinou a conversão do julgamento em diligência para a regularização da representação processual da recorrida Regiane de Jesus Molina (f. 121). Após sua intimação (f. 122-5), a recorrida deixou de se manifestar (f. 126).

Desse modo, diante da ausência de regularização da capacidade postulatória da ora recorrida, acolho a prefacial e deixo de analisar as argumentações por ela deduzidas nas contrarrazões.

Da nulidade do processo por ausência de nomeação de curador especial

A primeira tese devolvida no recurso está relacionada à nulidade do processo, uma vez que não foi nomeado curador especial para a defesa dos interesses dos menores, o que seria indispensável em razão de haver conflito de interesses entre os menores e a genitora que os representa nos autos.

De fato, o Código de Processo Civil determina que, aberta a sucessão e constatada a existência de herdeiro incapaz, deve ser nomeado curador especial por haver concorrência dos seus interesses com os do representante legal, ou cônjuge supérstite-meeiro. Reza o diploma legal:

Art. 1.042. O juiz dará curador especial:

> I - ao ausente, se o não tiver;
>
> II - ao incapaz, se concorrer na partilha com o seu representante.

No entanto, ainda que seja necessária a nomeação do curador especial, não deve ser declarada a nulidade do processo em razão da aplicação máxima do princípio manifesto na expressão francesa *pás de nullité sans grief* segundo o qual não se declara a nulidade de um ato sem antes provar o dano.

Também o princípio da instrumentalidade das formas impõe que se evite formalismos exacerbados, determinando o aproveitamento de atos processuais ainda que praticados por forma diversa da instituída em lei. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, o princípio da instrumentalidade das formas é aquele *"segundo o qual, mesmo que a lei estabeleça determinada forma, sem a cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo alcançar ele a finalidade a que destinava"*[1].

No caso dos autos, verifica-se que os menores não sofreram prejuízos pela simples ausência de nomeação de curador especial, notadamente porque o membro do *parquet* atuou como *custos legis* em todas as fases do processo, defendendo os interesses dos menores inclusive com a interposição do presente apelo.

Ademais, o transcurso de cerca de 10 (dez) anos entre a data da partilha e o envio dos autos para esta Corte impõe a consolidação da situação indicada na sentença. É o que destacou o ilustre Procurador subscritor do parecer, *verbis* (f. 114-5):

> [...]
>
> Além da ausência de prejuízo aos menores, é *mister* levar em conta que os presentes autos ficaram indevidamente arquivados durante dez anos, ao invés de serem remetidos ao Tribunal de Justiça para apreciação e julgamento do recurso, transformando a partilha decidida na sentença em situação consolidada pelo transcurso do tempo.

1 Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento. 5. ed. Vol. 1. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001. p. 204.

> Destarte, considerando o decurso de tanto tempo, não se afigura razoável nem adequada a pretendida declaração de nulidade do processo, pois eventual decisão nesse sentido, anulando a partilha feita a época e determinando o recomeço do processo, certamente acarretaria maior prejuízo aos menores do que a mantença da situação já consolidada, pois estes teriam que aguardar novamente, por anos a fio, a solução do processo e de eventuais recursos.
>
> [...].
>
> Logo, afasto a preliminar.

Passo, então, à análise do mérito recursal.

Do mérito

No mérito, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se restou demonstrada a relação de união estável entre a Sra. Mirian Batista de Jesus, inventariante, e o falecido Sr. Julinho Molina.

Desde já, cumpre ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, incumbe à parte que alega a existência de determinado fato o ônus de provar a sua existência para que dele possa derivar a existência de algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes. Conforme leciona Leo Rosenberg:

> [...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória.[2]

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium* e *não secundum propiam suam conscientiam* - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).
>
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.[3]

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando um fato da vida, enquadra-se em sua incidência, estes fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o instrumento, o veículo para levar até o magistrado os fatos ocorridos no mundo

2 ***La carga de la prueba***. Buenos Aires: Ejea **Apud** Ovídio A. Batista da Silva. Curso de Processo Civil. 5. ed. v. I, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 345.

3 **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312.

fenomênico. Sem o conhecimento de tais fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica que a situação reclama, tendo, portanto, o ônus suma importância.

In casu, a inventariante, Sra. Mirian Batista de Jesus afirma ter vivido em regime de união estável com o falecido. Referida informação fica reforçada pelos 3 (três) filhos havidos entre o casal (f. 10-4).

Ademais, a certidão de matrimônio anexada às f. 9, emitida pela Paróquia Nossa Senhora Aparecida, Diocese de Dourados – MS, apesar de se tratar de documento que não possui efeitos civis, mostra-se suficiente para demonstrar a intenção do falecido em constituir uma família com a inventariante.

Portanto, ao contrário do afirmado no recurso de apelação, restou suficientemente demonstrada a união estável entre o *de cujus* e a Sra. Mirian.

Nem se diga que a pretensão em obter a meação dos bens deixados pelo *de cujus* deveria ser deduzida pela companheira em ação própria. Esta Corte já se manifestou no sentido de ser possível a resolução da questão nos próprios autos do inventário, como se denota do seguinte julgado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM INVENTÁRIO – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – VIA ORDINÁRIA – DESNECESSIDADE – NÃO INDUZ ATO DE DOAÇÃO ESBOÇO PARTILHA PROMOVIDO EM FACE DA UNIÃO ESTÁVEL – PROVIDO.
>
> Desnecessário remeter as partes à via ordinária para reconhecer união estável, quando o relacionamento mantido pelo *de cujus* já está documentalmente demonstrado de forma concreta, e quando sua existência é até incontroversa entre os demais herdeiros.
>
> Não induz ato de doação o esboço de partilha promovido com base no reconhecimento da união estável. (TJMS, Ag n. 2009.033988-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Pachoal Carmello Leandro, julgado em 26.1.2010).

Desse modo, não merece reparo a sentença ora recorrida.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento. Com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 10 de janeiro de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.032978-4 - Nioaque
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ALIENAÇÃO JUDICIAL DE IMÓVEL RURAL – ADJUDICAÇÃO – INEXISTÊNCIA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PEDIDO DE NOVA AVALIAÇÃO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM FACE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

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.

In casu, como a recorrente não possui o direito de preferência como arrendatária do bem, não há que se falar em alegação de prejuízo com a adjudicação do bem pelo banco credor com base no valor apurado no laudo da avaliação.

Pelo princípio da causalidade, aquele que dá causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual responde pelas despesas decorrentes.

Se os embargos de declaração foram opostos visando sanar omissão e contradição, não resta evidenciada a sua natureza protelatória que justifique a aplicação da multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 14 de fevereiro de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Walsiara Estanislau Maffei**,** apela da sentença que acolheu em parte os pedidos contidos nos embargos de terceiro opostos em face de Banco do Brasil S.A., Campolina Agropecuária LTDA., Antônio Nogueira Barbosa, Agenor Nogueira Barbosa, Agenor Nogueira Barbosa Neto e espólio de Adelina Nogueira Barbosa.

No apelo de f. 421-39, a recorrente sustenta que é legítima proprietária e possuidora do imóvel de matrícula n. 639, sendo que na época que adquiriu o bem não constava qualquer gravame.

Aduz que *"o banco apelado estará recebendo um valor muito maior do que efetivamente vale o imóvel de matrícula 638 em detrimento da apelante, pois essa tem interesse na compra do imóvel, havendo repercussão em direitos seus, já que a apelante, enquanto arrendatária do imóvel de matrícula 638 tem, conforme previsto no Estatuto da Terra, preferência na aquisição do imóvel, podendo, inclusive, depositar o preço do bem, para haver para si o imóvel, se o requerer no prazo de seis meses, a contar da transcrição do ato de alienação."*

Alega que a avaliação deve refletir o real valor do bem, sob pena de enriquecimento sem causa do banco credor (art. 884, do Código Civil).

Menciona que em se tratando de embargos de terceiro é imprescindível que se averígue, na fixação dos honorários da sucumbência, quem deu causa à constrição indevida, aplicando-se o princípio da causalidade, razão pela qual deve o Banco do Brasil S.A. ser condenado ao pagamento da referida verba de sucumbência.

Afirma que caso referida condenação seja mantida, que seja reduzida, observando-se o disposto no § 4º, do art. 20, do CPC.

Esclarece que os embargos de declaração opostos contra a sentença não tinham intuito protelatório, mas sim de prequestionar a matéria controvertida, razão pela qual é incabível a multa fixada.

Remata pedindo pelo conhecimento e provimento ao recurso para, em reformando a sentença, julgar procedentes os pedidos autorais, anulando o laudo de avaliação efetuado pelo oficial de justiça no imóvel de matrícula n. 638, repetindo o ato; excluindo a multa arbitrada, em sede de embargos de declaração; bem como condenando o banco apelado ao pagamento dos ônus sucumbenciais ou, ainda, reduzindo os honorários advocatícios.

Intimados os recorridos, apenas o Banco do Brasil S.A. apresentou contrarrazões às f. 176-92, rebatendo os fundamentos do apelo e pugnando pela manutenção da sentença com o improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Walsiara Estanislau Maffei, contra a sentença que acolheu em parte os pedidos contidos nos embargos de terceiro opostos em face de Banco do Brasil S.A., Campolina Agropecuária LTDA, Antônio Nogueira Barbosa, Agenor Nogueira Barbosa, Agenor Nogueira Barbosa Neto e espólio de Adelina Nogueira Barbosa.

No apelo de f. 421-39, a recorrente sustenta que é legítima proprietária e possuidora do imóvel de matrícula n. 639, sendo que na época que adquiriu o bem não constava qualquer gravame.

Aduz que *"o banco apelado estará recebendo um valor muito maior do que efetivamente vale o imóvel de matrícula 638 em detrimento da apelante, pois essa tem interesse na compra do imóvel, havendo repercussão em direitos seus, já que a apelante, enquanto arrendatária do imóvel de matrícula 638 tem, conforme previsto no Estatuto da Terra, preferência na aquisição do imóvel, podendo, inclusive, depositar o preço do bem, para haver para si o imóvel, se o requerer no prazo de seis meses, a contar da transcrição do ato de alienação."*

Alega que a avaliação deve refletir o real valor do bem, sob pena de enriquecimento sem causa do banco credor (art. 884, do Código Civil).

Menciona que em se tratando de embargos de terceiro é imprescindível que se averígue, na fixação dos honorários da sucumbência, quem deu causa à constrição indevida, aplicando-se o princípio da causalidade, razão pela qual deve o Banco do Brasil S.A. ser condenado ao pagamento da referida verba de sucumbência.

Afirma que caso referida condenação seja mantida, que seja reduzida, observando-se o disposto no § 4º, do art. 20, do CPC.

Esclarece que os embargos de declaração opostos contra a sentença não tinham intuito protelatório, mas sim de prequestionar a matéria controvertida, razão pela qual é incabível a multa fixada.

Remata pedindo pelo conhecimento e provimento ao recurso para, em reformando a sentença, julgar procedentes os pedidos autorais, anulando o laudo de avaliação efetuado pelo oficial de justiça no imóvel de matrícula n. 638, repetindo o ato; excluindo a multa arbitrada, em sede de embargos de declaração; bem como condenando o banco apelado ao pagamento dos ônus sucumbenciais ou, ainda, reduzindo os honorários advocatícios.

Intimados os recorridos, apenas o Banco do Brasil S.A. apresentou contrarrazões às f. 176-92, rebatendo os fundamentos do apelo e pugnando pela manutenção da sentença com o improvimento do recurso.

Na sentença vergastada (f. 136-7), o douto magistrado *a quo* esclareceu que *"em momento algum foi indicada a matrícula n. 639 à penhora, pois embora faça parte da mesma fazenda, é área diversa da registrada com o n. 638. A gleba adquirida por Walsiara Estanislau (matrícula n. 639) é um pequeno pedaço que não deveria ser incluído na avaliação e todos os atos posteriores realizado na precatória n. 038.03.00294-7 (apenso)."*

Logo, julgou procedente, em parte, o pedido da embargante para determinar a retificação da carta de adjudicação expedida nos autos principais para que conste a ressalva de que o bem adjudicado pela credora, ora embargada, tem como limite exclusivamente o da matrícula do CRI de Nioaque n. 638.

Ainda, condenou ambas as partes ao pagamento de sucumbência recíproca, sendo que a parte embargada deveria arcar com 70% das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), bem como que a embargante arcaria com 30% das custas e honorários advocatícios fixados em R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) em favor do patrono da parte contrária.

Pois bem. A questão posta em discussão cinge-se em saber se é possível a realização de nova avaliação do imóvel adjudicado em razão do erro do avaliador; se a embargante, ora apelante, possui direito de preferência na adjudicação do imóvel arrendado (matrícula n. 638 – Nioaque-MS), uma vez que alega ter a sua posse justa e de boa-fé; bem como se deve ser mantida a condenação em sucumbência recíproca ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios e se correto o *quantum* arbitrado na sentença.

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. 1.046. 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.[1]

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.[2]

No caso em epígrafe, a embargante, ora recorrente, é proprietária e possuidora do imóvel de matrícula n. 639 (Nioaque – MS), sendo que as benfeitorias da referida área foram indevidamente incluídas na avaliação do bem imóvel de matrícula n. 638, o que foi admitido pelo banco credor na impugnação aos embargos e acolhido pelo magistrado *a quo*, o qual determinou a retificação da carta de adjudicação expedida nos autos principais, para que conste que o bem adjudicado pela parte credora é exclusivamente o da matrícula n. 638.

Todavia, como decidido na sentença proferida nos autos dos embargos de terceiro n. 038.11.100051-0, apensados a estes autos, e confirmado por este Egrégio Tribunal de Justiça no julgamento do recurso de apelação n. 2011.032992-8, inexiste à embargante, arrendatária do imóvel de matrícula n. 638, o direto de preferência estatuído no art. 92, § 3º do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964).

Dessa forma, não há como acolher a pretensão de declaração de nulidade do laudo de avaliação realizado às f. 36 dos autos da carta precatória apensada (n. 038.03.000294-7), já que o artigo 683, I, do

1 In Curso de direito processual civil. 30. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3. p. 280

2 Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 386.

Código de Processo Civil prevê que *"é admitida nova avaliação quando: qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador;"*

Ora, verifica-se que a redação do supracitado artigo é clara ao dispor que quem é parte no processo, no caso a ação de execução ajuizada pelo Banco do Brasil S.A. em face dos embargados arrendadores do imóvel de matrícula n. 638, Campolina Agropecuária Ltda, Antonio Nogueira Barbosa Sobrinho, Agenor Nogueira Barbosa e Adelina Nogueira Barbosa, esta já falecida, é legitimado para pedir a realização de nova avaliação.

Ainda que a apelante tenha interesse na adjudicação do imóvel de matrícula n. 638, não possui direito de preferência como arrendatária do referido bem e, em razão disso, não há que se falar em alegação de prejuízo com a adjudicação do bem pelo banco credor com base no valor apurado no laudo da avaliação.

Com isso, tenho que agiu com acerto o magistrado *a quo* em acolher os embargos para, tão somente, fazer constar que o bem adjudicado pelo banco credor é exclusivamente o da matrícula do CRI de Nioaque n. 638, excluindo as benfeitorias do imóvel de matrícula n. 639 e determinando a retificação da carta de adjudicação.

Aliás, como bem destacou o magistrado *a quo*:

> Por outro lado, não há falar em nulidade do laudo de avaliação e demais atos expropriatórios realizados em um processo que tramita há mais de sete anos, pois a credora concorda com a manutenção do valor de arrematação mesmo com a exclusão das benfeitorias (f. 56). Ora, se o Banco do Brasil S/A concorda em receber menos (matrícula n. 638, extraídas as benfeitorias) pelo mesmo preço do valor total (com as benfeitorias), é desnecessária a consecução de novos atos, a despeito da possibilidade de retificar o auto de adjudicação.

Também alega a embargante que os honorários advocatícios de sucumbência deverão ser suportados pelo Banco do Brasil S.A. em razão do princípio da causalidade ou, ainda, que referida verba deverá ser reduzida.

Pois bem, para a análise da referida questão, faz-se necessário socorrer-se não apenas ao princípio da sucumbência, mas também ao princípio da causalidade.

A esse respeito, leciona Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes:

> Afirma-se na doutrina que, sobrevindo fato ou direito dos quais decorra eficácia jurídica superveniente, para a identificação do responsável pelos honorários advocatícios o juiz deverá apreciar o mérito abstraindo tal eficácia, de modo a responsabilizar quem perderia caso ela não sobreviesse. Na linha dessa orientação, a jurisprudência responsabiliza por honorários (i) o réu que cumpre a obrigação após a propositura da demanda, se ele estiver em mora, e (ii) a parte que perderia a demanda caso (a) fato alheio à vontade das partes ou direito superveniente provoque a perda do interesse de agir ou (b) esteja em discussão no processo um direito personalíssimo e uma das partes venha a falecer[3].

E, continua o autor:

> No entanto, caracterizada a sucumbência como mero indício da relação de causalidade entre uma conduta e a necessidade do processo supra, n. 13), não parece imprescindível um julgamento de mérito tão-somente para a identificação do indício para depois verificar se, na situação concreta, ele terá alguma relevância na apuração do

3 Honorários Advocatícios no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101.

> nexo causal. A análise do julgador deve voltar-se diretamente para a causa do processo, à situação do mundo da vida que fez necessária a sua instauração, e, em tal juízo, o mérito será delibado na medida necessária, junto a outros elementos eventualmente relevantes para identificar os contornos da relação da causalidade[4].

Observe que o magistrado, ao fixar as verbas sucumbenciais, não se encontra adstrito unicamente ao princípio da sucumbência, devendo, portanto, atentar-se para o princípio da causalidade, de maneira a não impor prejuízo a quem não deu causa à propositura da ação. Assim, identificando-se quem deu causa à instauração da lide, é este quem deverá suportar com os custos do processo e os honorários advocatícios do patrono da parte contrária.

In casu, como dito anteriormente, estamos diante de embargos de terceiros, manejados por proprietária de bem imóvel de matrícula n. 639 em que as benfeitorias nele contidas foram indevidamente acrescentadas no laudo de avaliação do imóvel de matrícula n. 638, adjudicado pelo banco credor.

Assim, tenho que o banco credor, nesta hipótese, deu causa à oposição dos presentes embargos de terceiro pela apelante, uma vez que até admitiu a ocorrência de erro na avaliação do bem penhorado.

Sobre esse assunto, o STJ editou a Súmula n. 303, prevendo que *"em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios"*.

Comentando tal súmula, Roberval Rocha Ferreira Filho e Albino Carlos Martins Vieira*, verbis:*

> Pelo princípio da causalidade, aquele que dá causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual responde pelas despesas decorrentes. Isso para suprir algumas deficiências do princípio da sucumbência para regular a responsabilidade sobre determinadas despesas processuais, como acontece, por exemplo, nas causas finalizadas sem decisão de mérito, e, também, nos embargos de terceiro[5].

Logo, como o magistrado *a quo* teve que determinar a retificação da carta de adjudicação, reconhecendo que houve erro na avaliação em razão do acréscimo das benfeitorias do imóvel da apelante no imóvel adjudicado, impossível a condenação da mesma ao pagamento dos ônus sucumbenciais, ainda que não tenha obtido êxito em toda a sua pretensão.

Por essa razão, deverá o banco embargado, ora apelado, arcar com a integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 2.000,00 (dois mil reais) em favor do patrono da apelante, em observância ao disposto nos §§ 3º e 4º, do art. 20, do CPC.

Por fim, resta saber se restou acertada a conduta do magistrado sentenciante que, ao rejeitar os embargos de declaração opostos pelas embargantes, considerou referido recurso protelatório e aplicou multa de 0,5% (meio por cento) sobre o valor da causa.

Nos termos do disposto no artigo 535, do CPC, os embargos de declaração possuem função integrativa, tendo por escopo afastar do *decisum* qualquer omissão prejudicial à solução da lide, não permitir a obscuridade identificada e extinguir contradição entre a premissa argumentada e a conclusão assumida.

Analisando os autos, constata-se que os embargos de declaração foram opostos alegando, em síntese, que o julgado mostrava-se omisso e contraditório.

4 Ob. cit., p.101-102.

5 STJ – Súmulas organizadas por assunto, anotas e comentadas. Salvador – Bahia: Editora Jus Podivm, 2009. p. 391.

Apesar de o julgado não ter apresentado qualquer omissão ou contradição que autorizasse a oposição de embargos de declaração, este fato, por si só, não evidencia a sua natureza protelatória, razão pela qual não se mostrou acertada a condenação das embargantes ao pagamento de multa, nos termos do parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação das embargantes e dou-lhes parcial provimento para condenar o Banco do Brasil S.A. ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 2.000,00 (dois mil reais), bem como afastar a multa aplicada quando do julgamento dos embargos de declaração de f. 150.

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

Trata-se de Apelação Cível - Proc. Especiais interposto por Walsiara Estanislau Maffei contra sentença proferida pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Nioaque, nos autos da Ação Embargos de Terceiro movida contra Banco do Brasil S/A e Outros.

O MM juiz *a quo* julgou procedente os embargos para determinar a retificação da carta de adjudicação expedida nos autos principais a fim de constar a ressalva de que o bem adjudicado pela credora, ora embargada, tem como limite exclusivamente a matrícula do CRI de Nioaque n. 698.

A apelante requer: 1) a anulação do laudo de avaliação referente ao imóvel 638 e dos demais atos processuais atingidos por ele; 2) que seja afastada a multa arbitrada pelo juiz *a quo* na decisão dos embargos de declaração; 3) que o Banco do Brasil S/A seja condenado ao pagamento integral dos ônus da sucumbência.

Ao final, requer a procedência dos pedidos.

Para melhor compreensão da matéria, observei que o ilustre Relator do feito analisou a questão de forma suficiente, razão pela qual o acompanho o douto relator para dar parcial provimento ao apelo, condenando o Banco do Brasil S/A ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), bem como afastar a multa aplicada quando do julgamento dos embargos de declaração de f. 150.

Isso porque, como bem esclarecido no voto relator, com relação ao caso:

> A embargante, ora recorrente, é proprietária e possuidora do imóvel de matrícula n. 639 (Nioaque – MS), sendo que as benfeitorias da referida área foram indevidamente incluídas na avaliação do bem imóvel de matrícula n. 638, o que foi admitido pelo banco credor na impugnação aos embargos e acolhido pelo magistrado *a quo*, o qual determinou a retificação da carta de adjudicação expedida nos autos principais, para que conste que o bem adjudicado pela parte credora é exclusivamente o da matrícula n. 638.
>
> Todavia, como decidido na sentença proferida nos autos dos embargos de terceiro n. 038.11.100051-0, apensados a estes autos, e confirmado por este Egrégio Tribunal de Justiça no julgamento do recurso de apelação n. 2011.032992-8, inexiste à embargante, arrendatária do imóvel de matrícula n. 638, o direito de preferência estatuído no art. 92, § 3º do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964).
>
> Dessa forma, não há como acolher a pretensão de declaração de nulidade do laudo de avaliação realizado às f. 36 dos autos da carta precatória apensada (n. 038.03.000294-7), já que o artigo 683, I, do Código de Processo Civil prevê que "é admitida nova avaliação quando: qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador";

O magistrado singular argumentou em sua sentença:

> Por outro lado, não há falar em nulidade do laudo de avaliação e demais atos expropriatórios realizados em um processo que tramita há mais de sete anos, pois a credora concorda com a manutenção do valor de arrematação mesmo com a exclusão das benfeitorias (f. 56). Ora, se o Banco do Brasil S/A concorda em receber menos (matrícula n. 638, extraídas as benfeitorias) pelo mesmo preço do valor total (com as benfeitorias), é desnecessária a consecução de novos atos, a despeito da possibilidade de retificar o auto de adjudicação.[6]

Quanto à multa aplicada nos embargos de declaração, esta só se aplica quando flagrante intuito protelatório dos embargos de declaração, porém, os embargos declaratórios foram opostos alegando que a sentença encontrava-se omissa e contraditória, sendo inverídica tal alegação.

Assim, a mera ausência do vício invocado não dá causa à imposição da multa.

Já os honorários advocatícios, utilizo novamente dos fundamentos do relator em seu voto:

> Logo, como o magistrado *a quo* teve que determinar a retificação da carta de adjudicação, reconhecendo que houve erro na avaliação em razão do acréscimo das benfeitorias do imóvel da apelante no imóvel adjudicado, impossível a condenação da mesma ao pagamento dos ônus sucumbenciais, ainda que não tenha obtido êxito em toda a sua pretensão.
>
> Por essa razão, deverá o banco embargado, ora apelado, arcar com a integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 2.000,00 (dois mil reais) em favor do patrono da apelante, em observância ao disposto nos §§ 3º e 4º, do art. 20, do CPC.

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

De acordo com o relator.

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. Marco André Nogueira Hanson.

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, 14 de fevereiro de 2012.

***

6 sentença f. 136-7

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.002954-0 - Três Lagoas
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – BEM MÓVEL (CAMINHÃO) – CERTIFICADO DE REGISTRO JUNTO AO DETRAN – PROVA INSUFICIENTE – TRANSFERÊNCIA QUE SE DÁ COM A TRADIÇÃO – ÔNUS DA PROVA DO TERCEIRO EMBARGANTE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

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 Código de Processo Civil, em seu artigo 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Os veículos constituem-se como coisas móveis, cuja propriedade, em regra, transmite-se com a mera tradição.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de fevereiro de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Geraldo Dias Ferreira**,** irresignado com a sentença que julgou improcedentes os Embargos de Terceiro opostos contra Estância 2R Materiais para Construção LTDA - ME, interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma do *decisum*.

No apelo de f. 128-44, o recorrente sustenta que "*o MM. Juiz a quo se equivocou em seu entendimento, pois o apelante não pretende que seja excluído da constrição efetivada nos autos executivos, bem móvel que 'acredita ser de sua propriedade e posse' (como dito pelo D. Magistrado), mas sim porque, O ORA RECORRENTE É O LEGÍTIMO E ÚNICO PROPRIETÁRIO do bem penhorado, conforme se comprova*

com fotocópia autenticada do Certificado de Registro de Veículo (f. 9), fornecido pelo DETRAN-MS, onde consta o mesmo como proprietário do bem em questão adquirido aos 19.5.2010" (f. 131).

Aduz que "*como já informado durante o deslinde processual, o veículo mencionado fora adquirido antes da efetiva transferência do bem perante o Detran/MS, vez que não foi comprado à vista, ou seja, o apelante adquiriu o bem com um valor de entrada e parcelou o pagamento do restante. Daí o motivo pelo qual o bem somente fora transferido para seu nome em maio de 2010 e o porque dos funcionários do apelante (e não funcionários do Executado, filho do Embargante, como constou na r. Sentença guerreada) informarem que trabalham com o veículo há vários anos* [...]" (f. 131).

Salienta que "*para comprovar que o recorrente possui o veículo em questão, e, principalmente, que possuía meios econômicos e financeiros de adquirir o caminhão, o mesmo acostou aos autos (f. 10-2) documentos (CRV's) de outros dois veículos que já possiu* [...]" (f. 133).

Obtempera que há nos autos documento que comprova que realmente existe "[...] *a sublocação alegada durante o deslinde processual, posto que no contrato consta expressamente referência ao contrato principal se refere a sublocação, qual seja, entre a empresa de propriedade do filho do recorrente (Aílson de Jesus Ferreira – ME e a primeira contratante Joaquim Roberto Brischiliaro Romero – ME, mais conhecida como Limpa Fossa Birigui), o que comprova o contrato de f. 85-6 (detalhe: datado de 17.8.2009 e a sublocação do apelante é data de 20.8.2009, ou seja, realmente um sub-contrato se refere ao outro (contrato principal)*" (f. 134).

Diz que "*quando são realizadas essas sublocações, a empresa é obrigada a identificar o caminhão com um adesivo. Desse modo, como o Sr. Geraldo realiza trabalhos com o caminhão apenas como pessoa física e não como pessoa jurídica, algumas vezes o caminhão mencionado é etiquetado com um emblema da empresa do filho do recorrente (Pavesul Engenharia). Porém, isso não ocorre porque o caminhão poderia pertencer ao executado Aílson, mas apenas para atender a uma solicitação da empresa contratante (normalmente, normas de obras)*" (f. 134).

Aponta equívocos no depoimento de Alvacy Monteiro Coelho (f. 98), dizendo que o mesmo é alcoólatra e que, no dia da audiência, havia ingerido bebida alcoólica. Sobre a testemunha Jerônimo, diz que não comprovou sua relação de emprego com o apelante porque já é aposentado, prestando serviços apenas para complementar sua renda.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para o fim de reformar a sentença vergastada, assegurando ao apelante o direito de ser mantido na posse do veículo penhorado na ação de execução.

Intimada, a recorrida apresentou suas contrarrazões (f. 150-9), objetivando o não provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Geraldo Dias Ferreira**,** irresignado com a sentença que julgou improcedentes os Embargos de Terceiro opostos contra Estância 2R Materiais para Construção LTDA – ME.

No apelo de f. 128-44, o recorrente sustenta que "*o MM. Juiz a quo se equivocou em seu entendimento, pois o apelante não pretende que seja excluído da constrição efetivada nos autos executivos, bem móvel que 'acredita ser de sua propriedade e posse' (como dito pelo D. Magistrado), mas sim porque, O ORA*

RECORRENTE É O LEGÍTIMO E ÚNICO PROPRIETÁRIO do bem penhorado, conforme se comprova com fotocópia autenticada do Certificado de Registro de Veículo (f. 9), fornecido pelo DETRAN-MS, onde consta o mesmo como proprietário do bem em questão adquirido aos 19.5.2010" (f. 131).

Aduz que "*como já informado durante o deslinde processual, o veículo mencionado fora adquirido antes da efetiva transferência do bem perante o Detran/MS, vez que não foi comprado à vista, ou seja, o apelante adquiriu o bem com um valor de entrada e parcelou o pagamento do restante. Daí o motivo pelo qual o bem somente fora transferido para seu nome em maio de 2010 e o porque dos funcionários do apelante (e não funcionários do Executado, filho do Embargante, como constou na r. Sentença guerreada) informarem que trabalham com o veículo há vários anos[...]*" (f. 131).

Salienta que "*para comprovar que o recorrente possui o veículo em questão, e, principalmente, que possuía meios econômicos e financeiros de adquirir o caminhão, o mesmo acostou aos autos (f. 10-2) documentos (CRV's) de outros dois veículos que já possuiu[...]*" (f. 133).

Obtempera que há nos autos documento que comprova que realmente existe "[...] *a sublocação alegada durante o deslinde processual, posto que no contrato consta expressamente referência ao contrato principal se refere a sublocação, qual seja, entre a empresa de propriedade do filho do recorrente (Aílson de Jesus Ferreira – ME e a primeira contratante Joaquim Roberto Brischiliaro Romero – ME, mais conhecida como Limpa Fossa Birigui), o que comprova o contrato de f. 85-6 (detalhe: datado de 17.8.2009 e a sublocação do apelante é data de 20.8.2009, ou seja, realmente um sub-contrato se refere ao outro (contrato principal)*" (f. 134).

Diz que "*quando são realizadas essas sublocações, a empresa é obrigada a identificar o caminhão com um adesivo. Desse modo, como o Sr. Geraldo realiza trabalhos com o caminhão apenas como pessoa física e não como pessoa jurídica, algumas vezes o caminhão mencionado é etiquetado com um emblema da empresa do filho do recorrente (Pavesul Engenharia). Porém, isso não ocorre porque o caminhão poderia pertencer ao executado Aílson, mas apenas para atender a uma solicitação da empresa contratante (normalmente, normas de obras)*" (f. 134).

Aponta equívocos no depoimento de Alvacy Monteiro Coelho (f. 98), dizendo que o mesmo é alcoólatra e que, no dia da audiência, havia ingerido bebida alcoólica. Sobre a testemunha Jerônimo, diz que não comprovou sua relação de emprego com o apelante porque já é aposentado, prestando serviços apenas para complementar sua renda.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para o fim de reformar a sentença vergastada, assegurando ao apelante o direito de ser mantido na posse do veículo penhorado na ação de execução.

Intimada, a recorrida apresentou suas contrarrazões (f. 150-9), objetivando o não provimento do recurso.

Por primeiro, fazem-se necessários alguns registros. Consta dos autos que o apelante opôs embargos de terceiro visando ser mantido na posse do veículo Caminhão Basculante, Diesel, Mercedes Benz/L 2318, ano/modelo 1992, chassi 9BM386314NB962467, penhorado nos autos da execução movida pela Estância 2R Materiais para Construção Ltda – ME contra Aílson de Jesus Ferreira - ME.

O magistrado de instância singela, considerando que o recorrente não produziu provas suficientes de que é realmente o proprietário do bem, julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial.

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, 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.[1]

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[2].

No caso dos autos, apesar de estar correta a medida adotada pelo apelante para tentar livrar o bem móvel, supostamente de sua propriedade, da penhora, entendo que não restou suficientemente demonstrado o direito afirmado na petição inicial.

Cumpre ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência

1 *In* **Curso de direito processual civil**. 30. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3. p. 280

2 **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 386.

de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes. Conforme leciona Leo Rosenberg:

> [...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória.[3]

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium* e não *secundum propiam suam conscientiam* - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).
>
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.[4]

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando um fato da vida, enquadra-se em sua incidência, estes fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o instrumento, o veículo para levar até o magistrado os fatos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento de tais fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica que a situação reclama, tendo, portanto, o ônus suma importância.

Pois bem, atentando-se ao conjunto probatório carreado aos autos, não se pode afirmar, com certeza, que o caminhão apreendido realmente pertencia ao apelante.

Veja que as provas produzidas, na verdade, conduzem o julgador à dúvida acerca da real propriedade do bem, já que não basta para tanto, no caso de um veículo, que conste o nome da parte como proprietário no Certificado de Registro de Veículo junto ao Detran.

É sabido que veículos constituem-se como coisas móveis, cuja propriedade, em regra, transmite-se com a mera tradição. É o que leciona Arnaldo Rizzardo, ao comentar a tradição como uma das formas de aquisição da propriedade mobiliária, *in verbis:*

> Cuida-se de mais uma forma de transferência e aquisição da propriedade. No sentido literal, corresponde a tradição à entrega da coisa ao adquirente e conceitua-se como o ato pelo qual se transfere a outra pessoa o bem, em razão de um título que autoriza a transferência, que é o contrato.

3 La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea Apud Ovídio A. Batista da Silva. Curso de Processo Civil. 5. ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 345.
4 Teoria Geral do Processo. 7. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312.

> Daí, vê-se que o simples contrato ou título não é suficiente para consumar o negócio. Ou seja, não é suficiente o acordo de vontades. Importa se proceda a tradição, que é o momento da entrega da coisa. [5]

Dessa forma, pouco importa, diante das demais provas produzidas nos autos, que o bem esteja em nome do apelante junto ao Detran-MS (f. 9).

Observe que o fato de o recorrente demonstrar que possuía outros veículos em seu nome é prova extremamente frágil ao fim a que se propõe, qual seja, o de comprovar que o apelante tinha condições de adquirir caminhões. No mínimo era necessário prova mais robusta, como sua declaração de imposto de renda, demonstrando que de fato adquiriu o bem em questão.

E, por derradeiro, as declarações das testemunhas, indicadas pelo apelante, vão de encontro à sua pretensão, por se mostrarem demasiadamente contraditórias e confusas.

Repare que a testemunha Aracy Monteiro Coelho começa seu depoimento dizendo que o veículo é de propriedade do Sr. Geraldo, mas depois segue dizendo que "[...]*sempre que Ailson pegava algum serviço era esse caminhão que levava a terra; que neste período de seis anos o motorista sempre foi o sr. Jerônimo e que ele é funcionário antigo do sr. Ailson*", "*que no período de seis anos sempre houve um adesivo no caminhão identificando a empresa do sr. Ailson*", "*que esse caminhão sempre ficou guardado no galpão da empresa de Ailson*" (f. 98).

Vale registrar que o argumento de que a testemunha estaria sob efeito de álcool sucumbe diante da ausência de provas. E mesmo que assim o fosse, precluiu a oportunidade para que a parte recorrente se insurgisse quanto à prova produzida.

A testemunha Jerônimo Berça também prestou declarações que não corroboram com os argumentos expostos pelo apelante na exordial, afirmando que "*presta serviço com o caminhão para todo mundo e inclusive para o executado Ailson de Jesus Ferreira[...]*". Ora, não há como saber de quem ele é funcionário, já que não trouxe documento que comprove relação de trabalho.

Sendo assim, diante da fragilidade das provas produzidas, tenho que não há como prosperar o argumento de que o bem objeto de constrição nos autos da ação de execução pertence ao apelante, razão pela qual deve ser mantida a sentença prolatada pelo juiz singular.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença proferida em primeira instância.

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Proc. Especiais interposto por Geraldo Dias Ferreira contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos dos Embargos de Terceiro movidos em face de Estância 2R Materiais para Construção Ltda - Me.

Acompanho o ilustre Relator para negar provimento ao apelo, haja vista que o conjunto probatório dos autos não corrobora com a alegação do apelante, de que é proprietário do veículo objeto da penhora.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

De acordo com o relator.

5 In Direito das Coisas, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 381

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. Rubens Bergonzi Bossay.

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, 28 de fevereiro de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.023496-6 - Dourados
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – AGRAVO RETIDO – COISA JULGADA – APLICABILIDADE DO ART. 3°, LEI N. 6.969/81 – IMPROVIDO – MÉRITO – ALEGADA IMPRESCRITIBILIDADE DO BEM OBJETO DA USUCAPIÃO – BEM PÚBLICO – EMPRESA PÚBLICA DE DIREITO PRIVADO – NATUREZA PÚBLICA DESCARACTERIZADA – COMODATO – NÃO CONFIGURADO – REQUISITOS DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA COMPROVADOS – ART. 550, CC/16 – POSSE MANSA, PACÍFICA, CONTÍNUA, COM *ANIMUS DOMINI,* PELO PRAZO DE 20 ANOS – UNIÃO DE POSSES PACÍFICAS E CONTÍNUAS – DEMONSTRADA – RECURSO IMPROVIDO.

Não se reveste do manto da coisa julgada a sentença trabalhista que afasta a alegação de usucapião em embargos de terceiro, quando a matéria é tratada apenas como fundamento da decisão, conforme disposição do art. 469 do CPC.

Em se tratando de ação de usucapião extraordinária, amparada pelo art. 550 do CC/16, não tem aplicabilidade o art. 3° da Lei n. 6.969/81, que diz respeito à usucapião especial.

Os bens pertencentes às empresas públicas de direito privado, ainda que adquiridos com patrimônio público, são considerados particulares, sendo, portanto, passíveis de serem usucapidos.

Para que seja reconhecida a usucapião extraordinária faz-se *mister* o exercício da posse de forma mansa, pacífica e com *animus domini*, pelo decurso do prazo previsto em lei.

A união das posses, prevista no art. 552 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 1.243 do novel diploma civil, autoriza o possuidor a unir o tempo decorrido de sua posse com aquela de seu antecessor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe apelação cível contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de usucapião extraordinária que Eroni dos Santos e Maria da Graça Macedo

Santos movem em face de Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul – EGRHP/MS.

Em suas razões recursais, requer, preliminarmente, 1) que seja reconhecida sua legitimidade para interpor recurso, vez que a ré Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul – EGRHP/MS deixou de existir e todos os seus bens e direitos foram incorporados ao Estado, por força da Lei n. 3.955/2010; 2) que seja conhecido e provido o agravo retido de f. 631-58, interposto contra a decisão de f. 620-2.

No mérito, sustenta que se trata o imóvel usucapiendo de bem pertencente a empresa pública, portanto, não sujeito à prescrição nem à oneração, não sendo possível ser objeto de usucapião; que os antecessores dos autores somente passaram a viver no local no ano de 1978, e assinaram contrato de comodato com o Estado; que a posse dos autores deixou de ser mansa e pacífica em 1992, quando foram judicialmente notificados, não reunindo os requisitos necessários para que lhes seja reconhecida a usucapião pleiteada.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO (EM 8.11.2011)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de usucapião extraordinária que Eroni dos Santos e Maria da Graça Macedo Santos movem em face de Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul – EGRHP/MS, para o fim de declarar como de propriedade dos autores a área de 50,5985 ha, dentro da área maior do imóvel denominado Cabeceira Alta, no município de Dourados, objeto da matrícula n. 24.819 do CRI local.

Preliminarmente, reconheço a legitimidade do Estado para interpor o presente recurso, vez que, por força da Lei n. 3.955/2010, a ré Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul – EGRHP/MS deixou de existir, e todos os seus bens e direitos foram incorporados ao Estado.

Outrossim, tendo o recorrente requerido a análise do agravo retido na forma do que estabelece o art. 523 do CPC, passo à análise do mencionado recurso (f. 631-58), interposto contra a decisão interlocutória de f. 620-2, que rejeitou as preliminares suscitadas em contestação.

Da ocorrência da coisa julgada

Afirma o agravante que ocorreu a coisa julgada porque a posse dos autores foi repelida pela Justiça do Trabalho em ação de embargos de terceiro, cuja sentença já transitou em julgado.

Ocorre que, como bem sopesou o douto magistrado singular, quando a matéria é tratada apenas como fundamento de uma decisão, não possui esta o condão de afastar o mérito, que deverá ser julgado em ação própria.

Não bastasse o fato de que a matéria fora suscitada em embargos de terceiro, com a nítida intenção de defesa da posse sobre o imóvel, é sabido que a justiça obreira não possui competência para processar e

julgar ação versante sobre usucapião, cuja competência incumbe a justiça comum, fato, aliás, reconhecido pelo próprio julgador do TRT.

Assim, agiu com acerto o juiz monocrático ao reconhecer que a sentença trabalhista que afastou a usucapião nos embargos de terceiro não se revestiu do manto da coisa julgada, conforme disposição do art. 469 do CPC.

Da imprescritibilidade do bem objeto da usucapião

Quanto à alegada imprescritibilidade do bem objeto da usucapião, em virtude de ser bem público, haja vista que possui destinação pública, não há dúvida de que se trata de matéria que diz respeito ao mérito da questão e, portanto, será com ele analisada.

Da aplicabilidade da Lei n. 6.969/81

De acordo com o agravante, o imóvel não é possível de ser usucapido por se encontrar dentro de área indispensável à segurança nacional, nos termos do que dispõe o art. 3° da Lei n. 6.969/81.

Referido dispositivo está assim previsto:

> A usucapião especial não ocorrerá nas áreas indispensáveis à segurança nacional, nas terras habitadas por silvícolas, nem nas áreas de interesse ecológico, consideradas tais as reservas biológicas ou florestais e os parques nacionais, estaduais ou municipais, assim declarados pelo Poder Executivo, asseguradas aos atuais ocupantes a preferência para assentamento em outras regiões, pelo órgão competente.

Com efeito, não assiste razão ao recorrente, na medida em que a lei citada diz respeito à usucapião especial, o que não se coaduna com a hipótese dos autos, que trata de usucapião extraordinária, amparada pelo art. 550 do CC/16.

Da afronta ao direito intertemporal, por inaplicabilidade do artigos 1.238 e 1.242 do Novo Código Civil

No que tange a alegada afronta ao direito intertemporal, por inaplicabilidade do artigos 1.238 e 1.242 do Novo Código Civil, de uma simples leitura do *decisum* recorrido, verifica-se que carece de interesse recursal o agravante, já que o magistrado sentenciante considerou inaplicáveis ao caso as disposições do Código Civil de 2002, analisando a questão apenas sob o prisma do revogado Estatuto Civil de 1916.

Destarte, nego provimento ao agravo retido.

Passo à análise do mérito do apelo.

Ao que se extrai dos autos, os autores, ora recorridos, ingressaram em juízo com a presente demanda, sustentando que em 1991 adquiriram de Loreto Penha Rodrigues e sua mulher Olivia Corim Rodrigues, por meio de contrato particular de cessão e transferência, os direitos de posse da área descrita na inicial, sendo que quando a ré Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul – EGRHP/MS adquiriu o mencionado imóvel, em 1979, já havia transcorrido o período de 20 anos da prescrição aquisitiva, haja vista que seus antecessores exerciam a posse mansa e pacífica, com ânimo de dono da área, desde 1958.

Devidamente processado o feito, houve por bem o douto julgador singular em acolher a pretensão autoral, declarando como de propriedade dos autores a área de 50,5985 ha, dentro da área maior do imóvel denominado Cabeceira Alta, no município de Dourados, objeto da matrícula n. 24.819 do CRI local.

Em suas razões recursais, sustenta o apelante, em síntese, que se trata o imóvel usucapiendo de bem pertencente a empresa pública, portanto, não sujeito à prescrição nem à oneração, não sendo possível ser objeto de usucapião; que os antecessores dos autores somente passaram a viver no local no ano de 1978, e assinaram contrato de comodato com o Estado; que a posse dos autores deixou de ser mansa e pacífica em 1992, quando foram judicialmente notificados, não reunindo os requisitos necessários para que lhes seja reconhecida a usucapião pleiteada.

A irresignação recursal não merece prosperar.

É cediço que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião (art. 191 da CF), sendo considerados públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, nos termos do art. 65 do CC/16, correspondente ao art. 98 do NCC, *in verbis*:

> Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Ocorre que, no caso dos autos, tratava-se a ré EGRHP/MS de uma empresa pública de direito privado, de forma que seus bens, ainda que adquiridos com patrimônio público, como alegado, são considerados particulares, não sujeitos, portanto, à regra da imprescritibilidade aquisitiva.

A propósito, preleciona o eminente Desembargador Benedito Silvério Ribeiro em sua obra Tratado de Usucapião que:

> Bens públicos, como define Hely Lopes Meirelles, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.
>
> Diz mais, que os bens das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, serviços autônomos, etc.) são também bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários.
>
> No entanto, o que se vem firmando é que os bens públicos podem vir a ser alienados, bastando satisfaça a Administração condições indispensáveis para que sejam transferidos ao domínio particular ou a outra entidade pública. O que se extraía já do anterior Código Civil (art. 65), seguindo a lição do próprio Lopes Meirelles, é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, destinação pública específica.
>
> É ainda do mencionado mestre que os bens das empresas públicas e das sociedades de economia mista, apesar de qualificados como bens públicos, com destinação especial, podem ser utilizados, onerados e alienados, ficando sujeitos à execução pelos débitos da empresa, no mesmo plano dos negócios de iniciativa privada.
>
> Portanto, os bens formadores do patrimônio de empresas paraestatais desse jaez podem ser objeto de usucapião, uma vez que alienáveis, submetidos, enfim, a toda forma legítima de aquisição.
>
> As empresas públicas, entre elas as sociedades de economia mista, segundo vêm afirmando nossos pretónos, têm inequívoca natureza jurídica de direito privado, aplicando-se-lhes não a prescrição quinquenária, mas a de maior prazo do Código Civil (art. 205). (Tratado de Usucapião, vol. I, 6. Ed., Saraiva, p. 542).

Ao analisar caso análogo, assim se posicionou o E. Superior Tribunal de Justiça:

> USUCAPIÃO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CEB. O BEM PERTENCENTE A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PODE SER OBJETO DE USUCAPIÃO. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STJ, REsp n. 120702/DF, Rel. Min. Rosado de Aguiar, DJ de 20.8.2001, p. 468).

No mesmo norte, este Tribunal de Justiça, por esta 4ª Turma Cível, já teve oportunidade de se manifestar:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO DE LIMINAR CUMULADA COM PEDIDOS DE PERDAS E DANOS E COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA – USUCAPIÃO URBANA EXTRAORDINÁRIA – RECONHECIMENTO – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – USUCAPIÃO – POSSIBILIDADE – PRAZO DE 10 ANOS – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO – POSSE DOS ANTECESSORES – SOMATÓRIA – CABIMENTO – MANSA E ININTERRUPTA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Bens pertencentes à sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião.
>
> O prazo a ser observado no caso em exame é de dez anos, conjugando-se os artigos 1.238, parágrafo único, com os artigos 2.028 e 1.243, todos do vetusto Código Civil, já que comprovada que a apelada estabeleceu residência habitual no imóvel e nele realizou obras ou serviços de caráter produtivo.
>
> Pode ocorrer, para efeito de usucapião, a fusão ou junção de posses, somando-se o tempo de ocupação de pessoas diversas, conforme os termos do art. 496 e art. 552 do antigo Código Civil, correspondendo aos artigos 1.207 e 1.243 do novo Código Civil.
>
> Se restar comprovada a posse sobre o imóvel descrito na peça de ingresso, de forma ininterrupta e sem oposição, por tempo suficiente para a prescrição aquisitiva, computada a posse do antecessor da apelada, deve ser reconhecida a prescrição aquisitiva. (AC n. 2008.014040-1, Rel. Des. Remolo Letteriello, julgado em 14.4.2009).

Outrossim, ainda que se admitisse a possibilidade de se atribuir o regime dos bens públicos aos bens privados afetados à destinação pública, é de se ressaltar que, no presente caso, *"o bem objeto da lide não foi afetado a satisfação de qualquer interesse coletivo, inexistindo nos autos qualquer ato ou manifestação do poder público nesse sentido, o que se faz necessário, tendo em vista que, pela natureza do bem não se pode concluir por sua natureza pública, sendo certo que apenas a afirmação do apelante nesse sentido não basta, mormente quando desacompanhado de qualquer prova",* como bem anotou a ilustre representante do *parquet* (f. 836).

Deste modo, desprovido o bem imóvel usucapiendo das características de bem público, não há falar em impossibilidade de aquisição pela usucapião.

Resta, assim, analisar o preenchimento dos demais requisitos para a aquisição originária da propriedade através da usucapião extraordinária, quais sejam, posse contínua, mansa e pacífica, de área individuada e delimitada, com *animus domini* e lapso temporal de 20 anos.

Com efeito, no ordenamento civil revogado, que tem aplicabilidade no caso em tela, o instituto encontrava-se previsto no art. 550, *in verbis*:

> Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, sem presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

De fato, restou comprovado nos autos, através da instrução processual, que os autores/recorridos residem no imóvel usucapiendo, de forma mansa e pacífica, desde o mês de maio de 1991, quando adquiriram a posse dos antigos possuidores, Loreto Penha Rodrigues e sua esposa Olívia Corim Rodrigues que, apesar de afirmarem no contrato de cessão que nele viviam desde 1958, demonstrou-se que a posse teve início em 1972, também de forma incontestada.

Neste sentido, foi o depoimento prestado pelo Sr. Altair Antoninho Bressiani, filho do antigo proprietário da área, de quem o CODESUL – antiga denominação da ré EGRHP/MS – adquiriu a propriedade em 1979, senão vejamos:

> [...] conheço a área objeto da ação, que inclusive foi de propriedade do meu pai;[...] quando meu pai comprou a área, tinha um posseiro na área, o Sr. Loreto, o qual não quis sair; diante do fato de a área ser pequena, meu deixou para lá e não mexeu com isso;[...] meu pai comprou a área em 1973 ou 1974; o Sr. Loreto já estava na área nessa época e acho que já fazia um tempo considerável;[...]. (f. 693).

Deste modo, conclui-se que não prospera a afirmação recursal no sentido de que os antecessores dos apelados teriam a posse da propriedade apenas a partir de 1978, já que, conforme afirmou a testemunha referida, comprovada pela certidão de f. 713, o lote foi adquirido por seu pai em 1974, momento em que o Sr. Loreto, antecessor dos autores, já estava na posse da área.

Corrobora essa assertiva o depoimento prestado por Adão Penha Corim, filhos dos posseiros antecessores, *verbis*:

> [ele] nos disseram que fariam esse acordo para nos transferir para uma outra área, denominada cinturão verde; todavia, eles não cumpriram com a promessa e o meu pai continuou morando no imóvel;[...] a posse do meu pai era tranqüila, ninguém o incomodava; ele sobrevivia do que plantava na área; ele tinha só duas vacas de leite; ele ocupava a área em nome próprio e agia como dono; nem eu nem meu pai fomos notificados para desocupar a área;... como donos, por conta própria, ocupamos o imóvel por uns dezoito ou dezenove anos; sem patrão nós ficamos mais de dezoito anos, como donos;[...]. (f. 691-2).

Nesse sentido, como bem ressaltou a Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer (f. 839):

> O acordo a que se refere o depoente está acostado aos autos às f. 268-9. Através daquele instrumento, os representantes da empresa requerida e do Estado se comprometeram a transferir os posseiros para uma outra área, o chamado Distrito Verde de Dourados, o qual ainda seria implantado no município, a título de comodato.
>
> Entretanto, referido Distrito Verde nunca foi implantado e os posseiros continuaram sua posse mansa e pacífica sobre o imóvel objeto desta lide, sem qualquer oposição, nem mesmo do próprio apelante, como comprova o depoimento do Sr. Adão, acima transcrito, até que a transferiram aos apelados, em maio de 1991, como faz prova o contrato de cessão de f. 11-3.

Desta feita, irretorquível a conclusão a que chegou o douto julgador singular quanto à inexistência de contrato de comodato sobre o imóvel usucapiendo, já que o instrumento citado pelo apelante não possuiu o condão de afastar o *animus domini* dos posseiros antecessores aos apelados, pois referente a área diversa,

que sequer foi implantada naquele município, de modo que continuaram a exercer sua posse de maneira ininterrupta, mansa e pacífica.

A propósito, sobre a posse mansa e pacífica, veja-se a doutrina de Maria Helena Diniz:

> A posse deve ser mansa e pacífica, isto é, exercida sem contestação de quem tenha legítimo interesse, ou melhor, do proprietário contra quem se pretende usucapir. Se a posse for perturbada pelo proprietário, que se matem solerte na defesa de seu domínio, falta um requisito para o usucapião. Para que se configure o usucapião é mister a atividade singular do possuidor e a passividade geral do proprietário e de terceiros, ante aquela situação individual. (*In* **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 4: direito das coisas**, 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150.)

Assim, é possível concluir, através dos documentos acostados e pelos depoimentos testemunhais prestados, que a posse dos antecessores, quando a transferiram aos ora recorridos, em maio de 1991, havia se iniciado há pelo menos 19 anos, ou seja, em maio de 1972, restando, destarte, apenas mais um ano para que a propriedade fosse adquirida pela prescrição, conjugando-se as posses contínuas e pacíficas dos antecessores e sucessores, na forma do art. 552 do CC/16, que trata da união de posses.

Por outro lado, sustenta o apelante que o prazo prescricional para a aquisição originária foi interrompido em 1992, quando propôs notificação judicial contra os antigos possuidores do imóvel, para que deixasse a área, de modo que estaria descaracterizada, a partir de então, a mansidão da posse.

Todavia, como bem anotou o ilustre sentenciante, quando proposta mencionada notificação, em novembro de 1992, já havia se aperfeiçoado o prazo prescricional vintenário para aquisição da propriedade através da usucapião extraordinária, o que ocorreu em maio daquele ano, de modo que já haviam adquirido o seu domínio, não produzindo qualquer a medida qualquer efeito sobre o mesmo.

Destarte, devidamente caracterizados os requisitos exigíveis para a comprovação da usucapião extraordinária (art. 550, CC/16), a manutenção da sentença que a reconheceu em favor dos apelados é medida que se impõe.

Por oportuno, colha-se o seguinte julgado do E. STJ:

> CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. MUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE. O usucapião extraordinário - art. 55, CC - reclama, tão-somente: a) posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com *animus domini*; b) o decurso do prazo de vinte anos; c) presunção *juris et de jure* de boa-fé e justo título, que não só dispensa a exibição desse documento como também proíbe que se demonstre sua inexistência. (REsp n. 154733/DF).

Na mesma esteira, este relator já teve oportunidade de se manifestar:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – POSSE PACÍFICA, ININTERRUPTA E COM *ANIMUS DOMINI* – COMPROVADA – UNIÃO DE POSSES PACÍFICAS E CONTÍNUAS – DEMONSTRADA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Para que seja reconhecida a usucapião extraordinária faz-se *mister* o exercício da posse de forma mansa, pacífica e com *animus domini*, pelo decurso do prazo previsto em lei.
>
> A União das Posses, prevista no art. 552 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 1.243 do novel diploma civil, autoriza o possuidor a unir o tempo decorrido de sua posse com aquela da de seu antecessor. (AC n. 2009.019285-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal C. Leandro, julgado em 29.6.2010).

Portanto, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, devendo ser mantido intacto por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, com o parecer, conheço o recurso e nego-lhe provimento.

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E, NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. DORIVAL RENATO PAVAN), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 13.12.2011)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Revisor)

Extrai-se dos autos que Eroni dos Santos e sua mulher Maria das Graças Macedo Santos ajuizaram ação de usucapião em face da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul – EGRHP/MS**,** alegando que em 05 de junho de 1991, através de contrato Particular de Cessão e Transferência de Direitos de Posse, adquiriram, juntamente com Orides Vitali dos Santos, os direitos possessórios de área denominada Cabeceira Alta, situada no Município de Dourados, dentro de uma área maior, denominada Distrito Industrial.

Afirmam que em 23 de outubro de 1994 adquiriram a cota-parte do co-possuidor Orides Vitali dos Santos, de sorte que passaram a possuir exclusivamente a referida área.

Defendem a aquisição da propriedade do bem pela usucapião extraordinária, tendo em vista o transcurso do prazo de 20 anos anteriormente à aquisição da propriedade pela ré, através de escritura pública de compra e venda formulada em 9.10.1979 (f. 240).

O douto juízo de primeiro grau houve por bem julgar procedente o pedido para declarar a propriedade dos autores sobre o imóvel em discussão.

Contra essa decisão, o Estado de Mato Grosso do Sul, como sucessor da empresa-ré, a qual foi extinta, interpôs a presente apelação cível, sendo que o eminente Desembargador Paschoal Carmello Leandro**,** relator do recurso, negou-lhe provimento, mantendo a decisão do douto juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Dourados/MS.

Após ter a 4ª Turma Cível negado provimento ao agravo retido, pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria discutida neste recurso, quanto ao mérito recursal, e depois de atenta análise, chego à mesma conclusão ali externada pelo douto relator e, ao par dos fundamentos já ali expendidos, passo a indicar também os meus próprios elementos de convicção.

Tenho que o *decisum* não merece reparos, pois se firmou na prova produzida ao longo da instrução processual, dela sendo impossível chegar-se a resultado diverso.

Inicialmente cumpre salientar que a ré é empresa pública**,** pertencente à Administração Indireta do Estado de Mato Grosso do Sul, de sorte que seus bens são privados e, como tal, sujeitos à prescrição, conforme doutrina de José dos Santos Carvalho Filho[1], que transcrevo a seguir:

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 485.

> Os bens que passam a integrar, inicialmente, o patrimônio das empresas públicas e das sociedades de economia mista provêm geralmente da pessoa federativa instituidora. Esses bens, enquanto pertenciam a esta última, tinham a qualificação de bens públicos. Quando, todavia, são transferidos ao patrimônio daquelas entidades, passam a caracterizar-se como bens privados, sujeitos à sua própria administração. Sendo bens privados, não são atribuídos a eles as prerrogativas próprias dos bens públicos, como a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a alienabilidade condicional etc.

É de se ver, outrossim, que o bem em discussão não foi destinado à satisfação de interesse público, o que não afasta a sua característica privada.

Neste ponto, a douta Procuradoria Geral de Justiça elaborou exaustivo parecer, salientando que os bens pertecentes às sociedades de economia mista podem ser adquiridos por usucapião – de igual forma os bens de empresa pública pertencente à administração indireta do Estado, bens esses que, em verdade, possuem natureza jurídica de bem privado, podendo, conforme alegou a douta Procuradora de Justiça que atuou no feito, Dra. ARIADNE DE FÁTIMA CANTÚ DA SILVA (F. 835-7) *"adquirir natureza de bem público, ou, como prefere José Carvalho dos Santos Filho, de "bens privados com destinação especial", quando afetados a alguma destinação pública e, aí sim, passam a possuir as prerrogativas de bem público, incluindo-se a imprescritibilidade"*, o que não é a hipótese contida nestes autos.

Salientou S. Exa., a eminente Procuradora de Justiça:

> Como sabido, afetar é conferir uma destinação pública a um determinado bem, ou seja, pelo instituto da afetação, os bens passam a integrar o patrimônio da Administração Pública e, a partir daí, a se prestarem à realização de serviços públicos. Sobre o tema leciona Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt**:**
>
> **[...]** afetar é conferir uma destinação pública a um determinado bem, caracterizando-o como bem de uso comum do povo ou bem de uso especial, por meio de lei ou ato adminstrativo". [2]
>
> Afetação, portanto, é a destinação do bem público à satisfação das necessidades coletivas e estatais, do que deriva sua inalienabilidade, decorrendo ou da própria natureza do bem ou de um ato estatal unilateral.
>
> **[...]** No caso dos autos, o bem objeto da lide não foi afetado à satisfação de qualquer interesse coletivo, inexistindo nos autos qualquer ato ou manifestação do poder público nesse sentido, o que se faz necessário, tendo em vista que, pela natureza do bem não se pode concluir por sua natureza pública, sendo certo que apenas a afirmação do apelante nesse sentido não basta, mormente quando desacompanhada de prova.
>
> Assim, temos que agiu acertadamente o magistrado singular ao negar a natureza de bem público ao imóvel usucapiendo, haja visto que desprovido das características necessárias para ser considerado como tal, não merecendo reformas a sentença monocrática nessa parte.
>
> **(**f. 835-6).

Penso ainda, conforme consignou o douto Desembargador relator do feito, que é inaplicável ao caso o art. 3º da Lei n. 6.969/81, porquanto é Lei Especial afeta a usucapião especial rural e a pretensão encartada na presente demanda diz respeito ao reconhecimento da usucapião extraordinária, regida pelo Código Civil de 1916.

2 **Manual de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006, p. 263.

Assim, a solução para a controvérsia posta à apreciação deste Tribunal de Justiça reside na verificação do preenchimento dos requisitos legais que devem coexistir para a ocorrência da usucapião extraordinária.

Nessa extensão, cumpre dizer que, em qualquer modalidade de usucapião, são três os requisitos essenciais a serem observados: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini.*[3]

Com relação ao requisito tempo**,** insta salientar que, sob a égide do CC/1916, o lapso exigido para a aquisição da propriedade mediante a usucapião extraordinária era, como se sabe, de 20 anos (art. 550, CC/16), o qual é aplicável ao caso dos autos, tendo em vista que os autores alegam a aquisição da propriedade anteriormente à edição do Novo Código Civil, que reduziu esse prazo para 15 anos.

Para um melhor esclarecimento da matéria, de bom alvitre registrar que, na espécie, tem-se a chamada posse *accessio possessionis*, eis que a autora adquiriu a posse em virtude de um negócio jurídico firmado com o possuidor anterior, o que já era permitido pelo art. 552 do CC/1916, segundo o qual "*o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a do seu antecessor (art. 496), contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas*".

A posse dos autores teve início em 05 de junho de 1991 quando a eles foi cedida por Contrato Particular de Cessão e Transferência de Direitos de Posse (f. 11-3), sendo que a referida posse foi somada a de seus antecessores, Sr. Loreto Penha Rodrigues e Olivia Corim Rodrigues e cedentes, cujo termo inicial, por sua vez, não está induvidosamente demonstrado nos autos.

No contrato de Cessão do direito de posse, declararam os cedentes que eram possuidores desde o ano de 1958. Em termo de acordo formulado em 18.6.1987 declararam, por sua vez, que ocupavam a área há cerca de doze anos, ou seja, desde o ano de 1975. Porém, a prova testemunhal indica que a ocupação seria anterior ao ano de 1973, porquanto o filho dos cedentes, Adão Penha Curin, em depoimento anexado à f. 691, afirmou que estava presente na assinatura do acordo e não sabe a razão de ter constado que a posse era de doze anos, pois seria de mais ou menos de 19 anos.

O filho do proprietário da área, Sr. Altair Antoninho Bressiani, foi categórico em afirmar que o seu pai a comprou em 1973 ou 1974 e que o Sr. Loreto já estava na área há um tempo considerável (f. 693) e lá foi mantido com sua família.

Desta forma, parece induvidoso que no ano de 1972 os antecessores dos autores já eram detentores da posse do bem, devendo ser esta a data a ser considerada como termo inicial da posse, a qual perdurou até 22.12.1992, data em que os autores foram notificados sobre a pretensão da ré de desocupação da área.

Outra questão a ser dirimida diz respeito à interrupção da prescrição pelo termo de acordo anexado às f. 268 e, ao meu modo de ver, a avença não teve esse efeito alegado pelos recorrentes.

Segundo disposição do art. 553 do CC/16 "*as causas que obstam, suspendem, ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (art. 619, parágrafo único), assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor*".

As causas de interrupção da prescrição estavam previstas no art. 172 do CC/16, sendo que as transcrevo a seguir:

> Art. 172. A prescrição interrompe-se:
>
> I – pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente;

3 FARIAS, Cristiano Chaves e outro. **Direitos Reais**. 4. ed. Lumen Juris, 2007. p. 271.

> II – pelo protesto, nas condições do número anterior;
>
> III – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores;
>
> IV – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
>
> V – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Ora, o termo de acordo firmado entre os antecessores dos autores na posse, o Secretário de Estado de Indústria e Comércio, o Secretário de Estado de Agricultura e Pecuária, o Secretário de Estado para assuntos fundiários e o diretor Geral do Departamento de Terra do Estado de Mato Grosso do Sul, é representativo de um contrato sinalagmático, em que o Sr. Loreto e seu filho se comprometem a entregar a área, mas o Estado de Mato Grosso do Sul também se compromete, em contrapartida, a fornecer, em comodato, duas casas no Distrito Verde de Dourados, quando fosse implantado.

Ora, o acordo não foi cumprido, o que determinou a permanência dos posseiros no bem, de forma mansa e pacífica, e, ademais, falta à avença um dos requisitos previstos na lei, qual seja, inequivocidade.

Isso porque um dos posseiros não a assinou e o Sr. Loreto Penha, que era analfabeto, imprimiu sua digital e foi representado por Osmair Antônio Scarpari, o qual não tinha procuração para tanto.

Assim, ainda que esteja formalizado o acordo, resta dúvida quanto à vontade dos posseiros no ato da assinatura do termo, sendo incontestável que o termo foi unilateralmente produzido pelos representantes do Estado e anuído pelos posseiros de forma provavelmente viciosa quanto à declaração de vontade.

Desta forma, se a prescrição não foi interrompida em 1987, é de se ver que a posse que teve início em 1972 e fim em 22.12.1992 ultrapassa os 20 anos previstos na lei civil, de sorte que os autores adquiriram a propriedade do bem descrito na inicial pela usucapião extraordinária.

Em face do exposto, acompanho o eminente relator para negar também provimento ao recurso.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO 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. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2011.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.037850-5 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO – AFASTADA – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE HOUVE SIMULAÇÃO – MÁ-FÉ CONFIGURADA – AQUISIÇÃO DO IMÓVEL APÓS O REGISTRO EM CARTÓRIO – PERDAS E DANOS – PERÍODO DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL – DEVIDO – VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – RECURSO PRINCIPAL IMPROVIDO – APELO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se o recurso ataca de forma clara e específica os motivos de fato e de direito pelos quais se pretende a reforma da decisão, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

Não havendo provas da ocorrência de simulação na celebração de contrato de compra e venda, impõe-se a improcedência da pretensão anulatória, uma vez que tal vício não pode ser presumido.

Se a aquisição do imóvel pela ré ocorreu posteriormente ao registro no cartório de imóveis de contrato de compra e venda firmada pela autora, resta configurada a má-fé da requerida.

É devida a pretensão de indenização pelo tempo de fruição do imóvel reivindicando, sob pena de se configurar o enriquecimento ilícito da apelada, que se manteve durante todo o tempo na posse do imóvel, usando e gozando, sem prestar qualquer contraprestação ao seu proprietário.

É permitida a cobrança de perdas e danos pela fruição do imóvel de 0,5% ao mês, sobre o valor atualizado do bem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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 principal e dar parcial provimento ao recurso adesivo.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Varlene Rodrigues da Silva recorre da sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente os pedidos formulados na ação de reivindicação ajuizada pelo Sistema *Factoring* Ltda., a fim de determinar a imissão da autora na posse do imóvel descrito na inicial, condicionado ao prévio depósito do valor das benfeitorias realizadas no bem, a serem apuradas em liquidação de sentença.

Sustenta, em suma, pela nulidade do título de propriedade, uma vez que resta comprovado que houve simulação na venda do bem em discussão do antigo proprietário, Sr. Luiz Antônio, e a autora, ora apelada.

Por sua vez, a requerente também apela adesivamente, argumentando fazer jus a indenização por perdas e danos, porque ficou impossibilitada de explorar economicamente a sua propriedade em razão da posse da ré. Requer o arbitramento de indenização por fruição do imóvel no percentual de 1% (um por cento) por mês de ocupação do mesmo desde a data da tomada injusta da posse até a efetiva entrega do bem.

Nas contrarrazões (f. 978-86 e 991-3), a autora suscita preliminar de não conhecimento do apelo da ré, por violação ao princípio da dialeticidade. No mérito, os litigantes pugnam pelo improvimento do recurso da parte contrária.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Cuida-se de ação reivindicatória intentada por Sistema *Factoring* Ltda. em face de Varlene Rodrigues da Silva, ao argumento de que adquiriu de Luiz Antonio Ferreira da Cruz, mediante escritura pública de compra e venda, um lote de terreno no loteamento denominado Jardim Panamá, nele contendo um imóvel residencial, sendo que, simultaneamente à lavratura da escritura, tomou posse do bem, passando a edificar benfeitorias, porém, quando seu funcionário foi mostrar o imóvel para um suposto comprador, constatou que a requerida ocupava o imóvel, negando-se a desocupá-lo, dizendo também ter adquirido de Luiz Antonio Ferreira da Cruz a propriedade do imóvel, só que por instrumento particular. Ao final, requer que seja imitida na posse do mencionado imóvel, bem como a condenação da ré em perdas e danos.

O magistrado de instância singela julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na peça inaugural, a fim de determinar tão-somente a imissão da autora na posse do imóvel descrito na inicial, condicionado ao prévio depósito do valor das benfeitorias realizadas no bem, a serem apuradas em liquidação de sentença.

Dessa decisão recorrem os litigantes.

A ré apela, sustentando, em suma, pela nulidade do título de propriedade, uma vez que resta comprovado que houve simulação na venda do bem em discussão do antigo proprietário, Sr. Luiz Antônio, e a autora, ora apelada.

Já a requerente recorre adesivamente, argumentando fazer jus a indenização por perdas e danos, porque ficou impossibilitada de explorar economicamente a sua propriedade no imóvel em razão da posse da ré. Assevera pela condenação da requerida em indenização por fruição do bem no percentual de 1% (um por cento) por mês de ocupação do mesmo desde a data da tomada injusta da posse até a efetiva entrega da propriedade.

Preliminar

Preliminar de não conhecimento do recurso - Dialeticidade

A requerente, em suas contrarrazões, argumenta pelo não-conhecimento do recurso, por violação ao princípio da dialeticidade, visto que as razões do apelo da ré tratam-se de mera cópia das alegações insurgidas na peça de defesa.

Tenho que a preliminar não merece prosperar, uma vez que o apelo atende as regras do artigo 514, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, bem como ataca de forma clara e específica os motivos de fato e de direito pelos quais se pretende a reforma da decisão, contrariando, assim, as razões formuladas pelo magistrado *a quo.*

Nelson Nery Júnior, em sua obra Teoria Geral dos Recursos, 6. ed., São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2004, p. 176, preleciona que *"o recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão. Só assim a parte contrária poderá contraarrazoá-lo, formando-se o imprescindível contraditório em sede recursal".*

A respeito, confira-se o posicionamento de nossa jurisprudência:

> RAZÕES DE APELAÇÃO - ARGÜIÇÃO PRELIMINAR PARA NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ANTE A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - REJEIÇÃO - EXPOSIÇÃO DOS FATOS E FUNDAMENTOS DO INCONFORMISMO (OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIALETICIDADE E DO CONTRADITÓRIO) - EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA DE IMÓVEL OBJETO DE CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO - PEDIDO PROCEDENTE - SÚMULA N. 84/STJ - DECISÃO MANTIDA. Deve ser conhecido o recurso quando o apelante expõe claramente os fatos e fundamentos que embasam seu inconformismo, de modo a permitir ao recorrido a apresentação das contrarazões, observando-se o princípio da dialeticidade e do contraditório em sede recursal. (TJSC, AC n. 2003.008537-8, Rel. Des. Gastaldi Buzzi, julgado em 28.8.2003).

Dessa forma, tenho que a recorrente relatou os fatos que entendeu ter ocorrido, bem como o direito que sustenta possuir, de modo hábil a ensejar o conhecimento do apelo.

Assim sendo, rejeito esta preliminar.

Mérito

Recurso da Requerida

Pelo que se vê do teor dos autos, houve uma dupla alienação do mesmo bem, tendo a pessoa de Luiz Antonio Ferreira da Cruz negociado o imóvel com ambas as partes do processo.

Denota-se que a requerente, ora apelada, é quem detém a propriedade do referido bem, conforme se verifica no registro geral de imóveis da 3ª circunscrição de f. 15.

Em que pese à alegação da apelante no sentido de que o contrato de compra e venda, celebrado entre a apelada e o Sr. Luiz Antonio traduz-se em simulação de negócio jurídico, devendo, em razão disso, ser declarado nulo, não merece prosperar, porquanto ela deixou de comprovar tal fato.

Por oportuno, vale consignar que nas situações em apreço o conjunto probatório é meio imprescindível para se obter o deslinde do conflito, sendo que, nos ditames do artigo 333, II, da Lei Processual Civil, incumbe à parte que aduz a inexistência de determinado fato o ônus na produção da prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, o qual, *in casu*, refere-se à eventual validade do mencionado contrato de compra e venda, que caracterizou a propriedade da apelada.

Ocorre que, de fato, a ré não conseguiu de se desincumbir do ônus de apresentarem as provas capazes de desconstituir o direito da autora, uma vez que se amparou em meras alegações, sem qualquer meio de prova concreta.

Logo, por mais que a recorrente tente no apelo, por meio de alegações genéricas, demonstrar a simulação, não foi, *in casu*, possível desconfigurar o contrato de compra e venda, posto que ele foi firmado sob à luz do princípio da autonomia da vontade das partes e registrado por elas em cartório de registros públicos, não caracterizando aludida simulação.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria já pacificou, veja-se:

> **A configuração da simulação depende nítida intenção das partes contratantes em emitir declaração de vontade divorciada do que intimamente desejam, com a finalidade de enganar inocuamente, ou em prejuízo da lei ou de terceiro.** (TJMS, AC n. 2011.020618-7, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 18.8.2011) (destaquei).

Dessa forma, tenho que a alegada simulação não restou comprovada nos autos, devendo permanecer *in totum* a sentença vergastada pela juíza *a quo* neste ponto.

Recurso da Autora

A recorrente alega fazer jus a indenização por perdas e danos, porque ficou impossibilitada de explorar economicamente a sua propriedade no imóvel em razão da posse da ré.

Analisando os autos, nota-se que a apelante adquiriu de Luiz Antônio Ferreira da Cruz a propriedade do bem, no dia 27 de março de 2002, mediante escritura pública de compra e venda, registrado na matrícula do imóvel em 28 de maio de 2002.

Entretanto, constata-se que o contrato de compromisso particular de compra e venda do mesmo imóvel celebrado entre a ré e Luiz Antônio ocorreu somente na data de 30 de julho de 2002, ou seja, posteriormente ao registro na matrícula de imóvel do contrato celebrado pela apelante.

Desse modo, é claro que não resta evidenciada a boa-fé por parte da recorrida quando da aquisição do bem, uma vez que caberia a ela, antes de celebrar qualquer contrato com Luiz Antônio, ter consultado a serventia do registro de imóveis, a fim de verificar qualquer obstáculo para a realização do negócio jurídico, o que efetivamente não ocorreu, no caso em tela.

Portanto, a pretensão de indenização por perdas e danos pelo tempo de fruição do imóvel reivindicando, de fato, merece prosperar, sob pena de se configurar o enriquecimento ilícito da apelada, que se manteve durante muito tempo na posse do imóvel, usando e gozando, sem prestar qualquer contraprestação ao seu proprietário.

Dessa forma, entendo cabível a condenação da recorrida por perdas e danos pela fruição do imóvel a ser paga em favor da apelante pelo tempo em que aquela usou e gozou do imóvel, devidos desde a imissão na posse até a sua efetiva entrega.

No que tange ao percentual a título perdas e danos pela fruição do bem, tenho que o percentual deve ser de 0,5% (meio por cento) ao mês sobre o valor do bem atualizado.

Em situação análoga já manifestei entendimento:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO – INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL – TERMO *A QUO* – POSSE DO COMPRADOR – TAXA DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL – (0,5%) AO MÊS SOBRE O VALOR ATUALIZADO DO BEM – COBRANÇA PERMITIDA – PAGAMENTO DAS DESPESAS DO IMÓVEL POR AQUELE QUE DETÉM A POSSE DO BEM – PREVISÃO CONTRATUAL – PEDIDO

DE REDUÇÃO DAS PERDAS E DANOS FORMULADO EM CONTRARRAZÕES – INADMISSÍVEL – RECURSO PROVIDO.

A indenização pela fruição do imóvel deve incidir desde a imissão de posse do comprador até a efetiva reintegração.

É permitida a cobrança de perdas e danos pela fruição do imóvel de 05% ao mês, sobre o valor atualizado do bem. [...] (TJMS, AC n. 2008.022347-5, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 14.7.2009). (grifei).

Conclusão

Pelo exposto, conheço de ambos os recursos e, negando provimento ao apelo de Varlene Rodrigues da Silva, dou parcial provimento ao recurso adesivo proposto pelo Sistema *Factoring* Ltda., para o fim de condenar a ré a pagar indenização por perdas e danos pela fruição durante o período em que esteve na posse do imóvel até a sua efetiva entrega, devendo essa indenização ser de 0,5% (meio por cento) do valor atualizado do bem, por mês de utilização. Outrossim, considerando que a autora decaiu em parte mínima do pedido, condeno a ré a arcar integralmente com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.

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 Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.005553-8 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA QUE IMPLICAVA RISCO DE MORTE AO CONTRATANTE – COBERTURA OBRIGATÓRIA, INDEPENDENTEMENTE DE PREVISÃO CONTRATUAL – ART. 35-C DA LEI N. 9.656/1998 – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE LIMITA A ÁREA DE COBERTURA DO PLANO – ABUSIVA – MULTA IMPOSTA POR DESCUMPRIMENTO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA – MANTIDA – DANOS MORAIS DECORRENTES DA RECUSA INDEVIDA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES EM SUPORTAR OS CUSTOS COM O TRATAMENTO DA PATOLOGIA QUE ACOMETIA O BENEFICIÁRIO – CONFIGURADOS – *QUANTUM INDENIZATÓRIO* – MAJORADO – RECURSO DO AUTOR PROVIDO EM PARTE – RECURSO DA RÉ IMPROVIDO.

De acordo com o art. 35-C da Lei n. 9.656/1998, em situação de urgência que implicar risco de morte ou lesão irreparável para o contratante do plano de saúde, devidamente atestada pelo médico assistente, a cobertura do atendimento é obrigatória, independentemente de previsão contratual.

Em situação de urgência, a cláusula contratual de limitação geográfica de cobertura do Plano de Saúde é abusiva, nula de pleno direito, nos termos do art. 51, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, pois restringe um direito fundamental inerente à natureza do contrato, que é a proteção à saúde e à vida do contratante.

Na hipótese de magistrado impor multa diária para o caso de descumprimento de decisão prolatada em sede de tutela antecipatória, e a parte descumprir a ordem judicial, as *astreintes* são devidas, por força do art. 273, § 3º, c/c art. 461, § 4º, ambos do Código de Processo Civil.

A recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pelo beneficiário caracteriza dano moral, passível de indenização.

Em sede de indenização por danos morais, deve ser observado o critério da razoabilidade para que o valor arbitrado não seja extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento ilícito, tampouco de valor ínfimo, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de CASSEMS e, por maioria, vencido em parte o vogal, dar parcial provimento ao recurso do autor, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 20 de março de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pela juíza da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais que lhe move Luiz Antonio Sussi, para o fim de *"condenar a requerida Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – CASSEMS a autorizar o transplante de fígado ao requerente Luiz Antônio Sussi, bem como ao pagamento da indenização pelos danos morais causados, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais)"*.

Requer a apelante, a reforma da decisão, aduzindo, em apertada síntese, que: 1) a regulamentação acerca dos transplantes a serem custeados pelas operadoras é tratada pela Resolução n. 12 do Conselho de Saúde Suplementar, que obriga apenas a cobertura para custos de transplante de córnea e de rim, não prevendo cobertura para custos de transplante de fígado, como no caso dos autos; 2) as decisões judiciais que ampliam a cobertura assistencial pactuada acarretam prejuízos não mensurados, desproporcionais às contribuições associativas que sustentam o plano; 3) a cobertura da CASSEMS é restrita ao Estado de Mato Grosso do Sul, conforme determina o § 4º do art. 2º do seu Estatuto; 4) não poderia ter sido condenada ao pagamento de *astreintes*, porquanto o procedimento foi custeado pelo SUS, não prejudicando em nada a saúde do autor; 5) imputar-lhe o ônus de arcar com despesas não cobertas pelo plano escolhido pelo recorrido é demonstrar tratamento desigual dos direitos das partes; 6) é descabida a condenação em danos morais, haja vista ter cumprido com todos os seus deveres contratuais. Ao final, prequestiona os dispositivos que cita.

Luiz Antonio Sussi, por sua vez, recorre adesivamente, pleiteando a reforma do capítulo da sentença referente à indenização por danos morais, para que ela seja majorada para a importância de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em contrarrazões, as partes manifestam-se pelo improvimento dos recursos nas partes que lhes interessam.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Cuida-se de recursos de apelação interpostos por CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul e Luiz Antonio Sussi contra sentença prolatada pela juíza da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por este em desfavor daquela, para o fim de *"condenar a requerida Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – CASSEMS a autorizar o transplante de fígado ao requerente Luiz Antônio Sussi, bem como ao pagamento da indenização pelos danos morais causados, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais)"*.

Requer a primeira apelante, a reforma da decisão, aduzindo, em apertada síntese, que:

1) a regulamentação acerca dos transplantes a serem custeados pelas operadoras é tratada pela Resolução n. 12 do Conselho de Saúde Suplementar, que obriga apenas a cobertura para custos de transplante de córnea e de rim, não prevendo cobertura para custos de transplante de fígado, como no caso dos autos; 2) as decisões judiciais que ampliam a cobertura assistencial pactuada acarretam prejuízos não mensurados, desproporcionais às contribuições associativas que sustentam o plano; 3) a cobertura da CASSEMS é

restrita ao Estado de Mato Grosso do Sul, conforme determina o § 4º do art. 2º do seu Estatuto; 4) não poderia ter sido condenada ao pagamento de *astreintes*, porquanto o procedimento foi custeado pelo SUS, não prejudicando em nada a saúde do autor; 5) imputar-lhe o ônus de arcar com despesas não cobertas pelo plano escolhido pelo recorrido é demonstrar tratamento desigual dos direitos das partes; 6) é descabida a condenação em danos morais, haja vista ter cumprido com todos os seus deveres contratuais. Ao final, prequestiona os dispositivos que cita.

O segundo recorrente, Luiz Antonio Sussi, por seu turno, pleiteia a reforma do capítulo da sentença referente à indenização por danos morais, objetivando que ela seja majorada para a importância de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Passo à análise do recurso de apelação manejado por CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul.

Estabelece o art. 35-C da Lei n. 9.656/1998, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde:

> Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:
>
> I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

De uma simples leitura do preceito acima reproduzido, observa-se que, independentemente de previsão contratual, em situação de urgência que implicar risco de morte ou lesão irreparável para o contratante do plano de saúde, devidamente atestada pelo médico assistente, a cobertura do atendimento é obrigatória.

No caso em questão, denota-se da petição inicial e do relatório médico colacionado às f. 6, que o autor, agora recorrido, por ser portador de cirrose hepática, obedecendo tratamento ambulatorial há quatro anos, doença esta em evolução com frequentes quadros de encefalopatia, ascite volumosa, edema de membros inferiores e coagulopatia, com a possibilidade de o levar a óbito, possuía como única alternativa de tratamento com chance de cura a realização de transplante de fígado.

Diante disso, é forçoso reconhecer que a situação de emergência está devidamente caracterizada nos autos, enquadrando-se, portanto, no art. 35-C da Lei n. 9.656/1998, supra transcrito, sendo indevida a recusa da recorrente em autorizar o procedimento indicado pelo médico assistente do apelado, sob o simples argumento de que o regulamento do plano de saúde da CASSEMS e a Resolução n. 12 do Conselho de Saúde Suplementar não preveem cobertura com custos de transplantes de fígado.

Por outro lado, no que diz respeito à afirmação da apelante de que § 4º do art. 2º do seu Estatuto restringe a cobertura no Estado de Mato Grosso do Sul, tenho que tal previsão contratual não se mostra razoável, na medida em que a situação do demandante possuía caráter emergencial, bem como é abusiva, nula de pleno direito, nos termos do art. 51, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, pois é evidente que restringe um direito fundamental inerente à natureza do contrato, que é a proteção à saúde e à vida do contratante.

A propósito, como muito bem observado pela julgadora singular na fundamentação de sua sentença (f. 561-2):

> Ademais, o fato de o procedimento em questão ter sido realizado fora da abrangência geográfica da requerida não é capaz de subtrair do requerente seu direito à vida.
>
> Segundo se nota, não se duvida tratar-se de situação que necessitava de providência imediata, envolvendo risco de morte do requerente.

> Diante disso, mostra-se abusiva a limitação geográfica pretendida pela requerida, que se reputa extremamente onerosa ao requerente por estar fora de seu controle.
>
> Assim, diante de tal situação, ainda que o requerente tenha optado por um hospital fora da região de abrangência da requerida, vislumbra-se que esta não poderia isentar-se do dever de custear o procedimento em questão, haja vista que se deu em caráter de urgência, devido ao quadro clínico que o requerente apresentava.

De outra banda, com relação às *astreintes* aplicadas em primeira instância, observa-se da decisão interlocutória de f. 15-20, que a juíza singular deferiu pedido de tutela antecipatória formulado na petição inicial, determinando à ré, ora recorrente, que autorizasse e custeasse o procedimento de transplante de fígado em favor do autor, fixando multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) até o limite do valor do procedimento médico, qual seja, R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Observa-se, ainda, que, intimada da decisão acima mencionada, a recorrente permaneceu inerte, de modo que o transplante de fígado teve que ser realizado pelo Sistema Único de Saúde – SUS –, tendo em vista a situação de emergência.

Assim, em razão do descumprimento da ordem judicial, a meu sentir, a multa imposta em desfavor da recorrente deve ser mantida, *ex vi* do art. 273, § 3º, c/c art. 461, § 4º, ambos do Código de Processo Civil.

No tocante ao dano moral, neste caso particular, por se tratar de direito indisponível, a saber, direito à saúde e à vida de um ser humano, a recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pelo beneficiário caracteriza dano moral, com o consequente dever de indenizar, pois é induvidoso que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições. Aliás, esse é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> Direito Civil. Recurso especial. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa indevida. Dano moral. Cabimento.
>
> **- É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada.**
>
> Precedentes do STJ.
>
> Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 1054856/RJ, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 5.11.2009). (destacamos)

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento dos dispositivos citados pela apelante, em suas razões recursais, trata-se de questões suficientemente debatidas, sobre as quais é desnecessária a manifestação expressa no acórdão decisão.

Passo ao exame do recurso de apelação na modalidade adesiva proposto por Luis Antonio Sussi.

Pretende o apelante, em suma, que a indenização a título de danos morais fixada pela julgadora de primeiro grau, no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais), seja aumentada para a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

Como é cediço, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o arbitramento a título de indenização por danos morais, sendo uma questão subjetiva que deve apenas obedecer a alguns

critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante em cometer futuros atentados.

Carlos Alberto Bittar destaca a importância do caráter punitivo da indenização por danos morais, dizendo:

> [...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. (Reparação civil por danos morais, 3. Ed. ver., at. e ampl., Ed. **Revista dos Tribunais**, 1993, p. 233).

Rui Stoco, em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. **RT**, São Paulo: 2001, p. 1.030, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
>
> b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
>
> c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
>
> d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
>
> e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;
>
> f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
>
> g) não indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
>
> h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.

Desse modo, observando os precedentes judiciais e examinando as peculiaridades do caso em tela, com a atenção voltada à capacidade econômica das partes, o caráter pedagógico da medida e, em especial, o fato de a ré, agora apelada, ter recusado indevidamente o transplante de fígado no autor, o qual, vale lembrar, corria risco de morte, haja vista o estado avançado da doença que o acometia, entendo que o *quantum* indenizatório fixado no primeiro grau de jurisdição é insuficiente para compensar o sofrimento suportado pelo apelante, motivo pelo qual, a meu juízo, deve ser majorado para a importância de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Face a todo o exposto, conheço dos recursos, negando provimento ao interposto por CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, ao passo que dou parcial provimento ao apelo manejado por Luis Antonio Sussi para, reformando em parte a sentença, aumentar a indenização por danos morais para a quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Revisor)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal)

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – CASSEMS – e Luiz Antonio Sussi interpuseram recursos de Apelação contra a sentença prolatada pela juíza da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, fixados em R$ 10.000,00, pois, mesmo após a estipulação da multa diária no valor de R$ 5.000,00 (limitados à R$ 35.000,00), deixou a entidade de pagar pela realização do transplante de fígado de seu associado.

Majorar referida verba significaria, ao meu sentir, em enriquecimento sem causa do segurado, pois não obstante ter sido indevidamente negada a cobertura da seguradora apelada ao seu transplante de fígado, este foi realizado pelo Sistema Único de Saúde, em virtude da emergência, o que, por certo, mitiga os danos morais que lhe são devidos.

Diferentemente seria, se não houvesse ocorrido o tratamento pelo SUS, pois, aí sim, a aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, decorrente do seu total desamparado, seria de intensidade tal a justificar a indenização em valores acima do estipulado na sentença.

Diante do exposto, mantenho a condenação da requerida ao pagamento dos danos morais no montante de R$ 10.000,00, uma vez que estipulado dentro de parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, negando provimento a ambos os recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE CASSEMS E, POR MAIORIA, VENCIDO EM PARTE O VOGAL, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR, 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 Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 20 de março de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.025627-8 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR ILEGITIMIDADE ATIVA DE PARTE – ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE TAL INDEFERIMENTO APÓS RECEBIMENTO DA INICIAL – OFENSA AO ARTIGO 471 DO CPC – AFASTADA – ILEGITIMIDADE DE PARTE – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NÃO ALCANÇADA PELA PRECLUSÃO- PENHORA DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA EMPRESA EXECUTADA – OFERECIMENTO PELA SÓCIA, EM NOME PRÓPRIO, PARA DEFESA DE DIREITO DA PESSOA JURÍDICA – ILEGITIMIDADE ATIVA – SENTENÇA MANTIDA – MATÉRIAS NÃO AFETAS AOS EMBARGOS – NÃO CONHECIDAS – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO.

Verificando o magistrado que a autora não possui legitimidade ativa para opor embargos de terceiro, pode ele indeferir a petição inicial, ainda que exista nos autos decisão anterior recebendo esses embargos, isto porque a legitimidade de parte diz respeito a uma das condições da ação, matéria de ordem pública que não é alcançada pela preclusão do artigo 471, do Código de Processo Civil.

Recaindo a penhora sobre imóvel de propriedade da empresa executada, não pode a sócia, em nome próprio, opor embargos de terceiro a fim de defender direitos da pessoa jurídica, possui a sócia legitimidade ativa para, uma vez que distintas são as personalidades jurídicas, sendo diversos os patrimônios de uma e de outra.

Não deve ser conhecido o recurso no tocante às matérias deduzidas pela parte que não sejam afetas aos embargos de terceiro, os quais são restritos à discussão quanto à ocorrência, por constrição judicial, de turbação ou esbulho em bens, cuja propriedade ou posse seja de terceiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Márcia Cristina Bressan Silveira interpõe recurso de apelação cível irresignada com a sentença proferida pela Juíza de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos dos embargos de terceiro que opõe em face do Banco Bamerindus do Brasil, indeferiu a inicial ante a ilegitimidade ativa

da embargante e declarou extinto o feito, com fundamento nos artigos 295, II, e 267, inciso VI, ambos do Código de Processo Civil, condenando-a, ainda, por litigância de má-fé, ao pagamento de multa no percentual correspondente a 1% sobre o valor da causa, bem como ao pagamento das custas processuais.

Afirma que, ante o disposto no artigo 471, do Código de Processo Civil, a sentença atacada não poderia ter indeferido de plano a petição inicial, modificando decisão proferida anteriormente às f. 616-8, que recebeu os embargos de terceiro.

Acrescenta que o MM. Juiz ao receber os embargos, considerando a sua condição de substituto da vara, por óbvio, postergou a análise das demais questões articuladas pela apelante de cunho processual e material, as quais somente são passíveis de enfrentamento após transcorrido o curso processual.

Entende que possui legitimidade processual ativa para opor os embargos de terceiro, visto que, na qualidade de sócia-administradora da empresa executada, deve representá-la legalmente, consoante parte final, do artigo 6º, e artigo 12, inciso VI, ambos do Código de Processo Civil.

Aponta que os atos processuais desencadeados no processo executivo, embora praticados frente à devedora, Center Carnes RM Ltda., afetam diretamente sua pessoa, diante da responsabilidade solidária que possui no desempenho de suas funções, conforme os artigos 1.016 c/c 1.053 e 1.064, todos do Código de Processo Civil de 2002.

Consigna que, em decorrência da transação processual realizada nos autos, convencionou-se a substituição processual dos devedores/executados, Center Carnes RM Ltda., Danielle da Silva Maia Leza e Rodrigo da Silveira Maia, os quais passaram a integrar o polo passivo da lide.

Destaca que jamais foi citada e tampouco intimada da penhora sobre o bem de sua propriedade, Matrícula n. 437-CRI Nioque, consoante exigem os artigos 652 c/c artigo 654 e artigo 669, ambos do Código de Processo Civil, vigentes e aplicáveis à época das respeitáveis decisões.

Salienta que, ao ingressar na empresa executada através da 18ª Alteração Contratual na data de 01.06.2002 (Cláusula quarta), assumiu o lugar da antiga proprietária Danielle da Silveira Maia Leza, adquirindo legitimidade ativa e passiva para representá-la em juízo.

Considera que a citação e intimação são matérias processuais de ordem pública e inconvalidáveis se não foram praticadas na forma legal, sendo certo que somente se aplica a teoria da aparência quando tratar-se de atos não essenciais ou quando praticados defeituosamente.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para, considerando que os atos de citação e intimação da penhora devem ser obrigatoriamente realizados pessoalmente em nome do representante legal do devedor, sob pena nulidade total do processo executivo, reformar a r. sentença singular que indeferiu a petição inicial, na forma do artigo 295, inciso II, do Código de Processo Civil, que reconhecendo a impossibilidade de modificação da r. decisão que havia recebido os embargos, que reconhecendo a sua legitimidade ativa e, em conseqüência, determinar o retorno dos autos à instância primitiva para que se dê continuidade ao processo de embargos de terceiro na forma preconizada, invertendo, no mais, todos os ônus sucumbenciais.

Não houve contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Márcia Cristina Bressan Silveira contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos dos embargos

de terceiro que opõe em face do Banco Bamerindus do Brasil, indeferiu a inicial ante a ilegitimidade ativa da embargante e declarou extinto o feito, com fundamento nos artigos 295, II, e 267, inciso VI, ambos do Código de Processo Civil, condenando-a, ainda, por litigância de má-fé, ao pagamento de multa no percentual correspondente a 1% sobre o valor da causa, bem como ao pagamento das custas processuais.

Perscrutando os autos, tenho que não procede a súplica recursal.

Primeiramente, alega a apelante que a sentença atacada, ante a disposição do artigo 471, do Código de Processo Civil, não poderia ter indeferido a inicial, modificando decisão anteriormente proferida, a qual recebeu os embargos de terceiro.

De fato, consta dos autos a existência de decisão interlocutória (f. 616-8) recebendo os embargos de terceiro e determinado a suspensão da ação de execução, ajuizada pelo banco apelado.

Contudo, a ilegitimidade ativa de parte, como uma das condições da ação, é matéria de ordem pública que, por essa razão, não é atingida pela preclusão, prevista no artigo 471, do Código de Processo Civil e, em razão disto, pode o juiz singular, mesmo após o recebimento dos embargos de terceiro, reconhecer a ilegitimidade ativa da apelante.

Neste sentido é a lição de Nelson Nery Júnior[1]:

> [...] As questões dispositivas decididas no processo não podem ser reapreciadas pelo juiz. As de ordem pública, por não serem alcançadas pela preclusão, podem ser decididas a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição (não em RE ou REsp). Pela mesma razão, pode o juiz redecidir as questões de ordem pública já decididas no processo.

Aliás, essa é a orientação adotada pela jurisprudência pátria, *verbis:*

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. OMISSÃO SOBRE A QUESTÃO REFERENTE À LEGITIMIDADE ATIVA PARA QUESTIONAR A COBRANÇA DE ICMS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL *A QUO*. POSSIBILIDADE.
>
> [...] 2. A ausência de legitimidade ativa, por se tratar de uma das condições da ação, é matéria de ordem pública cognoscível a qualquer tempo e grau, sendo insuscetível de preclusão nas instâncias ordinárias. Ressalte-se que, em se tratando de matéria de ordem pública, pode ser alegada na instância ordinária a qualquer tempo, podendo inclusive ser conhecida de ofício. [...]. (STJ, REsp n. 1252842/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julgado em 7.6.2011, DJ de 14.6.2011).
>
> Não ocorre preclusão para o juiz quanto aos pressupostos processuais e condições da ação, porque, em qualquer tempo e grau de jurisdição, não estando findo o ofício jurisdicional, lhe é lícito, apreciar tais questões. (RTJ 101/907).

Daí porque não possui respaldo jurídico algum a alegação da recorrente de que o magistrado da instância singela não poderia mais indeferir a petição inicial dos embargos após a decisão que os recebeu.

Igualmente, razão não assiste à apelante no tocante a sua legitimidade ativa para opor os embargos de terceiro de f. 2-23.

1 *In* Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 9. Ed., São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 615;

Com efeito, a respeito dos embargos de terceiro, dispõe o artigo 1.046, *caput,* do Código de Processo Civil que:

> Art. 1.046. 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 lhes sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.
>
> § 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.
>
> § 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

A respeito do mencionado dispositivo, Araken de Assis assim preleciona:

> O art. 1.046 do CPC procurou infrutiferamente enquadrar, de vez, a legitimidade ativa dos embargos de terceiro. Utiliza-se de algumas situações legitimadoras e, a partir delas, em princípio, caberiam os embargos: a) a quem não é parte no processo e, logo, se incluiu na rubrica de terceiro (art. 1.046, princípio); b) a quem é senhor e possuidor, ou apenas possuidor, dos bens (art. 1.046, § 1º); c) a quem, embora parte, vê submetidos à execução bens que, pelo título da sua aquisição ou pela qualidade da posse, a ela não se sujeitam (art. 1.046, § 2º); d) ao cônjuge para defender os bens dotais, próprios, reservados ou as sua meação (art. 1.046, § 3º); e) ao credor hipotecário, pignoratício e anticrético (art. 1.047, II).
>
> Além disso, a análise da jurisprudência revela mais três casos: a) equipara-se à mulher casada, segundo o § 2º do art. 1.046, a companheira; b) a sociedade, quando forem penhoradas cotas de seu capital por dívida do sócio; c) o terceiro hipotecante, que não figura na relação processual originária, segundo proclamou a Terceira Turma do STJ. No que tange à última hipótese, o terceiro hipotecante que recebeu citação, bem como acabou intimado da penhora, figura como parte, e, portanto, legitima-se a embargar como devedor. (**Manual de Execução**, 9. ed., 2005, p. 1156-1157)

Ainda, acerca da qualidade de terceiro, Vicente Greco Filho esclarece:

> A qualidade de terceiro é estabelecida por exclusão: é terceiro, em primeiro lugar, quem não é parte no feito, ainda que possa vir a ser; é também terceiro quem, a despeito de participar do processo, participa em demanda qualidade diferente da qualidade que, pelo título de aquisição ou outro fundamento jurídico, pode levar à defesa do bem que não pode ser atingido pela apreensão judicial. É o caso, por exemplo, de um ato de apreensão judicial numa possessória que vem atingir um bem do réu, mas que não foi objeto da ação. São também terceiros os responsáveis patrimonialmente (art. 59), quando pedem exclusão dos seus bens dessa responsabilidade sem discutir o título executivo. Se estes quiserem discutir o título, devem ingressar, alternativa ou paralelamente, com embargos do devedor. (GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 3. v. 12. ed., At. Ed. Saraiva. São Paulo. P.254-255)

Destarte, pode-se afirmar que possui condição de terceiro todo aquele que não figure como parte no processo em que houve a constrição de bem que lhe pertence e, excepcionalmente, podem ser opostos por quem seja parte no feito, porém está condicionada à qualidade dos títulos que tenha sobre o bem objeto da constrição judicial.

Entretanto, no caso dos autos, verifica-se da cópia da Matrícula n. 437, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Nioque-MS (f. 25-42), que o imóvel objeto desta, o qual foi penhorado nos autos da ação de execução, não pertence à apelante, mas sim à empresa executada, Center Carnes RM Ltda.

Além do mais, não há qualquer alegação da recorrente quanto à qualidade dos títulos que detém sobre o referido bem constritado.

Ressalta-se, por oportuno, que, inobstante a apelante figure como sócia da empresa em lume, conforme 18ª Alteração Contratual desta às f. 54-5, isto não lhe permite opor embargos de terceiro, em nome próprio, para defender os interesses da sociedade, visto que a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus sócios, não se confundindo os patrimônios de um e de outro.

Soma-se a isso o fato de que apenas a apelante, como sócia, é que manifestou referida pretensão desconstitutiva, quando é certo que o documento de f. 56-61 (19ª Alteração Contratual da Sociedade) evidencia serem dois os sócios que compõem a sociedade empresarial.

Nesse norte, se a constrição judicial atingiu bem de propriedade da pessoa jurídica, esta é que possui legitimidade para deduzir em juízo a pretensão constante dos propalados embargos, visto porque é dela o direito em causa.

A propósito do posicionamento ora externado, colacionam-se os seguintes julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE LEGITIMIDADE ATIVA DO AGRAVANTE. SÓCIO QUE PLEITEIA, EM NOME PRÓPRIO, DIREITO DA SOCIEDADE DE QUE PARTICIPA. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.
>
> [...]
>
> 3. De todo modo, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, a personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade jurídica dos sócios. Assim, por constituírem pessoas distintas, distintos também seus direitos e obrigações. O sócio, por isso, não pode postular, em nome próprio, direito da entidade.
>
> 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgReg no Ag n. 935206/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 12.2.2008, DJ de 25.2.2008)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – NÃO COMPROVAÇÃO DE POSSE OU PROPRIEDADE PELO EMBARGANTE – ILEGITIMIDADE ATIVA – PREJUDICIAL AO MÉRITO – PRESCRIÇÃO – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO CARACTERIZADA – SENTENÇA REFORMADA EM PEQUENA PARTE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Não havendo prova de que o embargante-apelante detém a posse ou o domínio dos imóveis penhorados, não possui ele legitimidade ativa para opor embargos de terceiro, devendo o processo ser extinto, sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC. (TJMS, AC n. 2007.029831-4, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 2.2.2010, DJ de 9.2.2010).
>
> O sócio não tem legitimidade para, em nome próprio, defender a sociedade, eis esta tem existência distinta da de seus sócios. (TJSP, Ag n. 64.469-2, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Bueno Magano, julgado em 26.10.1983) (RJTJSP 87/259).

Nesse compasso, não sendo a recorrente a proprietária nem tampouco a possuidora do imóvel penhora, deve ser reconhecida a sua ilegitimidade ativa para ajuizar os embargos de terceiro e, por conseguinte, indeferida a inicial, com supedâneo nos artigos 295, II, e 267, inciso VI, ambos do Código de Processo Civil, como decidido na sentença atacada.

Por derradeiro, no que pertine às demais questões deduzidas neste recurso, relativas à intimação da empresa executada a respeito da penhora do bem e, ainda, à alegada substituição processual dos antigos devedores, tenho que estas não podem ser ventiladas no âmbito dos embargos de terceiro, os quais são restritos à discussão quanto à ocorrência de turbação ou esbulho em bens, cuja propriedade ou posse seja de terceiro.

E, assim sendo, deixo de conhecer dessas matérias.

Diante dessas razões, conheço em parte da apelação cível e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E, NA PARTE CONHECIDA, NEGARAM-LHE PROVIMENTO.

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 Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.033683-7 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TV POR ASSINATURA – CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA – NEGATIVAÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR NO SERASA COMPROVADA – DANO MORAL – EXISTÊNCIA DE OUTROS REGISTROS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO PROVIDO.

Comprovada a conduta lesiva da empresa requerida em incluir o nome do autor no Serasa por dívida que este não contraiu, caracteriza o ato ilícito, capaz de gerar o dever de indenizar.

A existência de outros registros em nome do autor nos órgãos de proteção de crédito não afasta o dever do réu indenizar os danos causados pela conduta ilícita, sendo que tal fato apenas reflete na fixação do *quantum* indenizatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara 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 janeiro de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Silvio Kleber Caime Macedo, inconformado com a r. sentença proferida pelo Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Indenização por Danos Morais com Pedido de Tutela Antecipada promovida em face da Sky Brasil Serviços Ltda., que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para apenas declarar a inexistência do débito resultante do contrato n. 0036236566, indeferindo o pedido por danos morais, e ao final condenou ambas as partes a arcar com metade das custas e despesas processuais, ficando compensados os honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 306 do STJ, interpõe o recurso Apelação Cível, visando a reforma da r. sentença na parte em que deixou de condenar a apelada no pagamento dos danos morais.

Para tanto, aduz que, contrário ao consignado na r. sentença, houve sim a negativação indevida do norma do apelante por parte da empresa apelada, o que é comprovado pelo Termo de Audiência colacionado às f. 11 dos autos, onde a requerida admiti a inclusão do nome do autor no Serasa, em razão do débito reconhecidamente inexistente.

Esclarece que embora o ofício de f. 24 aponta que em 17.1.2011 o nome do apelante não se encontrava em seus cadastros, tal fato se deu porque como admitido pela apelada (f. 11) em data anterior àquela, mais precisamente em 3.3.2010, está providenciou a sua exclusão do nome do recorrente do Serasa, razão pela qual evidente o direito do autor ao pleito indenizatório em razão da indevida negativação de seu nome.

Alega ainda que o fato do apelante possuir outra restrição em seu nome, não exime a responsabilidade da recorrida, já que não só a anotação indevidamente apontada pela mesma configura dano, mas também toda a peregrinação que o recorrente teve que fazer perante a empresa requerida, para buscar uma solução para o equívoco cometido por aquela.

Por fim, requer seja dado provimento ao apelo para o fim de reformar em parte a r. sentença, condenado a apelada ao pagamento da indenização por dano moral, bem como ao pagamento integral dos ônus da sucumbência.

A apelada ofertou contra-razões (f. 141-201), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso por Silvio Kleber Caime Macedo, objetivando a reforma parcial da r. sentença, para o fim de condenar a apelada ao pagamento da indenização por danos morais, e ao pagamento integral dos ônus da sucumbência.

Tenho que o recurso merece provimento.

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 restou devidamente comprovado nos autos, a empresa requerida agiu culposamente, quando de forma arbitrária, sem a devida cautela e em desobediência às regras do Código de Defesa do Consumidor que regulamentam a relação das partes, realizou a cobrança de dívidas em nome do autor, ora apelante, que este sequer contraiu, o que, como confessado pela apelada, consoante Termo de Audiência acostado às f. 11 dos autos, resultou na indevida inclusão do nome do apelante nos cadastros dos órgãos de restrições de crédito, *in casu*, o Serasa, como inadimplente, fato incontroverso, restando, portanto, caracterizado o dever de indenizar.

Oportuno esclarecer que o ofício de f. 24 encaminhado pelo Serasa, data de 17.11.2011, portanto, após a apelada já ter providenciado a exclusão do nome do apelante do banco de dados do referido órgão, que segundo o Termo de Audiência acostado às f. 11 dos autos, ocorreu em 3.3.2010, o que explica a certidão de nada consta.

Ainda, insta observar que o fato de o nome do apelante já estar negativado nos orgãos de proteção ao crédito, por inadimplemento de outra obrigação, não retira a responsabilidade do apelado pela sua conduta lesiva e, tampouco, o dever de indenizar, sendo certo que tal circunstância apenas reflete na fixação do *quantum*, isto porque a inscrição irregular em bancos de dados de órgãos de restrição ao crédito, além de resultar em prática de ato ilícito, fere os direitos da personalidade, fazendo surgir o dever de indenizar.

Outro não é o entendimento manifesto pelo C. Superior Tribunal de Justiça e por este e. Corte, consoante se verifica dos julgados *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. EXISTÊNCIA DE INSCRIÇÕES ANTERIORES. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1 - Esta Corte entende que a existência de outras inscrições anteriores em cadastros de proteção ao crédito em nome do postulante dos danos morais não exclui a indenização, dado o reconhecimento de existência de lesão. Os valores fixados, nesses casos, porém, devem ser módicos. Precedentes.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgReg no REsp n. 1178363/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do TJ/RS), julgado em 15.6.2010).

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL EXISTÊNCIA DE OUTRAS INSCRIÇÕES. MODERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A existência de outras inscrições anteriores em cadastros de proteção ao crédito em nome do postulante dos danos morais não exclui a indenização

2. Inviabiliza-se o conhecimento de recurso especial quando a controvérsia reclama o reexame de elementos fático-probatórios presentes nos autos, a teor do óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgReg no Ag n. 1003036/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 26.8.2008).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO INDEVIDO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356/STF. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7/STJ. OCORRÊNCIA DE OUTROS REGISTROS.

[...]

4. Conforme orientação pacificada nesta Corte, “a ocorrência de outras inscrições anteriores em cadastros de proteção ao crédito em nome do postulante dos danos morais, não exclui a indenização, dado o reconhecimento da existência de lesão”. Precedentes.

5. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 813975/RJ-2006/0019422-4-, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 4.11.2006).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME NAS CENTRAIS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO SEM JUSTA CAUSA – DANO PRESUMIDO – OUTROS REGISTROS EM NOME DAQUELE QUE ALEGA O DANO – REFLEXO NA FIXAÇÃO DO MONTANTE RESSARCITÓRIO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A inscrição indevida nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, por si só, é o bastante para configurar dano moral presumido e passível de indenização.

A existência de outros registros em nome daquele que alega o dano, muito embora não tenha o condão de afastar o dever de indenizar, deve refletir sobre a fixação do montante ressarcitório. (TJMS, AC n. 2005.010146-2, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 20.9.2005).

> APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DA APELANTE NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – EXISTÊNCIA DE OUTRA ANOTAÇÃO – DANO MORAL PURO CARACTERIZADO – CIRCUNSTÂNCIA RELEVANTE NA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MONTANTE REDUZIDO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.
>
> A existência de outra anotação do nome da apelante nos cadastros de restrição ao crédito não afasta a presunção de prejuízo, típica do dano moral puro, pois não se refere simplesmente ao abalo de crédito do ofendido, na medida em que a inscrição indevida repercute na mais diversificada gama de interesses da parte.
>
> A circunstância de multiplicidade de anotações repercute substancialmente na fixação do *quantum* indenizatório, contudo, não afasta, categoricamente, a verificação do dano moral indenizável, salvo se evidenciar a contumácia do devedor, devendo ser reduzida a verba indenizatória. (TJMS, AC n. 2004.013580-0, Campo Grande Segunda Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 12.4.2005).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LANÇAMENTO INDEVIDO DO NOME DA AUTORA NA SERASA – DÍVIDA COMPROVADAMENTE QUITADA – ATO ILÍCITO CARACTERIZADO – EXISTÊNCIA DE OUTROS REGISTROS NO ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL NÃO AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Reconhecida a conduta indevida do réu em lançar o nome da autora na Serasa, por dívida comprovadamente quitada, está caracterizado o ato ilícito, capaz de gerar o dever de indenizar.
>
> A existência de outros registros em nome da autora no cadastro de devedores da Serasa, em face de débitos com terceiro, não afasta a existência do dano moral, que decorre *in re ipsa*. (TJMS, AC n. 2004.007133-7, Dourados, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 20.12.2004).

Portanto, não resta dúvida quanto ao dever da empresa requerida em indenizar os danos morais causados ao apelante em razão da sua contratação fraudulenta.

Assim, devida à indenização a título de dano moral, resta a discussão sobre a sua quantificação, o que passo a decidir agora.

Não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser fixado a título de indenização por dano moral, esta é uma questão subjetiva, que deve apenas obedecer alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

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.

Com efeito, na quantificação do dano moral deve-se valer de critérios de razoabilidade, ou seja, deve-se considerar, não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua, a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

No caso em tela, levando-se em conta o valor da dívida indevidamente cobrada, a existência de outras restrições em nome do apelante, as condições econômicas do ofensor e do ofendido, o grau da ofensa, o tempo que esta perdurou e o seu reflexo na vida do ofendido, adotando-se os parâmetros estabelecidos pelo STJ para fixação do quantum indenizatório, fixo a indenização por dano moral na importância de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), que pelos motivos supra, entendo não ser excessiva e nem irrisória, cumprindo satisfatoriamente com sua dupla finalidade compensatória e inibitória.

A propósito, a jurisprudência do STJ, a respeito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMAGEM. PUBLICAÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL. CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. Tendo sido o valor fixado de acordo com os padrões de razoabilidade e proporcionalidade não se verifica a possibilidade de intervenção desta Corte superior, *in casu*, resta patente a pretensão do agravante em rediscutir, em sede de recurso especial, os fatos e provas que orientaram o e. Tribunal *a quo* no deslinde da causa, o que encontra óbice no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.
>
> 2. O acolhimento dos danos morais em patamar inferior ao pedido na inicial não implica em sucumbência parcial.
>
> 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgReg no Ag n. 865178/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 18.12.2007). (grifei)
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUES. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. VALOR. CONTROLE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
>
> - Na fixação da indenização por danos morais devem ser levados em conta critérios preconizados pela doutrina e jurisprudência a fim de garantir a razoabilidade do quantum reparatório.
>
> - Escapa ao controle do Superior Tribunal de Justiça o pedido de aumento ou redução do valor da reparação por danos morais fixada em quantia não exagerada nem irrisória e que se mostra coerente com a jurisprudência da Corte. (STJ, Resp n. 347565/DF-2001/0114588-0–, Terceira Turma Cível, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 25.6.2002). (grifei)

Diante dessas razões, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para o fim de condenar a requerida, ora apelada, ao pagamento da importância de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de dano moral, a ser corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV a contar da sentença, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da data da citação, bem como ao pagamento da integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos doa RT. 20, § 3º, 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. 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 Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.036723-4 - Terenos
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALIENAÇÃO JUDICIAL – IMÓVEL COMUM ENTRE EX-CASAL – BEM INDIVISÍVEL – POSSILIDADE DE VENDA JUDICIAL – DIREITO DE PREFERÊNCIA DO OUTRO CONDÔMINO - PEDIDO DE PARTILHA DOS BENS ONDE RESIDEM OS LITIGANTES – MATÉRIA QUE NÃO PODE SER APRECIADA – AUSÊNCIA DE PEDIDO NA EXORDIAL – RECURSO IMPROVIDO

Sendo o imóvel indivisível, ao condômino é dado requerer, a qualquer tempo, a divisão da coisa, quando por desacordo acerca da adjudicação a um deles ou circunstância de fato, não for viável o uso e gozo do imóvel, não devendo a comunhão do bem ser imposta indefinidamente aos condôminos.

Deve o bem ser vendido em hasta pública e repartido o apurado entre ex-casal, preferindo-se, na alienação, em condições iguais de oferta, o condômino, *in casu,* a mulher, ao estranho.

Não pode ser apreciado, em sede de alienação judicial, o pedido da parte no sentido de que cada ex-consorte fique com a totalidade dos imóveis que residem, requerimento este que se refere à partilha de bens, notadamente se tal matéria não foi ventilada no pedido da exordial.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de março de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Célia Aparecida da Silva interpõe recurso de apelação cível inconformada com a sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Terenos que, nos autos da ação de alienação judicial que lhe promove Celso Alves Santiago, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para determinar a avaliação judicial, e posterior alienação judicial em hasta pública, do lote de n. 34, da quadra 4, do loteamento denominado Planalto Verde, com 50m de frente por 100m da frente dos fundos, perfazendo a área de 5000 m2, objeto da Matrícula n. 6957 do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição Imobiliária de Terenos-MS, repartindo-se o apurado entre as partes, descontando-se em favor da requerida, os gastos de melhoramento no imóvel, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença, preferindo-se na venda, em condições iguais de oferta, a requerida e, por conseguinte,

condenou as partes em custas, na proporção de 50%, cuja cobrança fica suspensa por ser beneficiários da justiça gratuita, sem honorários advocatícios.

Afirma que o imóvel rural lhe serve de residência, sendo, inclusive, de onde retira o seu sustento e das suas filhas.

Considera que a juíza singular deixou de observar a perda do motivo alegado pelo recorrido, de que se encontrava em dificuldade em razão do pagamento do correspondente a 30% de seus salários à título de pensão alimentícia, vez que, logo seguida, foi deferida a exoneração do referido pagamento, que importava em R$ 750,00 (Setecentos e cinqüenta reais).

Entende que deveria ser levado em consideração que os dois imóveis pertencentes ao ex-casal equivalem-se em valores e, por medida de justiça, precisaram ser regularizados de forma que cada um ficasse com o imóvel em que residem e dessem o fim de desejassem.

Destaca que o recorrido é servidor público estadual e concursado, possuindo salário mensal acima de R$ 2.400,00 (Dois mil e quatrocentos reais), ao passo que ela, além de não dispor de qualquer renda, depende da propriedade em que reside com suas filhas para obter seus sustentos, não tendo para onde ir, fato este suficiente para justificar sua resistência ao desfazimento do imóvel.

Insiste que, embora a r. sentença tenha reconhecido que efetuou inúmeras benfeitorias na propriedade onde reside e trabalha, autorizando, inclusive, o abatimento dos gastos com melhoramentos, tem-se que jamais será realizado de forma justa, até porque a intenção do recorrido é de prejudicar a recorrente.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para reformar a r. sentença a fim de negar a determinação de alienação do imóvel rural em questão, bem como, quanto aos imóveis pertencentes ao casal, na proporção de 50% para cada um, que seja determinada a regularização de forma que cada parte fique com a totalidade do imóvel em que residem.

As contrarrazões ao recurso foram ofertadas às f. 318-21, nas quais o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça às f. 327-32 opinou pelo conhecimento e provimento parcial ao recurso, reformando-se a r. sentença a fim de julgar improcedente o pedido inicial da ação de alienação judicial movida pelo apelado.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Célia Aparecida da Silva contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Terenos que julgou parcialmente procedente a ação de alienação judicial que lhe promove Celso Alves Santiago para determinar a avaliação judicial, e posterior alienação judicial em hasta pública, do lote de n. 34, da quadra 4, do loteamento denominado Planalto Verde, com 50m de frente por 100m da frente dos fundos, perfazendo a área de 5000 m2, objeto da Matrícula n. 6957 do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição Imobiliária de Terenos-MS, repartindo-se o apurado entre as partes, descontando-se em favor da requerida, os gastos de melhoramento no imóvel, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença, preferindo-se na venda, em condições iguais de oferta, a requerida e, por conseguinte, condenou as partes em custas, na proporção de 50%, cuja cobrança fica suspensa por ser beneficiários da justiça gratuita, sem honorários advocatícios.

A seguir passo à apreciação da pretensão recursal ora manifestada.

Pois bem, sustenta a recorrente a reforma da sentença quanto à determinação de avaliação e alienação judicial da chácara onde reside, descrita na Matrícula n. 6957, do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição Imobiliária de Terenos-MS, conforme às f. 142.

Contudo, perscrutando os autos, tenho que não procede essa insurgência.

Com efeito, infere-se às f. 8-15 que as partes litigantes firmaram acordo nos autos da ação de separação judicial (Processo n. 98.0005632-7), ficando estabelecida, dentre outras questões, a partilha do imóvel em questão, na proporção de 50% (Cinqüenta por cento) para cada um.

Observa-se, portanto, que o bem é indivisível, ao condômino, no caso o apelado, é dado requerer, a qualquer tempo, a divisão da coisa, quando por desacordo acerca da adjudicação a um deles ou circunstância de fato, como ocorre, não for viável o uso e gozo do imóvel, na medida em que a comunhão não deve ser imposta indefinidamente aos condôminos.

A propósito, o Código de Processo Civil, ao dispor sobre as alienações judiciais, preconiza, em seu art. 1.117:

> Art. 1.117. Também serão alienados em leilão, procedendo-se como nos artigos antecedentes:
>
> [...]
>
> II - a coisa comum indivisível, ou que, pela divisão, se tornar imprópria ao seu destino, verificada previamente a existência de desacordo quanto à adjudicação a um dos condôminos.
>
> No mesmo sentido, dispõe o artigo 1.322, desse mesmo *Códex, verbis:*
>
> Art. 1.322. Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendido e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

Consigna-se que na alienação do bem em hasta pública, preferirá a apelante, em condições iguais de oferta, ao estranho, como decidido na sentença (f. 300) e de acordo com o permissivo do citado artigo 1.322, oportunidade em que ela poderá comprar o quinhão do apelado, seu ex-esposo, a fim de permanecer na posse da chácara como sua única proprietária.

Nessa sorte, ante essas circunstâncias, é de se manter a alienação judicial do bem objeto da citada Matrícula n. 6957, entendimento este que, aliás, encontra amparo na assente orientação dos tribunais pátrios:

> APELAÇÃO CÍVEL - EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO - ART. 1.322 DO CÓDIGO CIVIL - BEM INDIVISÍVEL - ALIENAÇÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE - RETENÇÃO DE BENFEITORIAS REALIZADAS NO IMÓVEL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. Se o bem for indivisível, ou se a divisão torná-lo impróprio ao seu destino, é possível a alienação judicial do bem, com a conseqüente repartição do preço entre os condôminos. É possível a extinção de condomínio por vontade de um dos condôminos, com a conseqüente alienação judicial do bem imóvel, quando a coisa for indivisível e os consortes não concordarem em adjudicá-la a um só, indenizando os outros. [...]. (TJMG, AC n. 1.0431.04.009842-5/001, Décima Quarta Turma Cível, Relª. Desª. Hilda Teixeira da Costa, julgado em 6.10.2011, DJ de 25.10.2011).

> Extinção de condomínio. Alienação judicial de bem indivisível. Possibilidade. Condôminos não são obrigados a permanecer associados. Inteligência dos artigos 1.320 e 1.322 do Código Civil. Compensação entre as benfeitorias realizadas com o valor devido pela ocupação exclusiva do imóvel. Sentença Mantida. Recurso desprovido. (TJSP, AC n. 9197925-07.2007.8.26.0000, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Andrade, julgado em 26.7.2011, DJ de 27.7.2011).

Insta salientar que é certo que a recorrente custeou várias reformas e benfeitorias no imóvel, inclusive, melhorando a estrutura da casa existente no terreno (f. 59-78 e 220-1), mas os pertinentes gastos lhe serão ressarcidos, nos termos do artigo 1.219, do Código Civil, após a venda do bem e apuração do *quantum* devido a cada litigante, descontando-se em favor dessa, cujo pertinente valor deverá ser verificado em liquidação de sentença, como determinado pela juíza sentenciante às f. 300 destes autos.

Por fim, quanto ao pedido da recorrente no sentido de que cada parte fique com a totalidade dos imóveis que residem, entendo que, em sede de alienação judicial, não há como dispor sobre a partilha desses bens, notadamente quando a matéria não foi objeto do pedido constante da exordial da presente ação, como salientado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

Diante dessas razões, conheço deste recurso e, em parte com parecer, nego-lhe provimento, mantendo a inalterada a r. sentença atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, 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, 6 de março de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.002534-6 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – UNIÃO ESTÁVEL – AUSÊNCIA DE CONVERSÃO QUANDO DO CASAMENTO – NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS NA EXECUÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA COMPANHEIRA – IMÓVEL ADQUIRIDO POR UM DOS CÔNJUGES ANTES DO CASAMENTO – DIREITO À MEAÇÃO – INEXISTENTE – INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS – DEVIDA – CONSTRUÇÃO EM TERRENO – ACESSÃO RECURSO IMPROVIDO.

A certidão de casamento sem o reconhecimento da união estável não comprova a existência desta, quiçá quando um dos companheiros por diversas vezes de forma pública se qualifica como separado judicialmente.

Não são nulos os atos processuais praticados no processo de execução quando a causídica do executado, à época já casada com este, somente apresenta referida informação em embargos de embargos de terceiro, por não ser admitido a legar a própria torpeza.

Imóvel adquirido por um dos cônjuges antes do casamento, mesmo que ainda não tenha sido registrado no cartório de imóveis, não é partilhado, salvo se existir comprovação de que foi adquirido com o esforço comum.

A acessão feita por cônjuge que não seja proprietário do imóvel, não lhe confere o direito de meação, mas sim o de receber indenização pelos valores despendidos, matéria que deve ser objeto de ação própria.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de fevereiro de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Kênia Paula Gomes do Prado Fontoura, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos dos Embargos de Terceiro que opõe em face de Blockhaus Representações Ltda, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os embargos, nos termos do artigo 269, I, do CPC, condenando a ora apelante ao pagamento

das custas processuais e honorários advocatícios, estes em R$ 2.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC e, ainda, em razão do caráter protelatório, condenou a apelante ao pagamento da multa de 1% do valor da causa, com supedâneo no artigo 18 do CPC.

A apelante argui preliminar de nulidade da sentença por ter julgado antecipadamente a lide, eis que ofende o princípio constitucional do devido processo legal e ao direito de ação.

Alega ter salientado sobre a necessidade de produção de prova testemunhal para comprovar que vive em união estável com o executado, de março do ano de 2000 até a formalização do casamento e, também para comprovar a origem da dívida objeto da execução.

Alega que os atos processuais sucessivos à execução são nulos pela falta de intimação da ora apelante na condição de cônjuge, antes companheira do executado.

Sustenta ter atuado na defesa do executado desde o ano de 2007, mas como advogada regularmente constituída por aquele integrante da relação jurídico-processual, não pode ser confundida como parte, em qualquer circunstância.

Quanto ao mérito, aduz que o Código Civil não estabelece qualquer relação ente o bem objeto de execução e a responsabilidade do cônjuge, sendo que o liame previsto na norma é entre a dívida unilateralmente contraída e o benefício da família.

Argumenta que o artigo 1664 do Código Civil prevê a responsabilidade do casal pela obrigação unilateral, quando esta foi usada em proveito da família, situação que não ocorreu na hipótese em questão.

Afirma que, a obrigação objeto da execução é decorrente de suposto ato ilícito, de responsabilidade civil unilateral atribuída ao cônjuge da recorrente, em razão do rompimento de contrato celebrado em 8 de julho de 1999 e rompido unilateralmente em 27 de outubro de 1999.

Explica que o imóvel objeto da penhora foi adquirido em 8 de fevereiro de 2001, tendo sido ampliado em 2003, quando da união estável da apelante, não existindo qualquer relação entre o ato praticado pelo cônjuge da apelante em proveito da família.

Argumenta que, por força expressa do artigo 1659, III do Código Civil, ficam excluídas da comunhão as obrigações assumidas anteriormente ao casamento e, por extensão, à união estável.

Afirma que o valor executável não se trata de obrigação decorrente de empréstimo ou de aval ou de qualquer forma de captação de recurso, o que inverteria o ônus da prova para a recorrente, cujo dever processual seria provar que não houve benefício para a família decorrente da obrigação.

Sustenta deter o direito à meação do produto da hasta pública ou, em caso de adjudicação, que seja o adjudicante instado a depositar em juízo a parcela correspondente, para obter a transferência de propriedade.

Aduz restar injustificada a condenação em litigância de má-fé constante da sentença, pois sua pretensão está embasada em doutrina e decisões deste E. Tribunal e do STJ.

Requer o acolhimento da preliminar para que seja julgada insubsistente a sentença ou, o provimento do recurso.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Kênia Paula Gomes do Prado Fontoura, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos dos Embargos de Terceiro que opõe em face de Blockhaus Representações Ltda., objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os embargos, nos termos do artigo 269, I, do CPC, condenando a ora apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes em R$ 2.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC e, ainda, em razão do caráter protelatório, condenou a apelante ao pagamento da multa de 1% do valor da causa, com supedâneo no artigo 18 do CPC.

A apelante argui preliminar de nulidade da sentença por ter julgado antecipadamente a lide, eis que ofende o princípio constitucional do devido processo legal e ao direito de ação.

Quanto ao mérito, argumenta que o artigo 1664 do Código Civil prevê a responsabilidade do casal pela obrigação unilateral quando esta for usada em proveito da família, situação que não ocorreu na hipótese em questão.

Afirma que, a obrigação objeto da execução é decorrente de suposto ato ilícito, de responsabilidade civil unilateral atribuída ao cônjuge da recorrente, em razão do rompimento de contrato celebrado em 8 de julho de 1999 e rompido unilateralmente em 27 de outubro de 1999.

Explica que o imóvel objeto da penhora foi adquirido em 8 de fevereiro de 2001, tendo sido ampliado em 2003, quando da união estável da apelante, não existindo qualquer relação entre o ato praticado pelo cônjuge da apelante em proveito da família.

Argumenta que, por força expressa do artigo 1659, III do Código Civil, ficam excluídas da comunhão as obrigações assumidas anteriormente ao casamento e, por extensão, à união estável.

Inicialmente analiso as preliminares:

a) Nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa.

A apelante alega que a sentença é nula, posto que a questão controvertida não é apenas de direito, sendo necessária a realização de prova oral destinada a comprovar a união estável entre a apelante e o executado desde meados de março de 2000 até a formalização do casamento.

Na hipótese dos autos, vê-se que referida preliminar deve ser rejeitada, porquanto, a comprovação de união estável com objetivo de excluir a sua meação da penhora incidente sobre imóvel adquirido em conjunto com o companheiro deve, antes, ser reconhecida através de sentença transitada em julgado, o que não se vê na hipótese em questão.

Aliás, neste sentido é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> UNIÃO ESTÁVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS PELA COMPANHEIRA COM O OBJETIVO DE EXCLUIR A SUA MEAÇÃO DA PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL ADQUIRIDO COM O ESFORÇO COMUM. LEGITIMIDADE.
>
> - Reconhecida a união estável por sentença transitada em julgado, é a companheira parte legítima para oferecer embargos de terceiro com o objetivo de excluir a sua meação da penhora incidente sobre imóvel adquirido em conjunto com o companheiro. Recurso

> especial conhecido e provido. (REsp n. 93355/PR - 1996/0023096-0-, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 24.10.2000, DJ de 18.12.2000, p. 197, JBCC vol. 187 p. 329, LEXSTJ vol. 141 p. 119, REVJUR vol. 279 p. 95, RSTJ vol. 152 p. 378)

Embora a apelante comprove ser esposa do executado (f.80), tal fato não ocorre quanto ao seu reconhecimento de união estável, pois de acordo com o artigo 1.726 do Código Civil de 2002, "a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil."

No caso, a certidão de casamento civil da apelante não contém informação sobre pedido de conversão da união estável.

Por sua vez, ao cotejar os autos f. 469-72, denota-se que o executado à época em que realizou o contrato de compromisso de compra e venda do imóvel localizado na R. Bahia, 519 (8.2.2001), se qualificava como separado judicialmente. Situação esta que também perdurou quando apresentou contestação na ação de reintegração de posse por não cumprimento deste contrato (28.2.2002 f. 504-15 e 519)

Deste modo, denota-se que ao contrário do que argumenta a apelante, o executado, através de seus atos processuais não demonstrava possuir uma relação afetiva capaz de caracterizar a união estável.

No entanto, tal fato não obsta a legitimidade da apelante para opor embargos de terceiro, pois está casada com o executado, logo, tem assegurado este direito, de acordo com o artigo 1.046 do Código de Processo Civil, *ex vi:*

> Art. 1.046. 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, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

b) Nulidade dos atos processuais sucessivos à execução, por falta de intimação da ora apelante na condição de cônjuge, antes companheira do executado.

A apelante alega que os atos processuais sucessivos à execução não nulos, eis que não foi intimada na condição de cônjuge, antes companheira do executado, mas como advogada regularmente constituída para defender o executado desde 2007.

Em que pesem os argumentos da apelante, melhor sorte lhe assiste.

Ao cotejar os autos, denota-se que a apelante foi regularmente constituída para defender os interesses do executado, porém, quando da época em que começou a defendê-lo já estava casada, e nada alegou durante todo o processo de execução. (feito n. 001.07.103907-5/00001 f. 648-9/procuração, 871)

No caso, nota-se que a apelante alega a própria torpeza em benefício próprio. Contudo, tal situação não é aceita em nosso ordenamento jurídico, pois, na hipótese vertente, a apelante mesmo ciente dos atos processuais praticados na execução, por ser a causídica do executado, quedou-se inerte ao informar que, além de ser a causídica também é a esposa do executado.

Outrossim, de acordo com o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece."

Portanto, como no caso em questão a apelante além de ser esposa também foi a causídica do executado, então, sequer pode alegar que não tenha conhecimento da lei sobre o fato de que se trata.

Deste modo, deve ser mantido o fundamento pelo qual o magistrado rejeitou referida preliminar, que aliás peço vênia para transcrever:

> Alegou a embargante que os atos processuais sucessivos à citação executiva, inclusive a avaliação e penhora recaída sobre o imóvel de matrícula 16.641 do 1º C.R.I, são nulos porquanto não foi devidamente intimada do ato, vez que é meeira dos bens pertencentes ao executado.
>
> De fato, a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil visa preservar direitos de cônjuges quando tratar-se de causas em que o deslinde da demanda possam afetar direitos reais imobiliários (art. 10, § 1º c/c § 2º art. 655).
>
> Entrementes, a formalidade exigida pela lei não pode prevalecer sobre os próprios fins, parafraseando DINAMARCO: o processo é meio da prestação jurisdicional e não em fim e si mesmo.
>
> Digo isto, porque *primo ictu oculi*, vê-se que a embargante atuou na defesa do executado desde o ano de 2007, já na f. 648 constata-se sua assinatura na petição que manifestou-se favoravelmente à restauração de autos, também no agravo interposto contra decisão que reconheceu fraude à execução (f. 722-39), assim como da decisão que homologou a avaliação do imóvel (f. 894-910). Então, incabível avocar o aperfeiçoamento da formalidade, já alcançada sua finalidade.

Deste modo, rejeito a preliminar.

Do mérito.

Antes de analisar o mérito tenho que seja necessário tecer alguns esclarecimentos.

A apelante opôs embargos de terceiro para afastar da constrição judicial o bem objeto da penhora, qual seja, imóvel matriculado sob o n. 16.641, localizado na rua Bahia, n. 519, bairro Jardim dos Estados, alegando que é casada com o executado sob o regime de comunhão parcial de bens desde 21.8.2004, embora convivesse sob o regime de união estável desde meados de 2000.

Afirma que o imóvel objeto da penhora foi adquirido em 8.2.2001, sendo certo que na época da compra do imóvel, a área total era de 361,71 metros quadrados e, em 2003 foi ampliado, estando atualmente com 555,77 metros quadrados de área útil construída, ampliação essa que totalizou na época um investimento de R$ 261.736,66.

Argumenta ter direito a 50% do imóvel objeto da constrição, até mesmo com relação ao período em que convivia com o executado sob o regime de união estável, referente a primeira parte do escritório de 361,71 m² adquirido em 8.2.2001.

Explica que, quando o executado assinou com a ora apelada o contrato de prestação de serviços, que deu origem ao título executivo judicial, ainda não era casada, logo, não é responsável pela dívida.

O recurso não merece provimento.

Compulsando os autos denota-se que o imóvel objeto da matrícula n. 16.461, da C.R.I da 1ª Circunscrição, com área total de 425,25m², foi adquirido pelo Sr. José Valeriano de Souza Fontoura, ainda quando não era casado com a apelante.

Tanto é que, o imóvel foi adquirido por meio de compromisso de compra e venda realizado em 8.2.2001, mas somente após o cumprimento do acordo feito entre a antiga proprietária e o Sr. José Valeriano de Souza Fontoura, na ação de rescisão de contrato (feito n. 001.02.000804-8 - f. 534), em 16.6.2003, é que o negócio jurídico se efetivou.

Na hipótese vertente, nota-se que embora o executado tenha adquirido o imóvel, deixou de registrar na matrícula do imóvel a transferência, eis que teria realizado com Núbia Kelly Gomes do Prado (f. 467) contrato de compromisso de compra e venda e cessão de direitos, fato que ocasionou o reconhecimento da fraude à execução, e, por sua vez, a declaração de ineficácia da alienação entre a mesma e o executado (f. 627-30). Ineficácia esta, mantida por esta Corte, por ocasião do agravo de instrumento n. 2009.004886-3, senão vejamos:

> No caso sub *judice*, observa-se que as alienações e doações feitas pelo agravante, declaradas ineficazes na decisão agravada, ocorreram, respectivamente, em 13.9.2000 e 18.11.2003, como afirma o próprio agravante em F. 10 TJMS, quando já corria contra o agravante demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, qual seja, a ação de conhecimento proposta em 31.1.2000, cuja sentença agora se exige o cumprimento.
>
> Contudo, faz-se *mister* observar que não basta que a alienação tenha ocorrido depois de aforada ação no Poder Judiciário, sendo necessário que tal ato tenha reduzido o devedor à insolvência.
>
> No caso em evidência, observa-se que o agravante efetuou a doação e alienação de imóveis, sendo que tal fato ocorreu quando já existia em seu desfavor demanda capaz de levá-lo à insolvência.
>
> Acrescente-se, ainda, que indubitável é a insolvência do agravante, claramente demonstrada nos autos, por meio de certidões que declaram a ausência de bens.
>
> Assim, por tudo que dos autos consta, restou nitidamente comprovada a intenção do executado em fraudar a execução, evitando com isso saldar o seu débito junto ao credor. (f. 813-42)

Deste modo, diante da ineficácia da alienação feita entre o executado e Núbia Kelly Gomes do Prado, e, por ser a apelante cônjuge do executado, resta evidente que assiste a ela o direito de defender a sua meação, por meio da via processual dos embargos de terceiro.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, os embargos de terceiro "trata-se de ação de conhecimento, constitutiva negativa, de procedimento especial sumário, cuja finalidade é livrar o bem ou direito de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte." (*in* Código de Processo Civil Comentado, ed. **RT**, 9. ed., p. 1030)

Os embargos de terceiro são manejáveis tanto para a defesa da posse quanto da propriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do artigo 1.046 do CPC, *in verbis*:

> Art. 1.046. [...]
>
> § 1º. Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

Pelo que se observa dos autos, em 8 de fevereiro de 2001 (f. 480-3), foi celebrado Instrumento Particular de compromisso de compra e venda, tendo o executado, atualmente esposo da apelante, assinado o instrumento na qualidade de promitente comprador.

Porém, de acordo com o disposto no artigo 1.661 do CC/02, o imóvel localizado na rua Bahia, 519, é incomunicável, eis que adquirido ainda quando o executado não era casado, logo, não cabe à apelante a meação.

Por sua vez, estabelece o art. 1.661, do Código Civil de 2002, assim como o Código Civil de 1916, em seu artigo 272, que:

> São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Neste sentido é a doutrina de Sílvio de Salvo Venosa, Código Civil interpretado, ed. Atlas, p. 1523:

> São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento. Desse modo, se o consorte firmara compromisso de compra e venda de imóvel antes do casamento, esse bem não se comunica, ainda que a escritura definitiva seja firmada após, salvo se houver prova de que houve contribuição financeira do outro cônjuge após o casamento.

Cabe asseverar, outrossim, que caberia à apelante comprovar que a aquisição deste imóvel decorre de esforço comum, o que não se vê dos autos.

Por sua vez, quanto ao argumento da apelante de que realizou despesas para ampliar o imóvel, e, que por tal motivo tem direito à meação do imóvel, tenho que melhor sorte não lhe assiste.

Conforme se vê dos autos, o imóvel localizado na rua Bahia, n. 519, matrícula n. 16.461, no 1º C.R.I., o qual a apelante reinvindica a meação, é destinado para uso profissional do casal, pois é a sede do escritório de advocacia em que laboram.

No entanto, ao analisar os documentos acostados aos autos (f. 83-353), verifica-se que as notas fiscais referentes à reforma realizada no imóvel ora indicam como cliente/destinatário/consumidor/devedor Núbia Kelly Gomes do Prado, Fontoura Advocacia e Consultoria e José Valeriano Fontoura.

Com exclusão das despesas realizadas por Núbia Kelly Gomes do Prado, nota-se que as demais foram realizadas para atender as obrigações assumidas na reforma do escritório de advocacia do casal.

Deste modo, como o imóvel não é de propriedade da apelante, então, a constrição judicial não caracteriza esbulho.

Cumpre esclarecer que, neste caso, as construções realizadas no imóvel acedem a ele, já que não podem ser levantadas, sob pena de se perderem. Contudo, tal circunstância não modifica a titularidade.

Aqui, segundo os ensinamentos do mestre Humberto Theodoro Júnior, as construções realizadas pela apelante, se equiparam à benfeitorias, sendo, portanto, passíveis de serem indenizadas, *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. (**Curso de Direito Processual Civil**, Ed. Forense, 11. ed., 1994, vol. I, p. 284:)

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).” (**Direito Civil**, 4. Ed., Ed. Atlas, p. 204)

Sendo assim, a apelante tem direito à indenização pela acessão, sob pena de enriquecimento indevido, embora sem direito à meação do imóvel. No entanto, eventual direito sobre o valor referente a acessão somente pode ser apreciada em ação própria.

Portanto, como a apelante não é proprietária do imóvel, mantenho a sentença.

Pelo exposto, conheço do recurso, rejeito as preliminares, e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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, 28 de fevereiro de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.004154-6 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ERRO MATERIAL – TRADUÇÃO JURAMENTADA DOS DOCUMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA – PRELIMINARES REJEITADAS – EXTRAVIO BAGAGEM – – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – AUSÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – DANO MATERIAL – COMPROVADO – DANO MORAL – *QUANTUM* – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Os requisitos essenciais da sentença são relatório, fundamentos e dispositivo, faltando qualquer um deles a sentença estará nula.

É desnecessária a utilização de tradução juramentada, quando além dos documentos em língua estrangeira há também documentos nacionais detalhando e quantificando o valor dos danos materiais que a passageira entende devido.

A empresa aérea responde objetivamente pelos prejuízos materiais e morais causados ao consumidor em decorrência de extravio de bagagens.

O valor da indenização do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor.

Os danos materiais efetivamente comprovados devem ser ressarcidos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de março de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

TAM Linhas Aéreas S/A, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Reparação de Danos proposta por Pollyana Souza Gonçalves, interpõe apelação cível, alegando, preliminarmente, erro material, uma vez que na parte dispositiva da sentença, o magistrado inverteu os valores devidos a título de dano moral e material.

Aduz, em preliminar, que a apelada junta aos autos várias notas fiscais em idioma estrangeiro, no entanto, tais notas não podem ser consideradas no referido processo, tendo em vista que estão desacompanhadas de tradução juramentada, o que obsta a apreciação da referida prova.

No mérito, afirma que de fato a bagagem da apelada foi extraviada, fato este que lamenta a apelante, mas que não implica a desnecessidade de comprovação dos danos materiais e morais ora erguidos.

Sustenta que a apelada faz menção a inúmeros itens em sua bagagem e ainda afirma que esta possui somente 25kg. Pelas regras de experiência comum, pode-se imaginar que uma bagagem com tantas roupas, sapatos, bolsas, perfumes, conforme relatado pela apelada, fosse mais pesada que 25kg.

Esclarece que, em se tratando de pleito por indenização por danos materiais, caberia à apelada a demonstração do efeito decréscimo em seu patrimônio que decorresse dos fatos descritos em sua demanda. No entanto, ante a impossibilidade de averiguação dos itens constantes na bagagem, a Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), estabelece um valor presumido para a indenização, à falta de declaração do valor da bagagem transportada.

Dispõe que, justamente porque à empresa não é dado conhecer o conteúdo da bagagem, é presumido um valor limite de indenização, já que, em caso de extravio, nunca se saberá o que realmente havia na mala.

Assevera que o sistema de proteção ao consumidor, estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor não revogou as normas relativas à responsabilidade civil estabelecidas no Código Brasileiro de Aeronáutica.

Alega que, no campo "Bagagens – Avisos Importantes" dos bilhetes aéreos, constam informações importantes aos passageiros, inclusive informando que objetos frágeis e de grande valor, como por exemplo, relógios, perfumes, óculos, máquinas fotográficas, câmeras de vídeo e seus respectivos acessórios, notebooks, CD-Rom, etc, não podem ser transportados na bagagem despachada.

Afirma que a apelada descumpriu expressa determinação contratual e despachou, como bagagem comum, bem frágil e de grande valor e, agora, pretende ver-se indenizada por dano decorrente de sua própria desídia.

Aduz que se deve tratar o assunto como um simples contratempo, uma imprevisão que pode até alterar os planos iniciais da pessoa, mas que nem de longe chega a gerar tamanha vergonha, humilhação, amargura ou trauma na alma da pessoa, a ponto de fazer com que mereça receber indenização moral.

Esclarece que ao fixar a indenização, o juízo *a quo* não levou em consideração os parâmetros do art. 944 do Código Civil, segundo o qual o arbitramento respeitará a extensão do dano.

Sustenta que está evidente o exagero na fixação do valor da condenação, devendo ser reduzida ao patamar razoável, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa da autora.

Requer seja dado provimento ao recurso.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pela TAM Linhas Aéreas S/A em face da sentença prolatada pelo Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou "procedente o pedido inicial formulado

por Pollyana Souza Gonçalves contra TAM Linhas Aéreas S/A, para o fim de condenar a ré no pagamento de indenização por danos morais e materiais, decorrentes do extravio das bagagens da autora durante os vôos JJ 3471, JJ 3772 E JJ 5538, trecho Goiânia-São Paulo-Campo Grande-Corumbá, no valor de R$ 50.730,83 (cinquenta mil setecentos e trinta reais e oitenta e três centavos) e R$ 6.000,00 (seis mil reais), respectivamente.

O *quantum* indenizatório relativo aos danos extrapatrimoniais deverão ser corrigidos pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de 1% ao mês a partir da prolação desta sentença, em conformidade com a súmula n. 362 do STJ; os valores relativos aos danos materiais, deverão ser corrigidos pelo IGPM/FGV desde a propositura da ação e juros de 1% ao mês a partir do ilícito, qual seja, do extravio das bagagens, isto é, em 25.10.2010.

O feito tem o mérito resolvido a par do que determina o artigo 269, I do CPC.

Tendo em vista a sucumbência desprezível da parte autora, condeno a ré no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo, considerando as diretrizes do artigo 20, §§ 3º e 4º do CPC, em 10% sobre o valor total da condenação, tendo em vista a natureza da causa, o julgamento antecipado da lide e a duração razoável do processo.

Observem os credores quanto ao procedimento a ser adotado em eventual cumprimento de sentença de modo que, atendendo aos princípios da celeridade e economia processuais, deverá ser realizado em um único petitório, independentemente de extração de quaisquer cópias e distribuído por dependência à presente demanda, em conformidade com o Provimento n. 45/2010**.**

No mais, tanto que transite em julgado e pagas as custas ou inscritos na dívida ativa, em nada requerendo, arquivem-se os autos com as anotações de estilo. (f. 141-3-v).

Inicialmente, torna-se necessário analisar e decidir as preliminares.

No que concerne à preliminar de erro material, vê-se que os requisitos essenciais da sentença são relatório, fundamentos e dispositivo, faltando qualquer um deles a sentença estará nula.

Verifica-se, portanto, que a sentença não está adstrita à parte dispositivo, devendo ser observada em seu todo, ou seja, também na parte do relatório e na dos fundamentos, sendo que nesta parte constou o valor do dano moral em R$ 6.000,00 e dos danos materiais em R$ 50.730,83.

No caso em apreço, a sentença é clara com relação aos valores arbitrados a título de danos materiais (R$ 50.730,83) e de danos morais (R$ 6.000,00).

Logo, rejeito a preliminar.

No que tange a preliminar de impugnação aos documentos em língua estrangeira, também não merece ser acolhida.

O magistrado assim decidiu a questão:

> [...].
>
> Primeiramente, por questão de lógica, necessário analisar a impugnação da ré aos documentos juntados pela autora em língua estrangeira, desacompanhados da tradução juramentada. Entendo que não assiste razão à demandada. Isso porque os documentos em língua estrangeira, cuidam-se de notas fiscais, *tickets*, etc., de fácil compreensão no idioma em que foram produzidos, revelando-se desnecessária a tradução para o vernáculo. (f. 153-v)

Como bem destacado pelo magistrado singular, não se vislumbra nos autos a necessidade de que seja feita a tradução juramentada dos documentos em língua estrangeira apresentados pela apelada.

No caso em tela, além dos documentos em língua estrangeira há também documentos nacionais detalhando e quantificando o valor que a apelada entende devido.

Assim, a preliminar deve ser rejeitada.

No mérito, não merece provimento o recurso.

Insta salientar que o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é que nos casos de responsabilidade do transportador aéreo pelo extravio de bagagens do passageiro incide o Código de Defesa do Consumidor, não se aplicando a regra da indenização tarifada, constante do Código Brasileiro de Aeronáutica.

A propósito, confiram-se os julgados abaixo:

> AGRAVO REGIMENTAL - TRANSPORTE AÉREO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - ARTIGOS 2º E 3º DO CDC - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF - DANOS MATERIAIS - EXTRAVIO DE BAGAGEM - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO TARIFADA - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO. (AgReg no REsp n. 29743/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 22.11.2011).
>
> AGRAVO REGIMENTAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INDENIZAÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356/STF. CDC. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA. INAPLICÁVEL.
>
> - A inversão do ônus da prova não foi objeto de discussão na formação do acórdão recorrido. Súmulas n. 282 e n. 356/STF.
>
> - Em casos de extravio de bagagem incide o CDC, não mais se aplicando os limites indenizatórios do Código Brasileiro de Aeronáutica, ainda que em ações regressivas movidas por seguradoras.
>
> Precedentes. (STJ, AgReg no AgReg no Ag n. 256225/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 24.5.2005).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
>
> – Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Precedentes da Segunda Seção do STJ.
>
> Recurso especial não conhecido. (REsp n. 538685/RO, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 25.11.2003).

No que concerne aos danos materiais, o magistrado singular assim decidiu a questão:

> [...].

> Quanto aos danos materiais, dado o que acima foi exposto, trata-se de bens que não fogem à normalidade. São roupas e outros objetos de uso pessoal, cujo transporte dentro de uma mala era previsível, mormente considerando a assertiva da autora (não controvertida pela ré em suas manifestações processuais) de que na mala extraviada estavam todos os pertences, adquiridos ao longo dos cinco anos em que permaneceu nos Estados Unidos.
>
> É bom ressaltar para que não pairem dúvidas que a autora aduziu em sua peça vestibular que retornou ao Brasil e foi para Goiânia visitar sua mãe. De lá, partiu para Corumbá para visitar amigos e familiares, com todos os seus pertences, daí porque na mala continha, por exemplo, casacos, moletons, blazer, etc. (já que não é crível que alguém em viagem de férias em Corumbá, em pleno verão, leve consigo tais trajes).
>
> Tenho que está evidente a verossimilhança das alegações da autora e, bem assim, patente a sua hipossuficiência técnica e factual - requisitos para inversão do ônus probatório previsto no artigo 6º, VIII do CDC.
>
> Assim, cabia à ré provar que os bens listados na petição inicial não se encontravam na bagagem extraviada, ou seja, que o dano material sofrido não era aquele alegado, como por exemplo, exibindo a mala extraviada e devidamente lacrada ou, ao menos, trazer aos autos indícios de que numa mala de 25 Kg não caberia todos os pertences listados pela autora.
>
> Como nada veio aos autos capaz de derruir a versão da autora, a condenação do réu no pagamento do valor vindicado pela parte autora é medida que se impõe. Referido *quantum* deverá ser corrigido pelo IGPM/FGV desde a propositura da ação e juros de 1% ao mês a partir do extravio (data do ilícito), ou seja, 25.12.2010.
>
> Nem se diga que era o caso de limitação da indenização dos danos materiais em conformidade com a Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Isso porque como de sabença, o CDC, lei principiológica, ingressou no sistema jurídico fazendo um corte horizontal, atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo, ainda que também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional.
>
> Nessa senda, à luz do artigo 6º, VI do CDC[1], o valor da indenização por danos materiais há de ser tal que possibilite a reabilitação integral do dano. (f. 142-3).

Vê-se, no caso em apreço, que os documentos juntados aos autos, em especial, o extrato da fatura do cartão de crédito – f. 68, demonstram que os bens listados pela autora como constantes da bagagem extraviadas se coadunam com a situação financeira da passageira e que, certamente, as roupas, sapatos e objetos pessoais estavam sendo transportadas quando do extravio.

Além disso, a apelada teve gastos diante do extravio da bagagem, devendo a apelante responder também pelos produtos adquiridos em decorrência do extravio.

Por outro lado, em virtude da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, competia à empresa apelante fazer prova desconstitutiva do direito alegado pela apelada em sua inicial.

A simples afirmação de que os objetos descritos pela apelada não caberiam em uma mala de 25kg não é suficiente a ensejar improcedência do pedido de indenização a título de danos materiais.

Vale ressaltar, ainda, que ao caso presente se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe em seu art. 14 que "O fornecedor de serviços responde, independentemente da

1 Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
[...]
VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

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."

In casu, a responsabilidade da empresa somente pode ser afastada mediante a ocorrência de algumas das excludentes presentes no § 3º do referido diploma legal, *verbis*:

> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso presente, a apelante não logrou êxito em comprovar nenhuma das excludentes previstas no referido dispositivo legal, de modo que deve responder pelos danos causados à apelada.

Além disso, em se tratando de responsabilidade objetiva, é desnecessária a comprovação de culpa da empresa aérea no extravio da bagagem de sua passageira, de modo que, havendo nexo de causalidade entre os danos sofridos pela autora e a conduta do agente, consistente na ausência de zelo no transporte das bagagens dos passageiros do voo, impõe-se o dever de indenizar.

A propósito, confiram-se os julgados abaixo:

> EMENTA: DANO MATERIAL. DANO MORAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. CARACTERIZAÇÃO. REPETIÇÃO EM DOBRO. INEXISTÊNCIA. O extravio de bagagem, por si só, caracteriza, além de dano material, dano moral, não se tratando de mero aborrecimento, contratempo, chateação. O extravio de objetos no interior da bagagem em transporte aéreo, causado pela negligência da empresa transportadora, deve gerar indenização pelo valor real dos mesmos, não incidindo a regra da indenização tarifada, porquanto aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Para que haja obrigação de repetição de indébito em dobro deva haver a comprovação de má-fé na cobrança, pois a cobrança excessiva em si ou ausência de prestação efetivo do serviço, não constituem fatos autorizadores de repetição em dobro, mas tão-somente a devolução de forma simples. Recurso parcialmente provido. (TJMG, AC n. 1.0024.07.589773-6/001, Belo Horizonte, Rel. Des. Cabral da Silva, jujgado em 31.8.2010, DJ de 21.9.2010.
>
> EMENTA: INDENIZAÇÃO - DANO MORAL E MATERIAL - EXTRAVIO DE BAGAGEM - INDENIZAÇÃO DEVIDA - NÃO APLICAÇÃO DO DECRETO N. 2.521/98 - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DEFESA CONSUMIDOR.
>
> Havendo razoabilidade nas informações prestadas pelo Autor no tocante aos objetos que estavam em sua mala, geradora de credibilidade em suas declarações, deve prevalecer o valor informado, caso não tenha a empresa transportadora apresentado prova que desconstitua o direito alegado na inicial.
>
> Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações existentes entre usuários e prestadoras de serviços de transporte.
>
> Na fixação do valor do dano moral, imprescindível sejam levadas em consideração a proporcionalidade e razoabilidade. (TJMG, AC n. 0450058-09.2010.8.13.0145, Rel. Des. Veiga de Oliveira, julgado em 28.6.2011, DJ de 8.7.2011).
>
> EMENTA: INDENIZAÇÃO - TRANSPORTE AÉREO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SERVIÇO DEFEITUOSO - DANO MATERIAL E MORAL - FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. 1. Em se tratando de indenização por danos materiais e morais, por falha na prestação do serviço de transporte aéreo, nacional ou internacional, por

> se configurar verdadeira relação de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor em detrimento de Convenção Internacional. 2. Em caso de extravio de bagagem, a reparação por danos materiais deve ser a mais próxima possível da realidade, devendo prevalecer a relação de pertences apresentada pela parte, se não foi feita prova contrária pela ré. 3. Comprovados os transtornos causados ao consumidor, superando o limite dos meros aborrecimentos, em decorrência da má prestação do serviço de transporte aéreo, impõe-se o dever de reparação por ofensa moral. 4. Na fixação do dano moral, o julgador deve levar em conta o caráter reparatório e pedagógico da condenação, cuidando para não permitir o lucro fácil do ofendido, mas também não reduzindo a indenização a um valor irrisório. (TJMG, AC n.1.0105.07.232448-3/001, Governador Valadares, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, julgado em 9.11.2010, DJ de 25.11.2010).

No que tange aos danos morais, também não há falar em provimento do recurso neste ponto.

Como é cediço, muito se discute acerca da natureza jurídica da obrigação de indenizar o dano moral. Porém, o entendimento majoritário é no sentido de que essa obrigação de reparar possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, a fim de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos.

Ademais disso, saliente-se que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor, levando-se em consideração as condições financeiras das partes, de maneira que o dever de reparar faça sentido para ambas.

No caso, a quantia fixada (R$ 6.000,00), revela-se condizente com o dano, estando apta a servir de consolo à apelada, pelos danos suportados e de punição à apelante, para que analise a sua forma de agir, evitando a reiteração de atos desse porte.

Pelo exposto, conheço do presente recurso, rejeito as preliminares e, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 6 de março de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006372-4 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – FALTA DE INTERESSE DE AGIR - PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO: CANCELAMENTO DO LIMITE DE CARTÃO DE CRÉDITO – INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS E DE INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA – DANOS MORAIS – *QUANTUM* ARBITRADO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSOS IMPROVIDOS.

O interesse de agir deve ser analisado sob a ótica da adequação e da utilidade.

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça é abusivo o cancelamento do limite de crédito em cartão de crédito vigente, sem que o correntista seja previamente comunicado.

O valor da indenização do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de março de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Banco do Brasil S.A. e Paulo Ricardo Bezerra da Silva, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização Por Danos Morais que Paulo Ricardo Bezerra da Silva move em face de Banco do Brasil S.A., interpõem apelação cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido pelo índice INPC, desde a data da prolação da sentença, consoante o disposto na Súmula n. 362 do STJ, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar do evento danoso, conforme dispõe a Súmula 54 do STJ, e, a condenação das custas processuais e honorários advocatícios, estes em 20% sobre o valor da condenação, com fundamento no art. 20, § 3º do CPC.

Do recurso de apelação cível interposto por Banco do Brasil S.A:

O banco/réu argui preliminar de falta de interesse de agir do autor, diante da incompatibilidade da sua conduta em pleitear ampla revisão dos contratos.

O banco alega que a sentença deve ser reformada, eis que não houve a prática de ilícito e, qualquer comprovação do dano moral alegado pela parte autora.

O banco afirma que, pelos documentos anexos, durante o período de 6.8.2008 e 8.9.2008, o autor tinha apontamentos junto ao Serasa por não ter honrado com seus débitos perante o Banco, não sendo por diversas vezes efetuado o pagamento da fatura de seu cartão de crédito por insuficiência de fundos.

Assevera que, o banco não é obrigado a fornecer linhas de crédito para aquele que se mostrou mau pagador em operações anteriores.

Assegura que, a concessão ou não de crédito para terceiros está na seara de livre disponibilidade do banco, tendo este direito de avaliar o risco de suas operações e se recusar a conceder créditos.

Sustenta que o autor possui inúmeros apontamentos em seu nome junto aos cadastros da Serasa/SPC, o que demonstrar sua condição de inadimplente contumaz e, por conseguinte, infundada a alegação de que o banco teria lhe causado prejuízos.

Aduz que, não há qualquer dano, ou potencial de dano evidentemente comprovado, e, em um segundo momento não há qualquer conduta ativa, ou omissiva do banco que enseje qualquer obrigação de indenizar.

Argumenta que, o autor deveria ter demonstrado o dano que alega ter sofrido, o que não ocorreu, de modo que o presente feito deveria ter sido julgado improcedente.

Explica que, para o arbitramento do valor da indenização, faz-se extremamente necessária a dimensão do dano sofrido, devendo enumerar, descrever e comprovar o dano que alega ter sofrido e as reflexões danosas em sua vida, cumprindo, assim, o disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Esclarece que o quantum indenizatório deve ser fixado com moderação, limitando-se a compensar o prejuízo moral decorrente do constrangimento sofrido e nunca instrumento de fácil enriquecimento na obtenção de indevida riqueza.

Ao final requer, o provimento do recurso, afastando qualquer indenização de ordem moral e repetição de indébito, em razão da ausência de dano e/ou de sua comprovação ou, a redução da quantificação do dano moral arbitrado, seguindo-se as peculiaridades do caso, sobretudo com ponderação, razoabilidade e proporcionalidade.

Do recurso de apelação cível interposto por Paulo Ricardo Bezerra da Silva:

O autor insurge-se contra o quantum fixado na sentença, alegando que, diante da extensão dos danos, bem como pela capacidade econômica do banco, o valor fixado é insignificante, devendo ser majorado.

Afirma que o valor estipulado não atende o princípio da razoabilidade pois deixa de considerar sobremaneira a honra do autor que não possui qualquer restrição em seu nome, e tampouco teve culpa para a suspensão do crédito fornecido pelo banco.

Assegura que a condenação de R$ 5.000,00 não atende aos caracteres pedagógico e satisfativo da pena, deixando de atender o disposto no artigo 944 do Código Civil/02.

Explica que a condenação não só deve repercutir no patrimônio do ofensor, como desencorajá-lo a praticar no futuro condutas semelhantes, bem como servir de prevenção coercitiva.

Requer o provimento do recurso, para que seja majorada a condenação por danos morais.

Em contrarrazões, as partes manifestam-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelações recíprocas interpostas por Banco do Brasil S.A. e Paulo Ricardo Bezerra da Silva, por não se conformarem com a sentença prolatada pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização Por Danos Morais que Paulo Ricardo Bezerra da Silva move em face de Banco do Brasil S.A., objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido pelo índice INPC, desde a data da prolação da sentença, consoante o disposto na Súmula n. 362 do STJ, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar do evento danoso, conforme dispõe a Súmula n. 54 do STJ, e, a condenação das custas processuais e honorários advocatícios, estes em 20% sobre o valor da condenação, com fundamento no art. 20, § 3º do CPC.

Inicialmente analiso e decido a preliminar de falta de interesse de agir arguida pelo Banco do Brasil S.A.

O banco/réu argui preliminar de falta de interesse de agir do autor, diante da incompatibilidade da sua conduta em pleitear ampla revisão dos contratos.

Não assiste razão ao banco, pois o autor pretende obter a indenização por danos morais referente a suspensão unilateral do banco, sobre um crédito disponibilizado ao seu cliente.

Leciona Humberto Theodoro Júnior, *in* **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, 50. Ed., Editora: Forense, p. 62-64:

> II – A segunda condição da ação é o interesse de agir, que também não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual "se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais".
>
> Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação "que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares".
>
> [...].
>
> O interesse processual, em suma, exige a conjugação do binômio necessidade e adequação, cuja presença cumulativa é sempre indispensável para franquear à parte a obtenção da sentença de mérito. Assim, não se pode, por exemplo, postular declaração de validade de um contrato se o demandado nunca a questionou (desnecessidade da tutela jurisdicional), nem pode o credor, mesmo legítimo, propor ação de execução, se o título de que dispõe não é um título executivo na definição da lei (inadequação do remédio processual eleito pela parte).

O magistrado singular assim decidiu a questão:

> Afasto a preliminar de falta de interesse de agir arguida pelo réu, eis que consta dos autos o binômio necessidade-adequação. O autor requer indenização por danos morais

em razão do cancelamento unilateral de seu crédito, que, conforme alega, o banco realizou arbitrariamente.

Assim, restando evidente a necessidade do autor de vir a juízo para alcançar a tutela jurisdicional pretendida, rejeito a preliminar arguida na contestação e passo a exame do mérito.

Portanto, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, cumpre esclarecer que analiso e decido os recursos concomitantemente.

Ao cotejar os autos denota-se que o autor ajuizou ação de indenização por danos morais em face do Banco do Brasil S.A., alegando ser cliente da instituição financeira há mais de 5 anos, e que lhe foi disponibilizado um valor pré-aprovado de crédito, que poderia ser retirado diretamente nos caixa eletrônicos, bem como um cartão de crédito com limite de R$ 2.000,00.

Alega que, em viagem para a cidade de Porto Velho-RO, ao realizar uma compra no supermercado, tentou utilizar o cartão de crédito fornecido pela ré, mas sua compra não foi autorizada, o que lhe causou constrangimento.

Explica que, ainda na cidade de Porto Velho-RO, compareceu a uma agência do Banco, onde foi informado que seu cartão de crédito e os créditos pré-aprovados tinham sido cancelados em razão do autor estar em litígio com o banco numa demanda revisional de contrato.

Em contestação, o banco alegou que inexiste dano moral, pois o autor possuía durante o período de 6.8.2008 e 8.8.2009 apontamentos em seu nome nos cadastros da Serasa.

No caso dos autos agiu com acerto o magistrado ao condenar o banco aos danos morais causados ao autor, na quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), eis que cancelou unilateralmente e sem comunicação prévia ao seu cliente, que não mais forneceria o limite de crédito de R$ 2.000,00.

Ao cotejar os autos denota-se que o banco concedeu ao autor um limite de R$ 2.000,00 para ser utilizado no cartão de crédito. Contudo, cancelou este limite, sob o argumento de que o autor tinha apontamentos nos órgãos de proteção ao crédito e, que não teria efetuado o pagamento do cartão de crédito.

Denota-se, cotejando os autos, que de fato o autor teve inscrito seus dados nos órgãos de proteção ao crédito. Contudo, tal situação ocorreu antes de dezembro de 2008, data em que houve o cancelamento e a ocorrência do dano moral.

Note-se pelo documento de f. 99, que o autor teve inscrito seus dados nos órgãos de proteção ao crédito em 6.8.2008, mas este foi baixado em 8.9.2008, e, após este período, nada mais foi inscrito. (f. 98)

Embora o autor tenha tido seus dados retirados dos órgãos de proteção ao crédito, tal fato, por si só não é capaz de fazer com que o banco lhe forneça limite de crédito.

Entretanto, uma vez concedido o limite de crédito ao cliente e, cancelado unilateralmente, sem a prévia comunicação, tal fato faz com que o consumidor fique sujeito a ocorrência de um dano moral.

Eis que, o consumidor, no caso o autor, acreditando possuir um limite de crédito com a instituição financeira, acabou descobrindo ao tentar utilizá-lo, que o banco não mais lhe autorizou o uso.

Aliás, oportuno os fundamentos do magistrado:

> Assiste razão ao requerido ao afirmar que não possui obrigação de conceder crédito a cliente que lhe deu prejuízo em negócio anterior. Todavia, o banco deve, ao decidir cancelar o crédito contratado, notificar o cliente para que ele tome ciência do ocorrido.
>
> Observe-se que o autor estava em dia com o pagamento das faturas do cartão de crédito no momento em que teve ciência do cancelamento do serviço, ao tentar realizar um compra. É o que demonstram as notas fiscais de f. 33 e 132-3, referente aos meses de novembro e dezembro de 2008, e janeiro de 2009. Tais documentos comprovam, inclusive, que o requerente possuía limite de crédito no valor de R$ 2.000,00.
>
> Já que admitiu – eis que, além de ter tentado justificar o ato, não impugnou a afirmação do autor – ter de fato cancelado o crédito do requerente, competiria ao réu, em sua defesa, provar que notificou o autor do cancelamento das linhas de crédito, ou que houve justo motivo para a interrupção de sua concessão, conforme dispõe o art. 333, II, do CPC, ônus do qual não se sucumbiu. (f. 164-5).

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o correntista deve ser previamente informado do cancelamento do limite de crédito em sua conta-corrente, *verbis*:

> Dano moral e dano material. Cancelamento de cheque ouro em virtude de débito em cartão de crédito. Ausência de mora da autora que regularizou a pendência no prazo concedido pela instituição financeira. Devolução indevida de cheque. Precedentes da Corte.
>
> **1. Já decidiu a Corte ser "abusivo o cancelamento do limite de crédito em conta-corrente (cheque especial), em contrato ainda vigente, devido à inadimplência do correntista em contrato diverso"** (REsp n. 412.651/MG, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 9.9.2002).
>
> 2. A devolução indevida de cheque causa dano moral, ainda mais quando as instâncias ordinárias comprovam que não havia mora da autora na ocasião, regularizada a pendência no prazo concedido pela instituição financeira. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 645644, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 17.8.2006) (Destacado).
>
> Direito civil e processo civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Alegação de ofensa a Resolução do Banco Central. Ato ilícito. Configuração. Cancelamento do limite de crédito em contrato de conta-corrente. Abusividade. Reexame de provas. Valor arbitrado a título de danos morais. [...] **- É abusivo o cancelamento do limite de crédito em contrato de conta-corrente vigente, sem que o correntista seja previamente comunicado.** [...] Recurso não-conhecido. (REsp n. 621577, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 3.8.2004) (destacado)
>
> Civil. Recurso Especial. Contrato de Abertura de Crédito. Dano moral. Devolução indevida de cheque e inscrição em cadastro de inadimplentes. Cancelamento do limite de crédito sem prévia comunicação ao correntista devido à inadimplência em contrato diverso.
>
> **- É abusivo o cancelamento do limite de crédito em conta-corrente (cheque especial), em contrato ainda vigente, devido à inadimplência do correntista em contrato diverso.**
>
> **- O correntista deve ser previamente informado da extinção do limite de crédito em conta corrente.** (REsp n. 412651, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 25.6.2002) (destacado).

Diverso não é o entendimento desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REVISÃO E RESCISÃO CONTRATUAL, REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINARES – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INÉPCIA DA INICIAL – AFASTADAS – MÉRITO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SUBMISSÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS EM 12% AO ANO – LIMITE PREVISTO NO DECRETO N. 22.626/33 – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS – IMPOSSIBILIDADE AINDA QUE PREVIAMENTE PACTUADO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – CABIMENTO – TR – CARÁTER REMUNERATÓRIO – SUBSTITUIÇÃO PELO IGPM/FGV – INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – IMPOSSIBILIDADE – DÍVIDA DISCUTIDA EM JUÍZO – CANCELAMENTO DO LIMITE DE CRÉDITO SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CORRENTISTA – DANO MORAL – PREQUESTIONAMENTO – INSUBSISTENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. [...]
>
> **É abusivo o cancelamento do limite de crédito em conta corrente (cheque especial), em contrato ainda vigente, devido à inadimplência do correntista em contrato diverso e o correntista deve ser previamente informado da extinção do limite de crédito em conta corrente, sob pena de ensejar dano moral. [...]** (AC n. 2007.035453-3, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 26.2.2008) (destacado).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – CONTA CORRENTE BANCÁRIA – CANCELAMENTO DE LIMITE SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO – CHEQUES DEVOLVIDOS – DEVER DE INDENIZAR – PROVA DO PREJUÍZO – DESNECESSIDADE – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO PROVIDO.
>
> **O cancelamento de limite concedido por estabelecimento bancário, sem prévia comunicação, implica no dever de indenizar os prejuízos causados ao correntista, em razão da devolução de cheques por ele emitidos em consonância com o saldo da conta corrente.**
>
> A inscrição indevida do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito dá ensejo à indenização por dano moral, sendo desnecessária qualquer prova do prejuízo, bastando, para tanto, a comprovação do fato caracterizador. (AC n. 2002.005575-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 21.6.2005) (destacado).

Ademais, é de se notar que a fatura do cartão de crédito com vencimento em 13.11.2008 foi paga pelo autor, através do débito em conta corrente, demonstrando, que de fato não estava em débito com o requerido. (f. 132-3)

Assim sendo, mostra-se arbitrário o ato da instituição em efetuar o cancelamento do crédito, inclusive sem informar o cliente, quando este, por sua vez, já havia quitado os débitos com o banco.

Nestes casos, não há necessidade de se comprovar o dano, porquanto em se tratando de dano moral puro, não há falar em prova de prejuízo, bastando apenas a prova do fato caracterizador, o que ocorreu nos autos, porquanto comprovado que o banco não notificou pessoalmente o autor do cancelamento do seu limite de crédito do cartão, o que indubitavelmente lhe trouxe sérios danos, passíveis de serem indenizados.

Por sua vez, vê-se que o banco não comprovou fato desconstitutivo ou modificativo do direito do autor. Ao contrário, quedou-se inerte, uma vez que o magistrado concedeu às partes prazo para a produção

das provas que entendessem necessárias e, mesmo assim nada comprovou, inclusive apresentou petição informando que não teria interesse na produção de novas provas. (f. 139).

Portanto, denota-se a existência da pratica de uma conduta lesiva e o nexo causal praticado pelo banco.

Quanto ao valor fixado a título de indenização por danos morais, também não há falar em provimento dos recursos neste ponto.

Como é cediço, muito se discute acerca da natureza jurídica da obrigação de indenizar o dano moral. Porém, o entendimento majoritário é no sentido de que essa obrigação de reparar possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, a fim de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos.

Ademais disso, saliente-se que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor, levando-se em consideração as condições financeiras das partes, de maneira que o dever de reparar faça sentido para ambas.

No caso, a quantia fixada (R$ 5.000,00), revela-se condizente com o dano, estando apta a servir de consolo ao autor pelos danos suportados e de punição à instituição financeira, para que analise a sua forma de agir, evitando a reiteração de atos desse porte.

Pelo exposto, conheço dos recursos, rejeito a preliminar e nego-lhes provimento, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

Campo Grande, 27 de março de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.032251-5 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – AÇÃO DE COBRANÇA – CITAÇÃO POR EDITAL – NÃO ESGOTADOS MEIOS DE LOCALIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ART. 232, II, DO CPC – AGRAVO RETIDO PROVIDO – DÍVIDA REFERENTE A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUES – TÍTULOS NÃO QUITADOS – PAGAMENTO *PRO SOLUTO* – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE COBRANÇA DO CONTRATO ORIGINÁRIO – RECURSO PROVIDO.

A citação ficta, via edital, só é permitida no ordenamento processual civil em casos específicos, quando impossível for a citação pessoal e esgotadas as tentativas de localização do réu, visando a minimizar os deletérios efeitos da revelia.

Se o recorrido não esgotou satisfatoriamente todos os meios possíveis para a localização da requerida, deixando de proceder a busca de seus endereços no Conselho de Classe e até mesmo solicitar a renovação da citação no endereço confirmado pela Receita Federal, deve ser decretada a nulidade da citação.

Tendo sido quitado o contrato por meio de títulos executivos extrajudiciais com o surgimento de uma nova obrigação que dele se desvincula, visto que o cheque é ordem de pagamento à vista, emitida contra um banco e trata-se de título de crédito circulável e que pode ser executado, não há falar em procedência do pedido de cobrança do contrato originário, especialmente se o autor sequer apresenta os cheques nos autos para comprovar a inadimplência da requerida.

Agravo retido provido, com o acolhimento da preliminar de nulidade da citação ficta.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao agravo retido e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Patrícia Ávalos Anunciato interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de cobrança n. 0112734-

37.2007.8.12.0001 que lhe move Mário José Xavier, julgou procedentes os pedidos iniciais para o fim de condenar a demandada a pagar ao autor a quantia de R$ 12.750,00, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, e correção monetária, pelo IGPM/FGV, também a contar da citação, e, por consequência, determinou a extinção do procedimento cognitivo, com resolução do mérito, condenando a requerida ao pagamento das custas/despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da parte autora, fixados em 10% do valor da condenação.

Requer inicialmente o julgamento e provimento do agravo retido de f. 90-4, interposto em face da decisão de f. 83 que julgou improcedente o pedido preliminar de nulidade da citação editalícia, que acarretou na decretação de revelia da requerida.

Sustenta que há provas documentais nos autos firmes no sentido de que a certidão do oficial de justiça foi equivocada, pois a recorrente reside no mesmo endereço indicado na peça inicial, nunca tendo mudado de endereço e desconhecendo a pessoa designada como Maria Cristina na certidão a qual informou a suposta mudança da recorrente, bem como alega que não haveria prejuízo processual pois a apelante compareceu nos autos e supriu a falta de citação.

Alega, portanto, que diante da inobservância do art. 231, do CPC, que estabelece as possibilidades de citação por edital, nas quais não se enquadra o presente caso, deve ser reconhecida a nulidade da citação e afastada a revelia.

No mérito sustenta que não há nos autos comprovação do suposto débito alegado pela parte autora e que com o fornecimento de recibo em face da entrega de cheques pela dívida, nasceu outra relação jurídica que deflui do título de crédito, extinguindo-se a relação jurídica do contrato firmado às f. 7-9, considerando que o pagamento firmado foi regido como *pro soluto* e, se inadimplido o título, deve comportar ação própria calcada nos instrumentos adequados.

Pugna pelo provimento do recurso para que seja decretada a nulidade da sentença pelo reconhecimento da nulidade da citação por edital que, caso não acolhida, seja reformada a sentença julgando-se improcedentes os pedidos iniciais.

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Patrícia Ávalos Anunciato contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de cobrança n. 0112734-37.2007.8.12.0001 que lhe move Mário José Xavier, julgou procedentes os pedidos iniciais para o fim de condenar a demandada a pagar ao autor a quantia de R$ 12.750,00, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, e correção monetária, pelo IGPM/FGV, também a contar da citação, e, por consequência, determinou a extinção do procedimento cognitivo, com resolução do mérito, condenando a requerida ao pagamento das custas/despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da parte autora, fixados em 10% do valor da condenação.

Requer inicialmente o julgamento e provimento do agravo retido de f. 90-4, interposto em face da decisão de f. 83 que julgou improcedente o pedido preliminar de nulidade da citação editalícia, que acarretou na decretação de revelia da requerida.

Alega que diante da inobservância do art. 231, do CPC, que estabelece as possibilidades de citação por edital, nas quais não se enquadra o presente caso, deve ser reconhecida a nulidade da citação e afastada a revelia.

No mérito sustenta que não há nos autos comprovação do suposto débito alegado pela parte autora e que com o fornecimento de recibo em face da entrega de cheques pela dívida, nasceu outra relação jurídica que deflui do título de crédito, extinguindo-se a relação jurídica do contrato firmado às f. 7-9, considerando que o pagamento firmado foi regido como *pro soluto* e, se inadimplido o título, deve comportar ação própria calcada nos instrumentos adequados.

Por ordem de prejudicialidade analiso a preliminar suscitada pela recorrente.

É certo que a citação ficta, via edital, só é permitida no ordenamento processual civil em casos específicos, quando impossível for a citação pessoal e esgotadas as tentativas de localização do réu, visando a minimizar os deletérios efeitos da revelia, vejamos:

> CITAÇÃO EDITAL. CUMPRIMENTO. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> – Citação por edital. Cumprimento dos requisitos legais. Necessidade de esgotamento das alternativas possíveis à localização do requerido.
>
> Agravo regimental improvido. (AgReg na SE n. 3379/US, Corte Especial, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 2.4.2008, DJ de 5.5.2008)

Em detida análise dos autos observo que o recorrido não esgotou satisfatoriamente todos os meios possíveis para a localização da requerida, deixando de proceder a busca de seus endereços no Conselho de Classe e até mesmo solicitar a renovação da citação no endereço confirmado pela Receita Federal.

Para que ocorra a citação por edital, o art. 232, I, do CPC, exige a presença de requisitos previstos no art. 231 do mesmo diploma legal, quais sejam, o desconhecimento ou incerteza da qualificação do réu ou que sua localização seja ignorada, incerta ou inacessível, condições que somente após esgotados todos os meios de se encontrar o réu é que se podem confirmar.

Portanto, havendo nos autos indício de nulidade da citação por edital, há de se acolher a preliminar suscitada pela recorrente e afastar a sua revelia.

No mérito, melhor sorte também lhe assiste.

Não obstante a própria recorrente reconhecer a existência da dívida cobrada por meio da ação de cobrança fundada no instrumento particular firmado entre as partes (f. 7-9), observa-se pelos documentos de f. 76-7, a dívida foi quitada por meio de cheques descritos nominalmente conforme as parcelas devidas.

Infere-se, portanto, que aqueles títulos foram emitidos de forma *pro soluto*, isto é, foram dados como pagamento da dívida, e não em pagamento da dívida (*pro solvendo*), como entendeu a magistrada *a quo*.

Nesse sentido:

> DIREITO COMERCIAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PAGAMENTO *PRO SOLUTO* E *PRO SOLVENDO*. NO PAGAMENTO *PRO SOLUTO*, A DÍVIDA CONTRATUAL DESAPARECE; É SUBSTITUÍDA PELO PRÓPRIO TÍTULO. QUANDO DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO FICA CARACTERIZADO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VINCULANDO AS NOTAS PROMISSÓRIAS, INFERE-SE QUE FORAM EMITIDOS DE FORMA

> *PRO SOLUTO*, ISTO É, QUE OS TÍTULOS FORAM DADOS COMO PAGAMENTO DA DÍVIDA, E NÃO EM PAGAMENTO DA DÍVIDA (*PRO SOLVENDO*). (TJDF, AC n. 20070110741164, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, julgado em 1510.2008, DJU de 3.11.2008, p. 116).

Logo, se o contrato foi quitado por meio de títulos executivos extrajudiciais e surgiu uma nova obrigação que dele se desvincula, visto que o cheque é ordem de pagamento à vista, emitida contra um banco e trata-se de título de crédito circulável e que pode ser executado, não há falar em procedência do pedido de cobrança do contrato originário.

Note-se que o apelado sequer apresenta os cheques nos presentes autos para comprovar a inadimplência da requerida.

Diante do exposto, conheço do agravo retido e dou-lhe provimento para decretar a nulidade da citação por edital, afastando a revelia da requerida e dou provimento ao apelo para, no mérito, reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios que fixo em R$ 550,00, nos termos do § 4º, do art. 20, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.036119-1- Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – SENTENÇA DE INTERDIÇÃO POSTERIOR À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – LAUDOS PERICIAIS – COMPROVADA INCAPACIDADE MENTAL DO AUTOR À ÉPOCA DA PRÁTICA DO ATO – NULIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A sentença declaratória da incapacidade de uma pessoa, em regra, possui efeitos *ex nunc*, salvo quando a sentença que decreta a interdição determina expressamente o alcance dos seus efeitos em sentido diverso.

Havendo prova inequívoca da incapacidade absoluta do contratante para exercer os atos da vida civil e, reconhecido em data anterior à celebração do contrato de compra e venda, deve ser decretada a nulidade do negócio jurídico em questão.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 20 de março de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Imobiliária São Geraldo LTDA interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que nos autos de Declaratória n. 0070511-11.2003.8.12.0001 movidos por Jair Leitun, representado pelo seu curador, Alírio Leitun**,** julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, declarando nulo o contrato de promessa de compra e venda do Aptº 201, 2º pavimento, do Edifício Débora Palhares Gonçalves em Belo Horizonte-MG, condenando-a a restituir ao requerente o montante de CR$ 2.380.000,00 (dois milhões e trezentos e oitenta mil cruzeiros reais) corrigidos monetariamente pelo índice oficial a contar da data de 7.1.1994 até a conversão da moeda e após, nova atualização monetária com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Suscita incorreção e pugna pela reforma, alegando a inexistência de prova inequívoca da incapacidade mental do apelado à época que firmou o contrato de promessa de compra e venda do imóvel.

Ao final, requer a procedência do recurso ou, em caso de entendimento contrário, o acolhimento parcial do recurso, a fim de declarar a rescisão contratual com a perda do valor pago pelo autor a título de sinal ou a compensação do valor eventualmente restituído de todas as despesas com IPTU e taxa de condomínio e a inversão dos ônus sucumbenciais, condenando o apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou pelo improvimento do recurso (f. 368-73).

Recurso tempestivo, devidamente preparado (f. 351), não respondido e processado.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de apelo interposto pela Imobiliária São Geraldo LTDA contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que nos autos de Declaratória n. 0070511-11.2003.8.12.0001 movidos por Jair Leitun, representado pelo seu curador, Alírio Leitun**,** julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, declarando nulo o contrato de promessa de compra e venda do Aptº 201, 2º pavimento, do Edifício Débora Palhares Gonçalves em Belo Horizonte-MG, condenando-a a restituir ao requerente o montante de CR$ 2.380.000,00 (dois milhões e trezentos e oitenta mil cruzeiros reais) corrigido monetariamente pelo índice oficial a contar da data de 7.1.1994 até a conversão da moeda e após, nova atualização monetária com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Suscita incorreção e pugna pela reforma, alegando a inexistência de prova inequívoca da incapacidade mental do apelado na época que firmou o contrato de promessa de compra e venda do imóvel.

Ao final, requer a procedência do recurso ou, em caso de entendimento contrário, o acolhimento parcial do recurso, a fim de declarar a rescisão contratual com a perda do valor pago pelo autor a título de sinal ou a compensação do valor eventualmente restituído de todas as despesas com IPTU e taxa de condomínio e a inversão dos ônus sucumbenciais, condenando o apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Em breve resumo, cuida-se na origem de ação de nulidade de contrato de compra e venda de imóvel urbano firmado entre as partes em 7 de janeiro de 1994, sob a alegação de que o apelado à época não possuía indispensável capacidade mental para o ato de compra, pois foi reformado pelo Exército Brasileiro em 1971 em conseqüência dessa enfermidade. Posteriormente, sua interdição foi decretada por sentença em 5 de março de 2001 (autos n. 99.26014-7, na 3ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Campo Grande), tendo o autor obtido êxito no pedido, contra o qual, recorre a Imobiliária São Geraldo.

Sem razão à suplica da recorrente.

A sentença proferida pelo magistrado *a quo* deve ser mantida, pois irretorquível os fundamentos nela lançados, os quais ora transcrevo:

> [...]
>
> O ponto controvertido reside em se esclarecer se o requerente estava no gozo de sua plena capacidade mental para a realização do negócio tido como viciado.
>
> As partes não produziram prova em audiência.

> **É certo que houve a interdição judicial do requerente no dia 5.3.2001 e o ato de reforma dele no ano de 1971 pelo Exército Brasileiro em razão de sua alienação mental.**
>
> **Na primeira perícia realizada nestes autos, o perito concluiu que "a compatibilidade do histórico apresentado; ter saído de uma internação em hospital psiquiátrico, associada à sua reforma pelo Exército Brasileiro em 1971, bem como fornecer como pagamento a quantia de 20% do valor de um imóvel em nunca tentar reaver tal bem, são elementos suficientes para comprovar incapacidade para os atos da vida civil** (f. 133).
>
> **Na segunda perícia, o perito também reconheceu a incapacidade do requerente na data da realização do negócio jurídico como se observa no seguinte trecho: "Do ponto de vista jurídico, tais pacientes são permanentemente incapazes no plano da vida civil e inimputáveis do ponto de vista penal e inválidos do ponto de vista laboral desde que sua enfermidade se instale. Sua invalidez completa e permanente foi verificada pela Junta Médica do Exército, com toda a fé pública que desfruta. Portanto, o que importa saber aqui é se Sr. Jair Leitum já padecia dessa enfermidade no dia que fez o negócio que ela teria maculado. Já era. Ponto Final, portanto, tudo o mais é comentário. O quadro residual evidente que apresenta hoje é indicador de sua avançada cronicidade. O diagnóstico de alienação mental e sua interdição judicial selam este caso** (f. 217).
>
> Não há dúvida, portanto, sobre a incapacidade do requerente na data da celebração do contrato de promessa de compra e venda entre as partes, o que impõe seja declarada a nulidade de tal instrumento na forma prevista nos artigos 145 do Código Civil de 1916 e 166 do Código Civil de 2002. (g.n.)

Para o ordenamento jurídico civil pátrio o negócio jurídico é considerado nulo quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz, nos termos do art. 166, I, do CC, nestes considerados aqueles "*os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática*" dos atos da vida civil, a teor do disposto no art. 3º, II, do mesmo diploma legal.

Entretanto, a sentença declaratória da incapacidade de uma pessoa, em regra, possui efeitos *ex nunc*, salvo quando a sentença que decreta a interdição determina expressamente o alcance dos seus efeitos em sentido diverso.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. ART. 169, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA.
>
> ALIENAÇÃO MENTAL. PARTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ART. 1.184 DO CPC. EFEITOS DA SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. REFORMA. [...] RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> 2. A interdição resulta sempre de uma decisão judicial que verifica a ocorrência, em relação a certa pessoa, de alguma das causas desta incapacidade. A sentença que decreta a interdição, via de regra, exceto quando há pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, tem efeito *ex nunc*. Na presente hipótese, o Tribunal *a quo* estendeu os efeitos de referida sentença declaratória ao tempo em que se manifestou incapacidade mental do ora recorrido.

> [...]
>
> 4. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp n. 550.615/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 14.11.2006, DJ de 4.12.2006, p. 357).

No caso, os laudos periciais (f. 107-17, 132-4 e 213-8) constataram a incapacidade do apelado ao tempo da celebração do contrato, além disso, a sua reforma no Exército Brasileiro em 1971 ocorreu em virtude do comprometimento mental.

Nesse sentido, destaco os argumentos do perito Luiz Salvador de Miranda Sá Jr.:

> [...] Com relação ao negócio da compra do apartamento em Belo Horizonte conta que estava lá a passeio. Naquela época viajava sozinho. Visitava um amigo que vivia naquela cidade, gostou do lugar, gostou especialmente de um prédio em construção, viu sua propaganda, dispunha do dinheiro para pagar a entrada resolveu comprar, como de fato comprou. Mas diz não se recordar dos detalhes do negócio. Voltou para casa e se desinteressou inteiramente do assunto e não pensou mais nele. Nem procurou reaver o dinheiro pago como entrada. Mostrava não apenas desinteresse, mas, até apresentou certa resistência a conversar sobre o fato [...]
>
> Aqui, só duas informações são importantes, decisivas mesmo, para conclusão dessa perícia: se ele sofre mesmo de esquizofrenia desde os anos sessenta e como teria sido sua evolução. Qualquer psiquiatra que interaja hoje com o sr. Jair Leitum, mesmo que não o tenha conhecido antes da enfermidade, constatará um caso de resíduo esquizofrênico óbvio, quadro característico da evolução prolongada desta enfermidade desgraçadora depois de muitos anos de marcha. Mesmo da sua forma paranóide, na qual a marcha costuma ser um tanto mais prolongada.
>
> Do ponto de vista jurídico, tais pacientes são permanentemente incapazes no plano da vida civil e inimputáveis do ponto de vista penal e inválidos do ponto de vista laboral desde que sua enfermidade se instale. Sua invalidez completa e permanente foi verificada pela Junta Médica do Exército, com toda a fé pública que desfruta.
>
> [...] O quadro residual evidente que apresenta hoje é indicador de sua avançada cronicidade. O diagnóstico de alienação mental e sua interdição judicial selam este caso [...]

Por outro lado, nas razões recursais, o apelante afirma que os laudos periciais não demonstraram de forma unívoca a incapacidade do recorrido, no entanto, na manifestação acerca do laudo pericial (f. 224-5) nada impugnou, ao contrário concordou e propôs acordo, *in verbis*: "[...] ***Assim, considerando que ficou atestado a incapacidade civil do autor para praticar os atos da vida civil desde à data da assinatura do contrato de compra e venda celebrado com a Ré, prejudicado estará o negócio firmado e por conseguinte a ação de cobrança avençada pela Autora, retornando as partes ao status quo anterior[...] Desta feita, visando encerrar o presente feito, propõe a Ré um acordo entre as partes, para compensar o valor do sinal pago pelo negócio (Cr$ 2.380.000,00) devidamente atualizado a ser restituído ao Autor, com as despesas de condomínio, IPTU, custas processuais e honorários advocatícios suportados pela Ré. É o que se requer****!" (destaquei)*

Assim, diante da comprovada incapacidade do apelado à época da celebração do negócio, impõe-se a declaração de nulidade do compromisso de compra e venda do imóvel em questão.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> **NULIDADE DE ATO JURÍDICO PRATICADO POR INCAPAZ ANTES DA SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE E DA AUSÊNCIA DE NOTORIEDADE**. PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PRECEDENTES DA CORTE. **A decretação da nulidade do ato jurídico praticado pelo incapaz não depende da sentença de interdição**. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência da incapacidade, impõe-se a decretação da nulidade, protegendo-se o adquirente de boa-fé com a retenção do imóvel até a devolução do preço pago, devidamente corrigido, e a indenização das benfeitorias, na forma de precedente da Corte. (REsp n. 296.895/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 6.5.2004) (g.n)

Como se vê, havendo prova inequívoca da incapacidade absoluta do contratante para exercer os atos da vida civil, o que restou comprovado em data anterior à celebração do contrato de compra e venda, deve ser reconhecida a nulidade do negócio jurídico em questão.

Tenho ainda que não merece prosperar o pedido de perda do sinal pago pelo autor na celebração do contrato, uma vez que foi declarado nulo o ato jurídico. Assim, esse valor deve ser restituído ao apelado e, não há falar em compensação do montante da restituição com as despesas de IPTU e taxa de condomínio, pois o recorrido não usufruiu do imóvel, como bem ponderou a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 373).

Diante do exposto, com o parecer (f. 368-73), conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 20 de março de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.002864-1- Três Lagoas
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PASSAGEM FORÇADA – ENCRAVAMENTO NÃO NATURAL DECORRENTE DE ALIENAÇÃO PARCIAL DE ÁREA RURAL – DEVER DO ALIENANTE EM SUPORTAR O ÔNUS – ART. 1.285, § 2º, do CC – DIREITO SOB CONDIÇÃO DE INDENIZAR – PASSAGEM DE CABOS DE ENERGIA – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O instituto da passagem forçada tem como fundamento a função social da propriedade, nos termos do que prevê o art. 5º, XXII e XXIII da CF/1988 e o art. 1.228, § 1º, do CC e, na hipótese de encravamento não natural, isto é, quando advindo de alienação parcial do bem, quem deverá tolerar a passagem é o proprietário da outra parte que permaneceu com o acesso à via pública, nos termos do art. 1.285, § 2º, do Código Civil, tratando-se de obrigação ambulatória ou *propter rem*, cujo exercício do direito pela parte contrária depende de indenização cabal.

Somente há utilidade da jurisdição, demonstrando o interesse processual, quando o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido.

Não é possível vislumbrar utilidade na apreciação do pedido de passagem forçada de cabos de energia elétrica se não demonstrado que este poderá ser exercido, diante da comprovação de que foram realizados os procedimentos prévios necessários à construção da rede de energia, com as autorizações administrativas pertinentes.

Se o valor fixado na sentença a título de honorários advocatícios apresentar-se irrisório, deve o Tribunal majorá-lo em consonância com as normas previstas no artigo 20, § 3º, a, b e c do Código de Processo Civil.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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, 27 de março de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Olympio Domingos Dias interpõe recurso de apelação contra sentença de improcedência proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas nos autos da ação de passagem forçada n. 0005392-96.2010.8.12.0021 movida em face de Carlos Correa Guimarães, que condenou o requerente ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00.

Alega que o apelado alienou parcialmente seu imóvel rural ao apelante e, logicamente, o acesso à fração alienada sempre se deu por meio das terras do próprio vendedor, das quais foi desmembrada, perdendo acesso à via pública, restando encravada nos fundos da propriedade do vendedor, demandando passagem por meio de terras alheias, cujos proprietários, não tendo participado do negócio, não a admitem e, se não há acesso livre, direto e incondicional a vias públicas, mostra-se impositiva a reforma da sentença recorrida, para que o alienante arque com tal ônus, nos termos do art. 1.285, § 2º, do CC.

Aduz que a fundamentação da sentença quanto ao suposto dano ao aterro do açude nas terras do apelado é tese contrária à lei e aos fatos, uma vez que: a) o caminho pretendido pelo apelante sempre existiu; b) o perito definiu que o trajeto constante do contrato e defendido pelo juízo *a quo* encontra-se em condições precárias; c) o perito também concluiu pela viabilidade do trajeto pleiteado desde que sejam realizadas medidas de conservação, tal como é necessário em qualquer via de passagem (art. 215, § 1º, parte final, CC); d) a lei não apresenta qualquer exceção à sua impositiva aplicação (art. 1.285, § 2º, CC), não cabendo ao intérprete fazê-lo; e) a perícia esclareceu quanto à desnecessidade de tráfego intenso de veículos para a exploração normal de sua propriedade.

Quanto à possível ligação entre as vias BR 262 e MS 320, não há relação com o caso em pauta, mas se trata de preocupação pessoal do julgador, sem qualquer reflexo jurídico, não podendo servir de pretexto ao indeferimento de passagem ao recorrente, além de que, consta que há bloqueio da estrada por cadeados nas porteiras, somente podendo ser utilizada com a permissão dos proprietários.

Afirma que não tem intenção alguma em manter o acesso pela gleba do outro vizinho, que cuidaria de fechar a passagem tão logo obtivesse êxito no caminho pela propriedade do recorrido.

Assevera em relação à passagem de cabos de energia elétrica que incorreta a decisão que impôs ao apelante condição excessiva e inexigível por lei à concessão da tutela, porquanto o autor comprovou que: a) o apelado alienou parte de seu imóvel ao apelante; b) a propriedade ficou sem acesso à via pública e à energia elétrica; c) o imóvel do réu é aquele que mais natural e facilmente se presta a ambas as passagens; d) provém daquele bem o único ponto de energia/rede de distribuição servível ao apelante, tornando-se, de qualquer outro modo impossível ou excessivamente oneroso, conforme constatado na perícia, restando prejudicado apenas os aspectos pecuniários de tal serviço e de desvalorização do imóvel.

Por fim, requer a inversão dos ônus sucumbenciais com a majoração dos honorários advocatícios.

Pleiteia a concessão da tutela antecipada recursal para que seja decretado o imediato estabelecimento de passagem e de energia elétrica na forma requerida.

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Olympio Domingos Dias contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação de passagem forçada n. 0005392-96.2010.8.12.0021 que move em face de Carlos Correa Guimarães, julgou improcedentes

os pedidos iniciais, condenando o requerente ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00.

Alega, em síntese, que incorreta a sentença pois o apelado alienou parcialmente seu imóvel rural ao apelante e, logicamente, o acesso à fração alienada sempre se deu por meio das terras do próprio alienante das quais foi desmembrada, perdendo acesso à via pública, restando encravada nos fundos da propriedade do vendedor, demandando passagem por meio de terras alheias, cujos proprietários, não tendo participado do negócio, não a admitem e, se não há acesso livre, direto e incondicional a vias públicas, mostra-se impositiva a reforma da decisão recorrida, para que o alienante arque com tal ônus, nos termos do art. 1.285, § 2º, do CC.

Assevera em relação à passagem de cabos de energia elétrica que incorreta a decisão que impôs ao apelante condição excessiva e inexigível por lei à concessão da tutela, porquanto o autor comprovou que: a) o apelado alienou parte de seu imóvel ao apelante; b) a propriedade ficou sem acesso à via pública e à energia elétrica; c) o imóvel do réu é aquele que mais natural e facilmente se presta a ambas as passagens; d) provém daquele bem o único ponto de energia/rede de distribuição servível ao apelante, tornando-se, de qualquer outro modo impossível ou excessivamente oneroso, conforme constatado na perícia, restando prejudicado apenas os aspectos pecuniários de tal serviço e de desvalorização do imóvel.

Por fim, requer a inversão dos ônus sucumbenciais com a majoração dos honorários advocatícios.

O recurso deve prosperar apenas parcialmente.

Compulsando os autos observo que no contrato firmado para a venda de parte do imóvel do réu ao autor inseriu-se uma cláusula pela qual se visou à exoneração do vendedor em fornecer passagem por sua propriedade (f. 13).

Entretanto, ingressou em juízo o comprador alegando o encravamento decorrente da alienação parcial do bem do réu e pleiteando o direito à passagem forçada em suas terras, a fim de que retornasse o acesso a uma via pública.

O instituto tem como fundamento a função social da propriedade, nos termos do que prevê o art. 5º, XXII e XXIII da CF/1988 e o art. 1.228, § 1º, do CC (TARTUCE. Flávio. SIMÃO. José Fernando. **Direito Civil. Direito das Coisas**. Vol. 4., 3. ed. 2011. p. 242.)

O Código Civil vigente passou a prever em seu art. 1.285, § 1º, sem correspondente na legislação anterior, que na hipótese de encravamento não natural, isto é, quando advindo de alienação parcial, quem deverá tolerar a passagem é o proprietário da outra parte que permaneceu com o acesso à via pública e nesse caso, *"a obrigação de tolerar a passagem forçada deve acompanhar a coisa constituindo uma obrigação ambulatória ou propter rem."* (TARTUCE. Flávio. SIMÃO. José Fernando. **Direito Civil. Direito das Coisas**. Vol. 4., 3. ed. 2011. p. 243.)

Mesmo antes da entrada em vigor da norma trazida pelo atual Código Civil, na doutrina já preponderava esse entendimento, conforme se observa da seguinte lição de Darcy Bessone:

> Quando o encravamento do prédio resulta da alienação de parte do imóvel, o adquirente é, segundo a melhor doutrina, obrigado a dar passagem ao remanescente do prédio, mas terceiros não devem ser onerados por efeito desse ato voluntário do proprietário que provocou o encravamento. (*in* **Direitos Reais**, Ed. Saraiva, 1988, p. 206).

Nesse sentido é a melhor jurisprudência:

> EMENTA: AÇÃO DE PASSAGEM FORÇADA - ENCRAVAMENTO DO IMÓVEL RURAL CAUSADO PELO ALIENANTE - OBRIGATORIEDADE DE PASSAGEM PELA ÁREA REMANESCENTE - POLO PASSIVO PRETENSAMENTE IMPOSTO AO CONFRONTANTE - ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.285 DO CÓDIGO CIVIL. A ação que visa à passagem forçada de imóvel rural encravado não pode ter no polo passivo o confrontante, se a situação de encravamento decorreu da alienação de parte de outra gleba rural, quando há saída do prédio remanescente para a via pública. (TJMG, AC n. 1.0604.07.004859-9/001, Rel. Des. Otávio Portes, Rel. do Acórdão Des. José Marcos Vieira, julgado em 10.6.2009, DJ de 14.8.2009).

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE VIZINHANÇA. PASSAGEM FORÇADA. IMPOSSIBILIDADE DE INSTAR VIZINHO A TOLERAR PASSAGEM EM VIRTUDE DE ENCRAVAMENTO ORIUNDO DO DESMEMBRAMENTO DO IMÓVEL LINDEIRO. APELO PROVIDO. UNÂNIME. (TJRS, AC n. 70040846917, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 31.3.2011, DJ de 19.4.2011).

O § 3º, do art. 1.285, do Código Civil, vai mais adiante, reforçando o dever de tolerância do alienante ao dispor que *"aplica-se o disposto no parágrafo antecedente ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra."*, o que afasta, portanto, a alegação do apelado quanto à existência de outra passagem para a propriedade do apelante às vias públicas, haja vista não ser este um ônus que deve ser suportado por terceiros vizinhos, sendo irrelevante o fato trazido em contestação de que estes seriam parentes ou amigos do autor.

E na presente hipótese, o laudo pericial respondeu afirmativamente à pergunta de que *"a via de acesso mencionada no contrato de f. 13-6 passa por dentro de propriedades alheias à da requerida"* (f. 219), demonstrando que a alienação gerou o encravamento das terras do apelante.

Ainda que assim não fosse, coaduno com o entendimento progressista e mais afinado à função social da propriedade, sintetizado no Enunciado n. 88 da Jornada de Direito Civil, *in verbis*: *"o direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do Código Civil, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas inclusive as necessidades de exploração econômica."*

Portanto, não há falar em impedimento para se reconhecer o direito pleiteado em razão da cláusula contratual, uma vez que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, conforme preconizado no art. 421, do Código Civil, obrigando-se os contratantes *"a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"*, nos termos do art. 422, do mesmo diploma legal.

Ressalto que a possibilidade de ligação entre as rodovias não é questão afeta à presente demanda, visto que não há impossibilidade legal, devendo as partes se resguardarem de eventuais transeuntes circularem dentro das propriedades particulares, se assim não desejarem.

No tocante ao tráfego de veículos, o laudo pericial reconheceu que não se pode afirmar que haverá tráfico intenso de caminhões e veículos na pretendida servidão de passagem (item 3.a. f. 220) pelas naturais limitações da propriedade encravada, em razão de sua área reduzida e, ressalto que caso haja danos, poderá haver pedido de indenização em processo autônomo, no qual se analisará a questão que se apresentar.

O trajeto a ser concedido para passagem forçada deve ser aquele já utilizado anteriormente para o acesso à propriedade encravada, conforme pedido inicial, com alteração sugerida pelo laudo técnico, para impedir o trânsito dentro da sede da propriedade do apelado, conforme descrição contida às f. 218.

Por força do art. 515, § 1º, do CPC, passo à análise do direito de indenização previsto no art. 1.285, do Código Civil, a qual foi requerida em sede de contestação, e que entendo deva ser determinada já nestes autos (REsp n. 316336/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 18.8.2005, DJ de 19.9.2005, p. 316), visto que há elementos suficientes, devendo ser adotado o laudo pericial, conforme descrição realizada pelo perito às f. 218, cujo custo indicativo foi na ordem de R$ 107.270,00, a ser atualizado monetariamente pelo IGPM desde a data da confecção do laudo, em 4.4.2011, a fim de preservar o valor aquisitivo da moeda.

Em relação ao pedido de passagem para cabos de energia elétrica, reformo a sentença parcialmente, por entender ser o caso de extinção do feito, sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual.

Fredie Didier Júnior (*in* **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 10. ed. 2008. p. 187) explica que *"o exame do interesse e agir (interesse processual) passa pela verificação de duas circunstâncias: a) utilidade e b) necessidade do pronunciamento judicial."*

Na hipótese, não vislumbro utilidade na pretensão, pois, conforme bem esclarecido no laudo pericial *"seria imprescindível a apresentação das plantas definitivas cumprindo as exigências da concessionária e Normas Técnicas." (f. 219).*

É oportuna a transcrição de parte do laudo pericial:

> No planejamento para a construção de uma rede de energia rural é obrigatório o estudo de um traçado para essa rede, elaboração de projetos básicos (anteprojeto) que deve conter a situação (localização) do imóvel, levantamento cadastral, levantamento de carga, previsão de demanda, exploração do traçado e a possibilidade de interligação do sistema, licença ambiental, análise cartográficas, levantamentos plano-altimétrico e topográfico do trecho. Definido o traçado desse ramal rural, e havendo a necessidade da passagem da linha em propriedade de terceiros, deve ser obtido desse proprietário o Termo de Autorização de Passagem - Norma ND 21 – 45.
>
> Sem essas informações fica impossível projetar valores, tanto para a construção da rede, com para servidão desta. (f. 203-204)

Logo, se *"há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido."* (DIDIER. Fredie Jr. (*in* **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1., 10. ed. 2008., p. 188), não é possível reconhecê-la na presente hipótese, já que seria inócuo conceder o direito de passagem que sequer se sabe será utilizado, porquanto depende da realização dos procedimentos prévios necessários à construção da rede de energia elétrica, com as autorizações administrativas pertinentes, as quais não foram apresentadas pelo autor.

Assim, o feito quanto a esse pedido deve ser extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, não impedindo que haja nova demanda quando comprovada a utilidade do provimento solicitado.

A insurgência contra os honorários advocatícios também deve ser provida, pois é imperioso fixá-los em um patamar razoável, conforme as disposições da norma processual civil, observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional liberal, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo

advogado e o tempo exigido para o seu serviço (artigo 20, § 3º, 'a', 'b' e 'c' do Código de Processo Civil), e na hipótese entendo que R$ 2.000,00 arbitrados na instância singela não condizem com a complexidade da demanda e o trabalho exercido pelos causídicos, devendo haver majoração para R$ 7.000,00.

Ante o exposto, conheço do recurso e reformo parcialmente a sentença recorrida para: a) julgar extinto, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, o pedido de passagem forçada para cabos de energia elétrica; b) julgar parcialmente procedente o pedido inicial para declarar o direito do autor à passagem forçada pela propriedade do réu, conforme rumo traçado pelo pedido autoral com alterações indicadas no laudo pericial às f. 218, mas subordinando o exercício desse direito ao pagamento prévio da indenização consistente no custeio integral das obras nos exatos termos do esclarecimento pericial de f. 218, no valor de R$ 107.270,00, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV desde 4.4.2011.

Diante da sucumbência recíproca, nos termos do *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil, redistribuo os ônus sucumbenciais, condenando autor e réu ao pagamento de 50% (cinquenta por cento), cada um, do valor das custas processuais, e honorários advocatícios que fixo em 7.000,00, determinando a compensação destes, conforme Súmula n. 306, do STJ.

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. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 27 de março de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2010.001165-7 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE COBRANÇA. TAXA CONDOMINIAL. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO BEM. MULTA DE 2%. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.336 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

A taxa condominial deve ser adimplida pelo proprietário do bem, ainda que o mesmo não esteja na posse do imóvel, isso porque, no caso, a obrigação é *propter rem.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 15 de fevereiro de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de recursos de apelação cível respectivamente interpostos pelas partes contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança que o Condomínio Edifício Mont Vert ajuizou em face de Banco ABN AMRO Real S.A.

O Condomínio apelante alega, em síntese, que:

> A irresignação do presente apelo prende-se apenas à exclusão de parte da cobrança objetivada nesta ação, relativa ao período de 5.1.1997 a 5.11.2002, que a Magistrada *a quo* entendeu estar coberto pela coisa julgada material e também quanto ao valor da multa, reduzida que foi para 2% após a vigência do novo Código Civil. Não há coisa julgada material porque o processo mencionado não envolvia as mesmas partes do presente feito. E a multa, já que prevista em Convenção Condominial anterior ao novo Código Civil, deve ser mantida no percentual previsto, pena de ofensa ao ato jurídico perfeito (f. 200).
>
> Antes da adjudicação, realmente a pessoa de Jucélia Nogari ocupou ilicitamente o apartamento 602, pode-se assim dizer em razão das sentenças proferidas em ações envolvendo a mesma e o antigo proprietário, e contra ela, que tinha pago algumas taxas condominiais do período de 5.1.1997 a 5.11.2002 (f. 201).
>
> Nesse caso, especificamente, o banco apelado sempre soube que havia taxas condominiais atrasadas, tanto que, ao licitar a venda do imóvel, expressamente fez constar do edital a pendência e o valor total, inclusive as taxas condominiais do período envolvido na ação de Jucélia Nogari. Ou seja, sempre soube que era o responsável legal pelo débito total sem exclusão alguma (f. 203).

Por fim, requer o provimento do recurso "para reformando parcialmente a r. sentença, seja o banco apelado condenado também ao pagamento das taxas condominiais do período de 5.1.1997 a 5.11.2002, excluído pela sentença, acrescido de multa de 20% sobre o valor total em atraso, de 1997 até o dia do pagamento, juros de mora, custas e honorários advocatícios, no percentual já previsto na r. sentença" (f. 206).

O banco-apelado, devidamente intimado, apresentou as contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (f. 266-75).

O segundo apelante, por sua vez, aduz, em suma, que:

> Como se extrai da presente demanda, o apelante é réu em uma ação de cobrança de despesas condominiais movida pelo apelado, na qual se pleiteia o recebimento de referidas taxas no período compreendido entre janeiro de 1997 a maio de 2007 (f. 214).
>
> Todavia, como o apelado já havia movido uma ação de cobrança referente às mesmas taxas em face de um terceiro (Sra. Jucélia Nogari), nos autos da Ação de Cobrança de n. 001.95.011941-2, o banco demandado demonstrou em sede de contestação que o objeto da demanda estaria acobertado pela coisa julgada, o que foi parcialmente reconhecido pela sentença de 1ª instância (f. 214).
>
> No caso, dispôs o Magistrado *a quo* que a presente demanda deveria prosseguir em face do demandado, ora apelante, atribuindo-o a responsabilidade pelo período de 5.12.2002 em diante (f. 214).
>
> Ocorre que referida condenação não pode subsistir, pois afronta vasto conjunto probatório carreado aos autos, atribuindo ao banco apelante uma responsabilidade que não lhe compete, consoante se passa a demonstrar (f. 214).
>
> [...] entendeu por bem o Magistrado de 1º grau condenar o demandado ao pagamento da dívida, atribuindo-lhe a responsabilidade pelos débitos gerados a partir de 5.12.2002 (f. 215).

Requer, por derradeiro, a procedência do recurso para "o fim de se reformar a r. sentença, de forma a julgar totalmente improcedente a presente demanda, já que o ônus pelos débitos cobrados são de exclusividade única dos promitentes compradores, devendo ao final, ser integralmente arcada pela parte *ex adversa* os ônus sucumbenciais" (f. 231).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se, como relatado, de recursos de apelação cível respectivamente interpostos pelas partes contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança que o Condomínio Edifício Mont Vert ajuizou em face de Banco ABN AMRO Real S.A.

O condomínio apelante ingressou com a presente ação, objetivando o adimplemento das taxas condominiais vencidas relativas ao período de janeiro de 1997 até maio de 2007.

O juízo de origem proferiu sentença julgando parcialmente procedente o pedido formulado na inicial condenando o banco ora apelado ao pagamento das taxas condominiais vencidas no período compreendido entre 5.12.2002 a 5.5.2007, incluindo-se as que se vencerem no curso do processo.

É contra essa decisão que se insurgem as partes.

O condomínio apelante argumenta que (i) não houve coisa julgada material com relação a cobrança das parcelas relativas ao período de 5.1.1997 a 5.11.2002; e (ii) a multa de 20% é devida sobre o valor total do atraso.

O banco apelante, por sua vez, aduz que as taxas condominiais são dos promitentes compradores do imóvel e não do banco que o adjudicou.

Os recursos não merecem provimento.

Com efeito, da análise dos autos verifica-se que o condomínio apelante já havia ajuizado ação de cobrança dos encargos condominiais referentes ao mesmo apartamento, qual seja, o de n. 602, a qual foi julgada procedente para condenar a ora requerida, Jucélia, ao pagamento das taxas condominiais referentes ao período de 5.1.1997 a 5.11.2002, razão pela qual o magistrado de origem entendeu, na decisão ora atacada, haver coisa julgada.

Isso porque, por óbvio, não poderia ter ocorrido a cobrança dos referidos encargos da mesma unidade condominial pela segunda vez, em outro processo, havendo, portanto, como afirmado, coisa julgada material, porquanto a aludida questão já foi decidida em outra oportunidade e por sentença transitada em julgado (f. 90-3).

Confira-se, a propósito, trecho da sentença que bem explica a questão da coisa julgada:

> No caso em tela, como exposto alhures, verifico que parte do pedido formulado nestes autos já foi decidido em outro processo, de modo que há coisa julgada material a obstar a rediscussão do tema no tocante as taxas condominiais do período de 5.1.1997 a 5.11.2002.

Anote-se, ademais, que o imóvel sobre o qual estão sendo cobrados os encargos condominiais, foi objeto de adjudicação pelo banco ora apelante em 21.10.2005, razão pela qual este é responsável pelo adimplemento de tais encargos.

A respeito do assunto, o artigo 1.315 do Código Civil dispõe que:

> O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.

Ora, os condôminos devem, portanto, ratear entre si as despesas referentes aos serviços prestados pelo condomínio, quais sejam, os de manutenção, limpeza, conservação e segurança do mesmo.

Assim, ao contrário da tese defendida pelo banco ora apelante, a taxa condominial deve ser adimplida pelo proprietário do bem, mesmo não estando este na posse do imóvel, isso porque, no caso, a obrigação em questão é de natureza *propter rem.*

Por oportuno, eis parte da sentença que bem elucida a questão posta em julgamento:

> Assim, o réu, enquanto proprietário do apartamento deve arcar com o pagamento das contribuições condominiais, conforme preceitua o artigo 12, da Lei n. 4.591/64 e o artigo 1.336, inciso I, do Código Civil.
>
> Isso porque as cotas condominiais classificam-se como obrigações *propter rem* permanecendo agregadas ao bem, sendo que o titular do domínio, no caso a parte ré, permanece responsável pelo pagamento das mesmas.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou que:

> Condomínio. Cobrança de taxas condominiais. Execução extrajudicial. Arrematação posterior. Precedentes da Corte.

> [...]
>
> 2. No caso concreto, ajuizada a ação antes da execução extrajudicial, deve seguir-se precedente da Corte no sentido de que é responsabilidade da proprietária as despesas condominiais desde a data da aquisição até quando o imóvel foi arrematado pela CEF[1]
>
> 3. Recurso especial conhecido e provido.
>
> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - CONDOMÍNIO - TAXAS CONDOMINIAIS - OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* - LEGITIMIDADE PASSIVA DO RÉU - CONTRATO DE COMPRA E VENDA - AUSÊNCIA DE CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONDOMÍNIO - POSSIBILIDADE - ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DAS DESPESAS CONDOMINIAIS - REEXAME DE PROVAS - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - SÚMULA N. 83/STJ.
>
> 1 - Na linha da orientação adotada por este Tribunal, não ofende a lei decisão que reconhece a legitimidade passiva de réu, proprietário do imóvel em contenda, para responder pelas despesas condominiais, ainda que tenha alegado a existência de contrato de compra e venda em relação ao bem, porquanto ausente a comprovação inequívoca do condomínio quanto ao referido documento, e tendo em vista, sobretudo, a natureza *propter rem* das cotas condominiais.
>
> [...]
>
> 3 - Recurso não conhecido.[2] (Grifei)

Registre-se, por fim, que não merece reforma a decisão que determinou que a multa de 20% só deve ser aplicada à parcela vencida em 5.12.2002, incidindo nas demais parcelas a multa de 2%, prevista no art. 1336, §1º, do Código Civil, porquanto referida decisão encontra-se em consonância com jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça.[3]

Diante do exposto, nego provimento aos recursos, mantendo intacta a sentença hostilizada.

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. Joenildo de Sousa Chaves.

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 2012.

***

1 REsp n. 651.060/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 14.12.2006, DJ de 23.4.2007, p. 255.

2 REsp n. 535.570/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 24.10.2006, DJ de 20.11.2006, p. 311.

3 REsp n. 155714; REsp n. 81241; REsp n.701483 ...

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2010.012801-7 - Três Lagoas
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. DISCUSSÃO DA CAUSA *DEBENDI*. POSSIBILIDADE. TÍTULO DESPROVIDO DO REQUISITO DE CERTEZA E EXIGIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

Nos termos do que dispõe o artigo 586, do CPC, o título que autoriza a propositura da execução é aquele que, de fato, evidencia certeza, exigibilidade e liquidez, permitindo ao credor lançar mão de medida judicial para o cumprimento da obrigação inadimplida.

Vê-se, no caso, que a execução foi instruída com título desprovido do requisito de certeza e exigibilidade, o que lhe retira o atributo da executoriedade, consoante disciplina o artigo 618, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 1º de fevereiro de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelações cíveis interpostas contra sentença que julgou procedentes os Embargos à Execução promovido por Clarindo Roman em desfavor de Clinimed Day Hospital Ltda. – EPP.

A empresa-apelante alega, em síntese, que:

> A princípio cumpre observar que os embargos à execução de título executivo extrajudicial, modalidade nota promissória, podem ser opostos apenas e tão somente para discutir a legalidade do título de crédito ora em comento, objeto desta execução, e não para se discutir a efetiva prestação do atendimento hospitalar do atendimento hospitalar/médico prestado à Sra. Aldagisa Gomes Roman, em Três Lagoas/MS e depois em Araçatuba/SP, pois, em matéria de embargos à execução não se discute a causalidade da emissão de título de crédito, eis que não se trata de duplicata mercantil que é a única modalidade de título de crédito cuja sua emissão é causal[...] (f. 286)
>
> A presente Sentença, também violou evidentemente o princípio da livre negociação entre as partes e a contratação bilateral, espontânea, de livre vontade, de consentimento

> mútuo, válido e plenamente eficaz para a concretização da relação jurídica adequada, consolidando o enriquecimento ilícito do apelado em detrimento do apelado[...] (f. 289)

Ao final, requer que seja "*[...] conhecido e provido na sua íntegra, por este Egrégio Tribunal de Justiça Sul Matogrossense, a fim de que possa este garantir a exigibilidade, a liquidez, e a certeza das notas promissórias como dívidas contraídas de livre e espontânea vontade pelo apelado[...]*" (f. 291-2).

O segundo apelante afirma que:

> Entendemos, que na espécie, há de se anular o próprio negócio jurídico, a própria pretensa obrigação estabelecida entre as partes, com a declaração de inexistência de dívida do recorrente para com a recorrida, como se observa do inteiro teor do último venerando aresto supracitado. (f. 332)

> Consigna-se o prequestionamento acerca da matéria constitucional discutida, a ser expressamente apreciada por Vossas Excelências, respectivamente relativas à violação da Constituição Federal, artigos 5º, incisos LIV e 93, inciso IX, bem como da legislação federal subsumida na Lei n. 5.869/73 (CPC), artigos 128 e 426, e na Lei n. 10.406/02, artigos 104, inciso II e III, 156, 171, inciso II. (f. 333)

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se, como relatado, de apelações cíveis interpostas contra sentença que julgou procedentes os Embargos à Execução promovido por Clarindo Roman em desfavor de Clinimed Day Hospital Ltda. – EPP.

Da análise dos autos verifica-se que Clarindo Roman opôs embargos à execução em face de Clinimed Day Hospital Ltda. – EPP, argumentando que o título executado é decorrente de um negócio jurídico anulável, porquanto a assinatura aposta na nota promissória foi feita em condição de estado de perigo, em razão do estado de saúde delicado de sua falecida esposa.

A sentença, como relatado, julgou procedentes os pedidos formulados na demanda, extinguindo a execução por carência de ação.

O hospital, ora apelante, insurge-se contra a aludida sentença, argumentando que (i) é livre o direito de negociação entre as partes; (ii) o título de crédito executado é líquido, certo e exigível; (iii) a *causa debendi* da nota promissória não deve ser discutida; e (iv) não houve vício de consentimento na assinatura do título exeqüendo.

Clarindo Roman, por sua vez, insurge-se contra a sentença tão somente para requerer a declaração da nulidade do negócio jurídico pactuado pelas partes.

Verifica-se, de pronto, que as matérias debatidas encontram-se entrelaçadas, razão pela qual os recursos devem ser analisados em conjunto.

Pois bem. Nos termos do que dispõe o artigo 586, do CPC, o título que autoriza a propositura da execução é aquele que, de fato, evidencia certeza, exigibilidade e liquidez, permitindo ao credor lançar mão de medida judicial para o cumprimento da obrigação inadimplida.

Vale dizer, para que um título sirva como base para promoção da ação executória, *mister* que o mesmo seja certo, exigível e líquido.

Ora, a certeza, a exigibilidade e a liquidez são requisitos substanciais do título executivo, sem os quais não existe a eficácia capaz de tornar adequada a execução.

No caso dos autos, como se vê, cuida-se de execução de contrato de prestação de serviço hospitalar, no qual foram assinadas duas notas promissórias a título de caução, havendo irresignação do embargante, ora recorrente, quanto aos encargos pactuados.

Anote-se, por primeiro, que ao revés da tese sustentada pela empresa apelante, é perfeitamente possível a discussão da *causa debendi* no caso dos autos, consoante jurisprudência adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> CHEQUE. CAUÇÃO. *CAUSA DEBENDI*. POSSIBILIDADE - Cheque entregue para garantir futuras despesas hospitalares deixa de ser ordem de pagamento à vista para se transformar em título de crédito substancialmente igual a nota promissória.
>
> - É possível assim, a investigação da *causa debendi* de tal cheque se o título não circulou.
>
> - Não é razoável em cheque dado como caução para tratamento hospitalar ignorar sua causa, pois acarretaria desequilíbrio entre as partes. O paciente em casos de necessidade, quedar-se-ia à mercê do hospital e compelido a emitir cheque, no valor arbitrado pelo credor.[1]

Com efeito, não há dúvidas de que os títulos executados foram emitidos com a finalidade de caução - um procedimento amplamente conhecido na praxe hospitalar, consubstanciado na composição de uma garantia dos serviços eventualmente prestados - sendo que, ao final do tratamento ou da prestação de socorro, efetuado o cálculo de todo aparato efetivamente utilizado, deve ser o mesmo cotejado com o valor do título entregue inicialmente, para, caso as despesas realizadas revelem-se inferiores à quantia dada em depósito, o resultado da subtração seja devolvido ao consumidor e, de outro lado, na hipótese de ter havido superação do *quantum* depositado no momento da internação, veja-se o paciente obrigado a complementar aludido valor.

Entretanto, no presente caso, o que se verifica é que o ora recorrido assinou as notas promissórias no valor de R$ 67.000,00, quando sua esposa ainda se encontrava sob intervenção médica, em estado grave de saúde, sem que fosse possível saber o real valor da prestação de serviço.

Ora, se não era possível saber-se quais serviços foram prestados, que materiais foram utilizados, quantos médicos e profissionais dedicaram seu trabalho e conhecimento ao caso, igualmente não era possível, no ato da assinatura das notas promissórias, contabilizar-se o valor exato da conta a ser cobrada da paciente pela utilização da casa de saúde.

Assim, o procedimento correto a ser adotado, após a notícia do falecimento da esposa do recorrido, deveria ter sido o de o hospital listar tudo quanto se empregou na tentativa de salvamento (desde agulhas, exames, até honorários médicos), com o respectivo preço e, então, sob a forma de uma fatura ou demonstrativo de conta, apresentar ao apelado-consumidor para fins de quitação ou de recebimento da diferença entre as despesas e o valor contido nas cártulas. Isto, entretanto, não foi o que ocorreu.

Com efeito, o fato de que as notas promissórias tenham sido emitidas em garantia de negócio, por si só, não é suficiente para elidir a sua exigibilidade.

Porém, invocada a discussão da relação subjacente aos títulos, e comprovada a ausência de correspondência entre os serviços contratados e o valor constante nas cártulas, a desconstituição dos mesmos é medida que se impõe.

1 REsp n. 796.739/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 27.3.2007, DJ de 7.5.2007, p. 318.

Anote-se, ademais, que, não restando provado, anteriormente à execução das notas promissórias-caução, que teria havido descumprimento do negócio (no caso, o não pagamento do real valor do atendimento médico-hospitalar) por parte do consumidor, capaz de ensejar a medida coercitiva, não se pode reconhecer a validade das cártulas.

Nesse passo, imperioso anotar trecho da bem lançada sentença de origem:

> Nessa esteira, analisando-se o contrato e as notas promissórias é forçoso concluir que não ostentam os títulos liquidez e certeza.
>
> Evidente que o embargante encontrava-se em situação que pode ser definida como estado de perigo, a revelar o vício de consentimento pelo falta de liberdade de contratar, suficiente para levar à nulidade dos títulos.
>
> [...]
>
> Restou claro que as notas promissórias eram substituídas conforme decorriam os dias de internação hospitalar, mas sempre com natureza de garantia.
>
> Isso não quer dizer que o embargante não será responsabilizado pelas despesas hospitalares, mas que essa cobrança depende de prova efetiva dos gastos, não se podendo admitir a fixação unilateral do que foi despendido na internação, mediante arbítrio do hospital e inadmissível desequilíbrio na relação jurídica (f. 270-1).

Diante das razões delineadas, vê-se que a execução foi instruída com título desprovido do requisito de certeza e exigibilidade, o que lhe retira o atributo da executoriedade, consoante disciplina o artigo 618, do Código de Processo Civil[2].

Registre-se, por fim, que a insurgência do apelante Clarindo Roman não merece prosperar, porquanto o negócio jurídico somente pode ser declarado nulo em ação autônoma, não podendo ser objeto de discussão em embargos à execução.

Diante o exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo intacta a sentença de origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2012.

***

2 Art. 618. É nula a execução:
I- se o título executivo extrajudicial não corresponder à obrigação líquida, certa e exigível;
[...].

Primeira Câmara Cível
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2011.035209-9/0001-00 - Ponta Porã
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA BACHARELADA EM ARTES. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO EDITAL. POSSE. IMPOSSIBILIDADE. INDEFERIDA CONCESSÃO DA SEGURANÇA. DECISÃO MANTIDA. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Deve ser mantida a decisão impugnada se a recorrente pretende apenas a rediscussão da matéria, sem trazer qualquer fato novo, capaz de promover a modificação do *decisum.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 1º de fevereiro de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de agravo regimental interposto por Caroline Pereira Cavalcante contra decisão monocrática (f. 176-9) que negou seguimento de plano ao recurso de apelação cível interposto contra sentença (f. 135-7) que denegou a segurança impetrada contra ato do prefeito municipal de Ponta Porã e, por conseguinte, determinou a extinção do feito.

A agravante, em síntese, sustenta que:

> [...] o inconformismo da agravante tem razão de ser, posto que, a uma, o edital efetivamente não prevê como requisito para a posse no cargo de professor de educação artística, a formação com licenciatura plena, constando apenas como requisito a ainda que houvesse tal previsão no edital, a agravante estaria apta para assumir o cargo de educação artística, tendo em vista que além da graduação possui curso de especialização em artes na educação escolar, cujas matérias superam a exigência do edital e a três, porque desde o ano de 1996, com a promulgação da nova lei de diretrizes e bases a nomenclatura do curso de educação artística mudou, passando a se chamar curso de artes visuais (f. 182).
>
> Importante mencionar também, que a agravante já ministra aulas de artes em várias instituições particulares de ensino do município de Ponta Porã – MS, tendo vasta experiência nesta área, conforme se infere dos documentos carreados aos autos (f. 182).

> [...] a medida que se impõe é a posse da ora agravante no cargo de professora de educação artística do município de Ponta Porã – MS, posto que além de preencher os requisitos do edital, esta possui titulação superior exigida, foi devidamente nomeada e vem passando por grande desgaste emocional por ter sido aprovada, nomeada e não empossada no referido concurso público (f. 183).

Ao final, a recorrente pugna pelo provimento do regimental.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

A decisão atacada tem o seguinte teor (f. 176-9):

> [...] Pois bem. Analiso a presente questão, utilizando-me como razões de decidir dos bem-lançados fundamentos contidos no parecer do Ministério Público (f. 168-174), a saber:
>
> [...]
>
> A apelante, em suas razões (f. 173-9), postula a reforma da sentença, com o fito de obter a concessão da segurança para que seja empossada no cargo de Professora de Educação Artística da Rede Municipal de Ponta Porã, concessão esta que lhe foi negada diante da formação acadêmica da impetrante em Artes Visuais Bacharelado e não em licenciatura plena.
>
> Argumenta para tanto que: (a) o Edital n. 01/2009 não prevê como requisito para a posse no cargo de professor de educação artística a formação com licenciatura plena, apenas a formação em graduação nessa área; (b) mesmo se assim o fosse, a apelante estaria apta, uma vez que possui curso de Especialização em Artes na Educação Escolar, cujas matérias realizadas não só complementam a graduação como superam as exigências do edital; (c) ademais, em 1996 com a promulgação da nova Lei de Diretrizes e Bases mudou-se a matéria de Educação Artística para apenas Artes; (d) já faz parte do corpo docente no município por estar lotada como professora em escolas da rede particular de ensino de Ponta Porã.
>
> [...]
>
> Entretanto, a pretensão recursal não merece guarida.
>
> O artigo 37, caput, da Constituição Federal preconiza que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".
>
> [...]
>
> Esse raciocínio aplica-se integralmente aos concursos públicos para provimentos de cargos a educação, procedimento este que visa selecionar os melhores candidatos para o desempenho das funções públicas, cabendo ressalvar que o administrador fica vinculado aos termos do edital, já que, parafraseando Hely Lopes Meirelles, "o edital é a lei interna do concurso".
>
> [...]

> Assim é que, observando a grade curricular da apelante (f. 65) vê-se nitidamente que o curso de bacharelado em Artes no qual a apelante é formada não proporciona ao profissional habilidades especificas e suficientes para cumprir com as funções que seriam delegadas a um profissional da educação licenciado para a docência.
>
> São várias as diferenças entre o bacharelado e a licenciatura. A principal característica do licenciado é a aptidão técnica para transmitir seus conhecimentos, transformando-o em um professor, já no Bacharelato o indivíduo tem sua formação voltada para o mercado de trabalho e para a aplicação prática de seus conhecimentos.
>
> Diante disso, conclui-se que embora a recorrente argumente que essa exigência não estava prevista no edital do concurso, era desnecessário que estivesse, já que além do edital, o concurso deve obedecer principalmente a lei, que exige a graduação plena em curso de licenciatura. Desse modo, ela não pode se furtar de obedecer à disposição legal apenas porque ela não estava expressa no edital do concurso.
>
> [...]
>
> Diante disso, estando o edital em conformidade com as leis que regem o tema, não há como se reconhecer na pretensão da apelante o direito líquido e certo por ela alegado, motivo pelo qual deve ser negado provimento ao apelo e a sentença atacada deve ser mantida *in totum*. [...]
>
> Pelo exposto, esta Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento do recurso. (Grifei).

Aliás, diante de caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

> MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO DO GOBERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ QUE TORNOU SEM EFEITO O ATO DE NOMEAÇÃO DA IMPETRANTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS SECRETÁRIOS DE ESTADO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROFESSOR. NÃO CUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA DO EDITAL DO CERTAME. CURSO SUPERIOR NÃO RECONHECIDO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA NO MOMENTO DA POSSE, INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONVALIDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. [...] 3. No presente recurso, a recorrente afirma ter a capacitação necessária para o exercício das funções inerentes ao cargo para o qual foi devidamente aprovada, uma vez que a regularização formal do curso de graduação após a sua nomeação apenas endossou o certificado apresentado no momento da posse, documento que alega ter sido suficiente para sua investidura no cargo pleiteado. 5. Em contrarrazões, o recorrido afirma que o ato coator fundamentou-se em Processo Administrativo, no qual foi oportunizada a ampla defesa e o contraditório, que concluiu pela ausência do necessário reconhecimento pelo MEC do certificado de conclusão do curso superior apresentado pela recorrente. 6. O douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (f. 228-30). 7. É o que havia de relevante para relatar. 8. Dessume-se dos autos que a impetrante teve sua nomeação anulada em razão do não reconhecimento, pelo Ministério da Educação, dentro do prazo para posse, do seu certificado de conclusão de curso superior. 9. O Edital n. 01/2003, regulador do aludido certame, previu, em seu item 2.2.3, que o candidato deveria apresentar o comprovante de conclusão do curso superior, devidamente reconhecido (não apenas autorizado pelo MEC), exigido para o cargo, no ato de sua nomeação. 10. No caso em tela, a impetrante, ao ser convocada para sua nomeação, apresentou certificado de conclusão de curso sem o reconhecimento do MEC, já que o curso de História somente foi legalmente aceito pelo

> referido Ministério após o termo de posse, informação esta prestada pela própria recorrente. 11. Vale transcrever, ante a pertinência dos esclarecimentos, trecho do acórdão vergastado: É que o Edital n. 01/2003, do DRH-SEAP, é claro ao dispor sobre os requisitos para a fase de habilitação e para a investidura no respectivo cargo: 2.2 HABILITAÇÕES - PROFESSOR DE 5ª A 8ª SÉRIES DO ENSINO FUNDAMENTAL E DO ENSINO MÉDIO: Português; Matemática; Ciências; Geografia; História; Educação Física; Educação Artística; Química; Física; Biologia e Inglês. 2.2.1 ESCOLARIDADE MÍNIMA: Licenciatura Plena. Para os candidatos concorrentes às vagas de Ciências, será cobrada habilitação específica. [...].[3]
>
> Ante o exposto, nego seguimento ao recurso obrigatório, nos termos do *caput* do artigo 557, do Código de Processo Civil.

Reexaminei os autos em razão da interposição do presente regimental e não me convenci da necessidade de modificar o posicionamento que adotei ao decidir monocraticamente a apelação cível.

Insta salientar, por necessário, que a cópia do edital de regência do concurso público para o qual a agravante foi aprovada para o cargo de professora (f. 24), estabelece, expressamente, a exigência de escolaridade no "curso superior de graduação na área específica (educação artística)"

Ocorre que o diploma de f. 64 e o histórico escolar de f. 65 demonstram que a ora agravante concluiu o curso de Artes Visuais, tendo sido bacharelada em Artes Plásticas, o que não lhe habilita, destarte, para ministrar aulas de educação artística na rede municipal de educação de Ponta Porã.

Ademais, a própria agravante, em suas razões recursais, afirma que "[...] não possui formação específica em educação Artística, pois é bacharel em Artes Visuais, tampouco, possui formação em curso de licenciatura plena." (f. 70).

Por oportuno, transcrevo decisão do STJ sobre tema análogo:

> Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Adriana Lobo dos Prazeres, com pedido liminar, em que se aponta como autoridade coatora o Ministro de Estado do Esporte. Narra a impetrante que foi nomeada pelo ora impetrado, através da Portaria n. 227, de 9 de dezembro de 2009, após ter sido aprovada no concurso público para exercer o cargo de Assistente Social, Classe A, Padrão I, do referido Ministério. Ocorre que, ao comparecer ao setor de Recursos Humanos para entrega da documentação exigida, foi informada que não dariam entrada no requerimento de posse, tendo em vista a falta do diploma de nível superior, bem como do registro profissional junto ao Conselho Regional da categoria (assistente social)
>
> [...]
>
> Passo a decidir. Em juízo de cognição sumária, não verifico a presença dos requisitos autorizadores da medida excepcional requerida. No caso, a liquidez e certeza do direito afirmado na inicial não é incontroverso, restando afastada a plausibilidade jurídica do pedido, imprescindível para o deferimento da liminar, *initio litis*. Com efeito, a impetrante do *writ* não possui, até o presente momento, a habilitação exigida no edital do concurso em questão, qual seja, o diploma de nível superior e o registro no Conselho Regional da categoria. Sobre o tema, vale transcrever os seguintes julgados desta Corte: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. HABILITAÇÃO. LICENCIATURA PLENA. REGRA EDITALÍCIA. DESCUMPRIMENTO. AUSÊNCIA DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. O ato que excluiu o impetrante do respectivo certame não feriu qualquer direito seu, muito

3 STJ, MS n. 25.992-PR (2007/0306001-0), Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ n. 10.6.2010.

menos líquido e certo, uma vez não ter sido comprovada a habilitação especificada pelo edital. Recurso desprovido. (MS n. 18921/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 23.5.2005).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO. ENSINO DE 1º E 2º GRAUS. DIPLOMA DE LICENCIATURA PLENA. EXIGÊNCIA DO EDITAL. POSSE. IMPOSSIBILIDADE. I - A posse do candidato aprovado em concurso público está condicionada ao cumprimento dos requisitos necessários para o exercício do cargo. II - Na espécie, fica impedida a investidura de candidata aprovada em concurso para professor de ensino fundamental, se não há o cumprimento de exigência editalícia, qual seja, a apresentação do diploma de curso de licenciatura plena em geografia, que lhe faculte o exercício do magistério nas disciplinas objeto do concurso. Recurso desprovido. (MS n. 18537/PR, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 8.11.2004) Diante do exposto, indefiro a liminar pleiteada. [4]

Assim, não tendo a agravante trazido argumentos capazes de alterar a decisão monocrática atacada, mantém-se a mesma por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do presente recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2012.

***

4 STJ, MS n. 14.949- DF 2010/0004280-8, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 1.2.2010.

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.004501-8 - Rio Brilhante
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PROPOSITURA PELO CÔNJUGE – ADJUDICAÇÃO DE SACAS DE SOJA PERTENCENTES AO CASAL – REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS – DÍVIDAS SE COMUNICAM – EXCEÇÕES DO ART. 1.668 NÃO VERIFICADA – INDEFERIMENTO DA INICIAL MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Para fins de interposição de embargos de terceiro, de acordo com o § 3º do art. 1.046 do CPC: *"Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação."* 2. O casamento sob o regime de comunhão universal de bens importa, segundo dispõe o art. 1.667 do CPC, a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte. 3. Considerando que o bem adjudicado envolve renda de contrato de arrendamento rural firmado pelo marido na constância do casamento (sacas de soja), não se verifica qualquer das exceções previstas no art. 1.668 do CC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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, 1 de março de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Lammegien Katerberg Bouwman apela da sentença proferida nos autos da Ação de Embargos de Terceiro que move em face de Ferreira e Pereira Ltda., na qual foi indeferida liminarmente a petição inicial, em razão do descumprimento do prazo para sua interposição, bem como ausência de direito de meação da embargante, tendo em vista casamento sob o regime de comunhão universal de bens com o executado. Sustenta, inicialmente, que a ação foi proposta dentro do prazo legal, tendo em vista que o *dias a quo* é a data de assinatura do auto de adjudicação, o que não fora considerado pelo juiz *a quo*. Defende que, embora a adjudicação tenha ocorrido no dia 29.8.2011, não foi essa a data da assinatura do auto de adjudicação e, portanto, não deve ser considerada como início do prazo para interposição dos embargos de terceiro. Tece questionamentos ainda sobre a questão de ordem pública referente à nulidade da penhora sobre a meação da esposa, que não é parte no processo de execução. Prequestiona os artigos 1.046, 1.048, 1.052 e 685-B, todos do CPC. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso com a nulidade da sentença e ao final seja excluída da adjudicação sua meação.

Sem contrarrazões, eis que sequer houve citação.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de apelação interposta em face da sentença que indeferiu a petição inicial dos Embargos de Terceiro, sob o fundamento de preclusão temporal, em razão da inobservância do prazo para sua interposição, bem como ausência de direito à meação, tendo em vista o regime de casamento da embargante ser o de comunhão universal de bens, no qual os bens do casal se comunicam.

Da minuciosa análise dos autos, entendo que a sentença não merece reforma.

Trata-se de ação de Embargos de Terceiro proposta pelo cônjuge do executado, visando livrar sua meação da constrição judicial, tendo em vista a adjudicação do bem do casal.

O julgador singular proferiu sentença de indeferimento da petição inicial, sob o fundamento de que a ação fora proposta sem observância do prazo legal previsto no art. 1.048 do CPC, bem como diante da ausência de direito da embargante à meação, considerando que o regime de casamento é o da comunhão universal de bens, onde as dívidas adquiridas após o casamento se comunicam, nos termos do art. 1.667 do CPC.

Com efeito, dispõe o § 3º do art. 1.046 do CPC:

> Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.

Por força do referido dispositivo, o cônjuge é considerado terceiro, apto a propor embargos de terceiro. No entanto, na hipótese dos autos, não se vislumbra o direito da embargante à exclusão de sua meação da constrição judicial, tendo em vista que é casada sob o regime de comunhão universal de bens (f. 21), o qual, segundo dispõe o art. 1.667 do CPC, importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

E, de acordo com o art. 1.668 do Código Civil, são excluídos da comunhão os seguintes bens:

> I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
>
> II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
>
> III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
>
> IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
>
> V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Assim, no caso dos autos, além das dívidas do casal se comunicarem, em razão do regime de comunhão de bens, independente da participação da apelante na ação executiva, não se verificam as exceções previstas no dispositivo citado, uma vez que o bem adjudicado refere-se à renda proveniente de arrendamento rural (sacas de soja).

Apenas a fim de elucidar a questão debatida, cito o estudo de Rogério Marrone de Castro Sampaio, que faz as seguintes considerações sobre o cônjuge embargante:

> Não é difícil constatar que, do ponto de vista processual, o escopo pretendido pelo dispositivo legal é simples e preciso. Forneceu-se ao cônjuge instrumento processual para salvaguardar seu patrimônio de uma responsabilidade patrimonial que não lhe pode ser oposta.

Na hipótese versada, o instrumento processual utilizado não será útil para a finalidade pretendida, tendo em vista que não servirá para proteger o patrimônio do cônjuge-embargante, uma vez que a responsabilidade patrimonial discutida na ação de execução pode ser-lhe imposta, diante da união ter se dado pelo regime da comunhão de bens, onde, como visto, as dívidas se comunicam. Nesse sentido é o posicionamento jurisprudencial. Confira:

> EMBARGOS DE TERCEIRO. CÔNJUGE. PENHORA. BEM INDIVISÍVEL. MEAÇÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL. 1. Os embargos de terceiro não são a via adequada para apreciar a correção do título executivo. 2. A propriedade condominial de bem indivisível está sujeita à penhora, respondendo o quinhão do devedor pelos seus débitos. Recaindo a penhora sobre bem imóvel de casal, deve ser resguardada a meação do cônjuge alheio à execução no produto da alienação. Art. 655-B do Código Civil. 3. **O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, nos termos do artigo 1.667 do Código Civil.** Recurso desprovido. (TJRS, AC n. 70023876436, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relª. Desª. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 15.5.2008) destaquei.

O Superior Tribunal de Justiça comunga do mesmo entendimento:

> PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INSOLVÊNCIA CIVIL DE ESPÓLIO - ART. 751, II, DO CPC - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA N. 356/STF - PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - FALECIMENTO DA VIÚVA-MEEIRA - SUPOSTA RESIDÊNCIA DA FILHA HERDEIRA - NÃO COMPROVAÇÃO - INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DA LEI N. 8.009/90 - POSSIBILIDADE DE ENTREGA DO REFERIDO IMÓVEL AO ADMINISTRADOR DA MASSA. 1 - Não enseja interposição de Recurso Especial matéria (art. 751, II, do Código de Processo Civil) não ventilada no v. julgado atacado e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes, estando ausente o prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 356/STF. 2 - Conforme preceitua o art. 1º da Lei n. 8.009/90, para se configurar bem de família, há necessidade que o imóvel seja próprio da entidade familiar e que seus membros nele residam. Compulsando o feito, verifico não haver qualquer comprovação de que a filha herdeira do insolvente, juntamente com seu marido e filhos, residam no imóvel em questão. Inaplicabilidade do referida norma legal. Não caracterização do imóvel como bem de família. **3 - Não há, ainda, falar-se que somente a metade do bem poderia ser arrecadada pelo administrador da massa, sustentando pertencer a outra metade à viúva-meeira, que não era insolvente. Isto porque o casamento realizou-se pelo regime da comunhão universal de bens, por meio do qual todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas se comunicam, conforme o art. 262 do Código Civil de 1916.** 4 - Recurso não conhecido. (REsp n. 250.570/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 10.8.2004, DJ de 27.9.2004, p. 360) frisei

Portanto, verificando que de acordo com o art. 1.667 do Código Civil a dívida do casal, cuja união se deu através regime de comunhão universal de bens, se comunica, e que no caso dos autos o bem adjudicado não se encontra dentre as exceções previstas no art. 1.668 do mesmo codex, tem-se que deve ser mantida a constrição e indeferida a petição inicial desta ação, porquanto realmente não se evidencia o direito pleiteado.

Visto isso, despicienda a análise do prazo para a interposição da ação, pois mesmo sendo proposta dentro do prazo legal, perduraria a ausência de direito da embargante-apelante.

Assim, à luz destas considerações, é possível concluir que a pretensão recursal não merece prosperar.

Por derradeiro, os dispositivos prequestionados foram explícita ou implicitamente apreciados ou não guardam pertinência com a causa.

Por tudo quanto exposto, conheço do presente recurso de apelação, porém nego-lhe provimento, mantendo-se a sentença invectivada em todos os seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 1 de março de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.005530-1 - Corumbá
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – JUSTIÇA GRATUITA – INDEFERIMENTO MANTIDO – FALTA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – MÉRITO – XINGAMENTOS EM VIA PÚBLICA – DANO MORAL CARACTERIZADO – VALOR INDENIZATÓRIO – MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

1. A efetiva impossibilidade em suportar as despesas do processo deve ser demonstrada por meio de documentos quando pela própria natureza da ação e dos fatos narrados na inicial não se extrai a presunção de miserabilidade da parte. 2. Não prospera o argumento da apelante de que os xingamentos proferidos contra a apelada caracterizam mero dissabor. Na hipótese sob análise, além das palavras utilizadas terem cunho extremamente ofensivo, há de ser considerado que o episódio se deu em via pública, tendo sido presenciado por diversas pessoas que se encontravam em um ponto de ônibus próximo, restando evidente o constrangimento causado e, consequentemente, a mácula à imagem da apelada, ensejando dano de ordem moral. 3. O dano moral quando evidente em razão da natureza do ato, independe de prova para a sua indenização. 4. Tendo em vista o contrangimento público pela qual passou a apelada e a capacidade financeira da apelante, qualificada como comerciante, os R$ 4.000,00 arbitrados pelo juiz da causa constituem *quantum* capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que a apelante torne-se reincidente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Denise Dourado Gonçalves da Costa apela da sentença de procedência prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que lhe move Glauciléia Rodrigues Dias, objetivando sua reforma. Sustenta, em síntese, que apesar dos supostos xingamentos presenciados por testemunhas durante a discussão havida entre as partes, em nenhum momento houve agressão; que apenas xingamentos não podem ser auferidos como capazes de ensejar danos morais, implicando em mero aborrecimento; que sem comprovação do abalo emocional não há dano moral. Prossegue defendendo que o valor indenizatório arbitrado é desproporcional à condição econômica das partes; que é pequena comerciante de lanches em avenidas, que tenta prover sua subsistência e de sua família com extrema precariedade; que em caso de manutenção da condenação seu

valor deve ser reduzido de R$ 4.000,00 para R$ 1.000,00. Ao final, pugna pelo provimento, recorrendo ainda do indeferimento da justiça gratuita, afirmando que não possui condições de arcar com as custas e honorários sem prejuízo de seu sustento.

A apelada não apresentou contrarrazões, apesar de intimada (f. 90).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Denise Dourado Gonçalves da Costa interpõe recurso de apelação nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que lhe move Glauciléia Rodrigues Dias.

O pedido indenizatório, como se depreende dos autos, tem sua razão de ser nos alegados danos morais suportados pela apelada, decorrentes de públicos xingamentos que lhe teriam sido desferidos pela apelante.

O julgamento de procedência assentou-se na constatação de que a apelada de fato foi insultada e xingada pela apelante, o que ensejou a condenação ao pagamento de R$ 4.000,00. Também na sentença foi indeferido o pedido de gratuidade judiciária à requerida/apelante.

Insurge-se a apelante argumentando fazer jus aos benefícios da justiça gratuita, uma vez que não possui renda fixa, sendo pequena comerciante e credenciada a convênio que a dispensa de pagamento de honorários. No mérito, defende a tese de que os supostos xingamentos não causaram à autora/apelada nada mais do que mero aborrecimento, deixando se ensejar danos morais e que, ainda que assim não se entenda, o valor da condenação é desproporcional à capacidade financeira das partes, devendo ser reduzido.

Pois bem. A meu ver, a sentença não merece reforma.

Primeiramente, pelo que se colhe dos presentes autos, a apelante não faz jus à gratuidade pretendida, porque tendo sido qualificada como comerciante, não acostou aos autos qualquer documento capaz de demonstrar a hipossuficiência financeira. Embora tenha sido anexada aos autos a respectiva declaração de hipossuficiência, tal documento por si só não basta para que seja concedido o benefício.

De fato, a efetiva impossibilidade em suportar as despesas do processo deveria ter sido demonstrada por meio de documentos, uma vez que pela própria natureza da ação e dos fatos narrados na inicial não se extrai a presunção de miserabilidade da parte. Frise-se que o parágrafo único, do art. 2º, da Lei n. 1.060/50, deve ser interpretado à luz do inc. LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal, que assim prevê: *"*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos*"*.

O entendimento doutrinário não se afasta desta interpretação, e os professores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery assim instruem:

> O juiz da causa, valendo-se de critérios objetivos, pode entender que a natureza da ação movida pelo interessado demonstra que ele possui porte econômico para suportar as despesas do processo. A declaração pura e simples do interessado, conquanto seja o único entrave burocrático que se exige para liberar o magistrado para decidir em favor do peticionário, não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio. Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do conceito do termo pobreza, deferindo ou não o benefício. (Código de Processo Civil Comentado, 6. ed., RT, p. 1494-5).

Não é diverso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL. JUSTIÇA GRATUITA. AFIRMAÇÃO DE POBREZA. INDEFERIMENTO. 1. O entendimento pretoriano admite o indeferimento do pedido de justiça gratuita quando tiver o Juiz fundadas razões, malgrado afirmação da parte de a situação econômica não lhe permitir pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. 2. Decidindo nesta conformidade a instância de origem, à luz de documentos, descabe o reexame da matéria probatória pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo porque o julgado deu razoável interpretação à Lei n. 1.060/50. 3. Regimental improvido. (AgReg n. 2003/0202403-7, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 10.2.2004).

Assim, considerando que a apelante possui fonte de renda e não comprovou a hipossuficiência alegada, deve ser mantida a sentença que indeferiu o pedido de gratuidade judiciária.

No que concerne ao mérito, não prospera o argumento da apelante de que os xingamentos proferidos contra a apelada caracterizam mero dissabor. Na hipótese sob análise, além das palavras utilizadas terem cunho extremamente ofensivo, há de ser considerado que o episódio se deu em via pública, tendo sido presenciado por diversas pessoas que se encontravam em um ponto de ônibus próximo, restando evidente o constrangimento causado e, consequentemente, a mácula à imagem da apelada, ensejando dano de ordem moral.

Consoante jurisprudência dominante dos tribunais, quando evidente em razão da natureza do ato, o dano moral independe de prova para a sua indenização. Confira:

> Em relação à prova do dano moral, ela se torna desnecessária, pois a lesão em si já demonstra sua existência. É ilógico exigir a demonstração de algo imaterial; daquilo que habita a alma da pessoa. Exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a uma sentença de improcedência, no mais das vezes. Faz prova do dano moral o fato que o originou e não do dano propriamente dito, pois este é presumido. (TJMS, AC n. 1000.064522-5, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 23.6.2003).

Nesta seara, existem nos autos elementos que trazem convicção acerca da dor moral a ser indenizada, decorrente do prejuízo a sua imagem e da vergonha pela qual passou a apelada ao ser exposta a vexame em via pública, sob os olhares de diversas testemunhas, como Suellen Velasquez ouvida às f. 48 que afirma:

> [...] eu estava no ponto de ônibus e vi quando a Denise passou a xingar a Glauciléia, dizendo: "galinha, biscate, morta de fome"; a Denise tentou agredir a Glauciléia; estava acompanhada do marido; a Glauciléia estava sozinha; isso foi a tarde; em frente a casa da Denise há um ponto de ônibus, e foi ali que os fatos aconteceram; conhecia de vista a Denise e a Glauciléia, uma vez que moro ali no bairro [...].

Não diverge o depoimento prestado por Ricardo Santana de Arruda às f. 49:

> [...] minha mãe mora no mesmo bairro das partes; conhecia as partes de vista lá do bairro; a requerida tinha um lanchonete lá no bairro; era um Domingo e eu estava no ponto de ônibus aguardando quando eu vi a requerida xingando a autora; disse: "vagabunda, biscate, morta de fome"; a autora estava sozinha e a requerida era segurada por um senhor, uma vez que queria partir para cima da autora; isso ocorreu à tarde, por volta de quatro e cinco horas; havia bastante gente no ponto de ônibus. [...].

Logo, inequívoca a existência do dano moral e o dever de indenizar. Recorre a apelante também quanto ao valor da condenação.

Nesta seara, importa deixar claro que a indenização por dano moral, para a vítima, não leva a um ressarcimento, mas a uma compensação. Já para o causador do dano, representa uma forma de punição suficiente para inibir a sua reincidência. Segundo os ensinamentos de Caio Mário[1]:

> [...] quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as conseqüências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral, há se observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa.

In casu, considerando tais elementos, tendo em vista o contrangimento público pela qual passou a apelada e a capacidade financeira da apelante, qualificada como comerciante, tenho que os R$ 4.000,00 arbitrados pelo juiz da causa constituem *quantum* capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que a apelante torne-se reincidente.

Assim, pelas razões expostas, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, mantendo incólume a sentença, devendo a apelante arcar, além das custas, com o preparo do presente recurso de apelação, ante a manutenção do indeferimento da gratuidade judiciária pleiteada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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 Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 15 de março de 2012.

***

1 **Responsabilidade Civil**. 8. Ed., Editora Forense, 1997, p.97

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006386-5 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – AQUISIÇÃO DE LOTE PARCELADO – RECONVENÇÃO – RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO.

Considerando-se que a construção realizada pelo apelado teve início quando ainda encontrava-se adimplente com as prestações do imóvel; que o art. 14, do Decreto-lei n. 58/37, estipula que a constituição em mora do comprador dar-se-á com a notificação; que a falta de autorização do Município para o início da obra não faz presumir a má-fé, deve ser mantida a sentença de primeiro grau que determinou a retenção por benfeitorias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Ambiente Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpôs recurso de Apelação em face de Celino Galdino da Silva, objetivando a reforma da sentença que reconheceu o direito de retenção das benfeitorias formulado em reconvenção. Aduz que um dos pressupostos para ser exercido o direito de retenção pelas benfeitorias realizadas é que aquele que as inseriu no imóvel esteja de boa-fé; que no caso em tela o apelado está na posse do imóvel desde 12.1.2006, sendo que desde 15.9.2006 não paga as parcelas do preço contratado; que os documentos juntados em reconvenção demonstram que os materiais de construção foram adquiridos no período posterior a 15.9.2006, quando o apelado já estava em mora; que as benfeitorias foram erguidas quando a posse já revestia o caráter de má-fé; que ainda que se tome como ponto inicial a data de 27.7.2007 (data da notificação extrajudicial), ainda assim estaria assente a má-fé do apelado, inexistindo direito à retenção; que, nos termos do art. 1.201, do Código Civil, possuidor de boa-fé é aquele que ignora a existência de obstáculo da aquisição da posse. Pugnou pelo provimento do recurso, reconhecendo-se que as benfeitorias foram realizadas quando o apelado já estava de má-fé na posse do imóvel (art. 1.220 do CC).

Em contrarrazões, o apelado requereu o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Ambiente Empreendimentos Imobiliários Ltda. em face de Celino Galdino da Silva, objetivando a reforma da sentença que reconheceu o direito de retenção das benfeitorias formulado em reconvenção.

Insurge-se a apelante ao argumento de que em conformidade com a documentação vinda com a reconvenção, a construção realizada pelo apelado teria iniciado após seu inadimplemento contratual – 15.9.2006, de forma que de má-fé, daí que em virtude disso não poderia ser acolhido o pedido de retenção por benfeitorias, nos termos do art. 1.220 do Código Civil.

Pois bem, ao contrário do que afirma a apelante, a construção ora questionada teve início em 24.5.2006, quando da aquisição de um caminhão de areia (f. 78). Afora isso, também é possível observar que em 18.7.2006 foram adquiridos outros materiais, tais como pedra, cimento e outros, o que demonstra que quando o apelado iniciou sua construção, encontrava-se em dia com as parcelas do financiamento do terreno.

Por outro lado, há que ser observado que em se tratando de venda de terrenos para pagamento em prestações, aludida aquisição encontra-se regulada pelo Decreto-lei n. 58/37, segundo o qual:

> Art. 14. Vencida e não paga a prestação, considera-se o contrato rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor.
>
> § 1º **Para este efeito será ele intimado a requerimento do compromitente, pelo oficial do registro a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, juros convencionados e custas da intimação.**
>
> § 2º Purgada a mora, convalescerá o compromisso. destaquei.

Daí que, enquanto não notificado para fins de constituição em mora o comprador/devedor encontrava-se legitimamente na posse do imóvel que adquiriu, sendo, pois, lícitas as benfeitorias até então realizadas.

Já no que se refere ao fato de que algumas das notas apresentadas seriam posteriores a 27.7.2007, vale ser destacado que boa parte da obra já havia iniciado desde maio/2006, sendo que a grande maioria dos documentos apresentados correspondem a período anterior a notificação extrajudicial, o que demonstra que o apelado já estava na sua fase de conclusão.

Por fim, merece ser destacado que o fato do apelado ter construído sem autorização da Prefeitura Municipal, por si só não caracteriza má-fé, já que tal prática é bastante comum, assim como a regularização posterior da obra junto àquele órgão municipal.

Diante de tais circunstâncias, não merece prosperar a alegação de má-fé do apelado, a qual, diga-se de passagem, não admite presunção.

Posto isto, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra 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. 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 Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 22 de março de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2008.033596-9/0001-00 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – REINVIDICATÓRIA – IMÓVEL ADQUIRIDO EM LEILÃO EXTRAJUDICIAL DA CAIXA ECONÔMICA – SENTENÇA DE PRIMEIRO QUE RECONHECE O DIREITO DE IMISSÃO NA POSSE DOS NOVOS PROPRIETÁRIOS E CONDENA O OCUPANTE AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO DESDE A CITAÇÃO – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA RECONHECER O DIREITO DO OCUPANTE ÀS BENFEITORIAS REALIZADAS – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO OU REDUÇÃO DA INIDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Presente a boa-fé da recorrente, impõe-se o reconhecimento do direito à retenção do bem enquanto não indenizadas as benfeitorias úteis e necessárias realizadas, apuradas no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Com relação à taxa de fruição do imóvel, entendo que a sentença não merece reparos, porquanto a recorrente deve arcar com o pagamento pela ocupação do imóvel. De fato, a constatação de ter a recorrente usufruído do imóvel por considerável lapso de tempo sem adimplir a obrigação assumida, isto é, sem pagar as parcelas contratadas, leva a conclusão que o não pagamento da taxa de fruição, ensejaria o enriquecimento sem causa da recorrente.

Não trazendo o regimental qualquer argumento capaz de modificar a decisão monocrática proferida, a manutenção desta é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de fevereiro de 2012.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Reinalda Castilho, inconformada com a decisão monocrática que deu parcial provimento ao Recurso de Apelação n. 2008.033596-9, interposto em desfavor de Heitor Ribeiro da Rocha e Ivete Canonico da Rocha, apresenta o presente regimental.

A agravante interpôs recurso de apelação em desfavor da sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido inicial e improcedente a reconvenção, determinando a imissão dos recorridos

na posse do imóvel objeto de litígio e condenando a recorrente no pagamento de indenização pela utilização do imóvel desde a citação. Pretendia sua reforma para o fim de ser excluída a indenização por fruição, bem como reconhecido seu direito a indenização por benfeitorias, com direito à retenção até o pagamento da mesma.

Aduz, em síntese, que a decisão monocrática que deu parcial provimento à apelação, somente para reconhecer seu direito a ser indenizada pelas benfeitorias erigidas no imóvel, na quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), merece ser reformada, pois não se pode considerar a posse da recorrente como injusta antes da sentença de primeiro grau.

Pugna pelo conhecimento e provimento do regimental, para o fim de reformar a decisão monocrática, reconhecendo-se que a taxa de fruição deve ser fixada a partir da sentença de primeiro grau, permitindo-se a compensação com a indenização por benfeitorias.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Na decisão agravada, restou assentado o seguinte:

> Trata-se de Ação Reivindicatória ajuizada por Heitor Ribeiro da Rocha e Ivete Canonico da Rocha, objetivando a imissão na posse do imóvel adquirido por meio de leilão extrajudicial, nos moldes do Decreto Lei n. 70/66, bem como a cobrança de taxa de fruição do imóvel pela recorrente.
>
> A sentença julgou procedente o pedido inicial, conforme se infere da parte dispositiva, *verbis*:
>
> Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar procedentes os pedidos contidos na inicial, e improcedentes os pedidos da reconvenção, para os fins de: 1) determinar a imediata imissão dos REQUERENTES na posse do imóvel objeto do litígio; 2) condenar a REQUERIDA ao pagamento de indenização no valor de R$ 100,00 mensais, desde a citação até a efetiva desocupação, corrigidos monetariamente pelo IGPM mês a mês, e acrescidos de juros de 1% ao mês a contar desta sentença; 3) condenar a REQUERIDA ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios em prol da parte adversa, verbas estas cuja cobrança ficará adstrita à hipótese do art. 12 da Lei n. 1060/50. (f. 201)
>
> Extrai-se dos autos que houve expressa declaração judicial de que o leilão extrajudicial realizado pela Caixa Econômica Federal é válido, em razão da inadimplência da recorrente, na qualidade de mutuária, conforme se infere da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande nos autos da ação de anulação de ato jurídico n. 2003.60.00.004915-3 (f. 186-9), considerando operada a transferência da titularidade do imóvel aos recorridos, que têm direito de serem imitidos na posse do imóvel.
>
> Contudo, no caso vertente, entendo ser devida a indenização pelas benfeitorias erigidas no imóvel, não sendo justo que os recorridos se beneficiem com as benfeitorias introduzidas no imóvel, que o valorizaram e aumentaram, sem que paguem o valor discriminado no laudo de f. 121, que realizou a constatação e avaliação do bem, descrevendo as seguintes melhorias:
>
> Constatei que fora ampliada a sua construção com as seguintes benfeitorias: "sala, copa, 02 quartos e uma dispensa nos fundos, coberta com telhas de eternit, com piso; três portas de madeira; um portal; um tanque de duas bocas; janelas de venesianas; janelas com

vidros e grades; portas com vidros e grades; piso do banheiro todo revestido de azulejo; piso e vaso semi-novo, toda pintada internamente. O quintal todo murado e calçado, com área total que fora ampliada de : 37, 00 metros quadrados. Avaliação do imóvel, sua construção original de 25,20 metros quadrados: R$ 8.000,00 (oito mil reais). Avaliação das benfeitorias e 37,00 metros quadrados de área construída: R$ 10.000,00 (dez mil reais). Total da avaliação do imóvel: R$ 18.000,00 (dezoito mil reais).

Observe-se que referido laudo foi homologado pelo magistrado *a quo* (f. 150), que não foi especificamente impugnado pelas partes, embora intimadas a fazê-lo, o que indica a concordância com os valores apresentados.

Conforme lição de Humberto Teodoro Júnior:

Nas ações reivindicatórias, o possuidor de boa-fé pode recusar-se a entregar a coisa, se faz jus ao recebimento de indenização por benfeitorias necessárias. Assegura-lhe a lei o direito de retenção. (Direitos Reais, Atualizador, Humberto Theodoro Júnior, 12. ed. Forense, p. 257)

Inquestionável que os apelados, que serão imitidos na posse do imóvel, serão os únicos beneficiados com as benfeitorias introduzidas, cabendo-lhes, portanto, arcar com o pagamento da indenização.

Insta salientar que, ao contrário do entendimento exarado na sentença, a recorrente não era possuidora de má-fé, simplesmente adquiriu o imóvel da Caixa Econômica Federal e não conseguiu adimplir as prestações avençadas, tendo ajuizado ação de anulação de ato jurídico anteriormente ao leilão extrajudicial, na tentativa de manter o domínio do imóvel, ação esta julgada improcedente, pelo fato de ter sido considerado válido e legal o ato de constrição extrajudicial do bem.

Nesse aspecto, não vislumbro qualquer ato que caracterize má-fé, que obste a indenização pelas benfeitorias erigidas no imóvel, cuja existência foi reconhecida na sentença recorrida (f. 200).

Outrossim, embora o magistrado *a quo* tenha entendido que a recorrente deveria ter comprovado que tais melhoramentos ocorreram após a aquisição do imóvel pelos requeridos, tal interpretação é equivocada, tendo em vista que além dos recorridos serem diretamente beneficiados com tais modificações, o imóvel foi ampliado pois à época da aquisição possuía 25,00m2, conforme se infere da matrícula n. 37.831, juntada aos autos pelos recorridos, e o laudo de avaliação constatou que o imóvel atualmente possui 37,00 m2. Este aspecto demonstra ser devida a indenização à recorrente.

Estabelece o art. 516, do Código Civil/1916, que:

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

A propósito da matéria assim se manifestou este Egrégio Tribunal de Justiça, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – IMÓVEL FINANCIADO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – OCUPAÇÃO – BENFEITORIAS REALIZADAS POR EX-MUTUÁRIOS – MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA – INDENIZAÇÃO E RETENÇÃO DAS BENFEITORIAS REQUERIDAS AO ADQUIRENTE DO IMÓVEL – MENÇÃO ESPECÍFICA DAS BENFEITORIAS.

A aquisição de imóvel objeto de financiamento pela Caixa Econômica Federal que se encontra ocupado por ex-mutuário responsabiliza os novos adquirentes pela indenização das benfeitorias realizadas, bem como concede aos ocupantes o direito à retenção pelas benfeitorias úteis e necessárias, se implantadas antes da perda do domínio, o que caracteriza a boa-fé.

Na ação reivindicatória a referência das benfeitorias acompanhada das notas fiscais que comprovam a aquisição de mercadorias destinadas a realizar a obra é suficiente para caracterizar a menção específica das benfeitorias e, por conseguinte, exigir a indenização e retenção. (AC n. 2002.003996-0, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Relator Des. João Maria Lós)

APELAÇÃO CÍVEL – REIVINDICATÓRIA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – AFASTADA – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE ENTRE PARTICULARES – CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – AUDIÊNCIA DE INTERESSE – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – CONTRATO DE GAVETA – CESSÕES DE DIREITOS CELEBRADAS SEM A INTERVENÇÃO DA ENTIDADE FINANCEIRA – CONTRATO QUE VEDA TRANSFERÊNCIAS – CLÁUSULA ABUSIVA – ART. 115 CÓDIGO CIVIL/1916 – POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DESDE QUE INEXISTA ATRASO DAS PRESTAÇÕES – EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO – FALTA DE REQUISITOS AUTORIZADORES – MORA DO DEVEDOR CARACTERIZADA – IMÓVEL ADJUDICADO PELA CEF E ALIENADO AOS AUTORES – POSSE INJUSTA DO RECORRENTE – JUSTO TÍTULO – IMISSÃO DEFERIDA – PEDIDO DE RETENÇÃO DAS BENFEITORIAS – POSSUIDOR DE BOA-FÉ – VIABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Rechaçado o interesse do feito da empresa pública da união, no caso a Caixa Econômica Federal, impõe-se o reconhecimento da competência estadual.

Os proprietários sem posse podem reivindicá-la ao possuidor sem domínio, uma vez caracterizados os requisitos.

Na ação reivindicatória, a injustiça da posse advém justamente da ausência de título dominial, não importando ser a posse de boa-fé ou de má-fé, cuja circunstância não tem o alcance ou efeito de se opor à propriedade dos autores.

No que concerne à exceção de usucapião, nenhum reparo merece a sentença recorrida no ponto, uma vez que ausentes os seus requisitos autorizadores.

Evidenciada a boa-fé do réu na posse do imóvel, deve ser-lhe garantido o direito de retenção até o pagamento de indenização a ser apurada em liquidação de sentença. (TJMS, AC n. 2005.008693-3, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 12.11.2005)

Assim, presente a boa-fé da recorrente, impõe-se o reconhecimento do direito à retenção do bem enquanto não indenizadas as benfeitorias úteis e necessárias realizadas, apuradas no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais), em 18.7.2007.

Com relação à taxa de fruição do imóvel, entendo que a sentença não merece reparos, porquanto a recorrente deve arcar com o pagamento pela ocupação do imóvel.

Com efeito, a taxa de fruição nada mais é do que a recomposição dos prejuízos experimentados pelos recorridos durante o período em que a recorrente permaneceu na posse do imóvel sem realizar qualquer contraprestação aos efetivos proprietários, ou seja, trata-se de parcela mensal devida pela utilização do bem.

Não se olvide que o Código Civil estatuiu a boa-fé objetiva, o que significa que se exige do agente cooperação na consecução dos objetivos do negócio jurídico e constitui elemento de interpretação do contrato, visando a manutenção do equilíbrio contratual e evitando enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

De fato, a constatação de ter a recorrente usufruído do imóvel por considerável lapso de tempo sem adimplir a obrigação assumida, isto é, sem pagar as parcelas contratadas, leva a conclusão que o não pagamento da taxa de fruição, ensejaria o enriquecimento sem causa da apelante.

Acerca da matéria, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 53, caput e § 2º, não deixa dúvidas:

Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 2º - Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

Verifica-se, portanto, que esses valores são considerados mera recomposição dos prejuízos experimentados durante o período em que a mutuária ficou na posse do imóvel, isto é, uma parcela mensal devida pela utilização do bem.

Nessa linha de pensamento, entendo que o valor de R$ 100,00 (cem reais) mensais, fixados na sentença, mostra-se razoável, uma vez que corresponde a menos de 1% sobre o valor do imóvel, que foi avaliado em R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), e, ademais, foi fixada pelo magistrado a quo a partir da citação da recorrente e não da data do inadimplemento contratual, demonstrando absoluta proporcionalidade da quantia fixada na sentença recorrida.

Vejamos:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – TAXA DE FRUIÇÃO – TERMO INICIAL – DATA DA EFETIVA OCUPAÇÃO PELO PROMITENTE COMPRADOR, SEM O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES – RECURSO IMPROVIDO.

A taxa de fruição de um por cento sobre o valor atualizado do imóvel deve ser calculada levando-se em consideração o período em que o comprador usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações, razão pela qual não procede a pretensão dos recorrentes, de que a taxa de fruição tenha como termo inicial a data da assinatura do contrato. (AC n. 2005.014878-3, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 16.4.2009).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – TAXA DE FRUIÇÃO – TERMO INICIAL – DATA DA EFETIVA OCUPAÇÃO PELO PROMITENTE COMPRADOR, SEM O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES – RECURSO IMPROVIDO.

A taxa de fruição de um por cento sobre o valor atualizado do imóvel deve ser calculada levando-se em consideração o período em que o comprador usufruiu do imóvel

sem efetuar o pagamento das prestações, razão pela qual não procede a pretensão dos recorrentes, de que a taxa de fruição tenha como termo inicial a data da assinatura do contrato. (AC n. 2005.014878-3, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 16.4.2009).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL – TERMO INICIAL – INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR – MINORAÇÃO DA TAXA DE FRUIÇÃO MEDIANTE SIMPLES AFIRMAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DEFERIMENTO DA GRATUIDADE MEDIANTE SIMPLES DECLARAÇÃO – SOMENTE POR MEIO DE PROVAS DA NECESSIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A taxa de fruição tem como fato a ocupação indevida do imóvel pelo promitente comprador, sendo que a retro taxa corresponde ao período em que o comprador usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações. Logo, a taxa de fruição tem como termo inicial a data do inadimplemento, sendo devida até a efetiva desocupação. (AC n. 2006.010508-5, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 7.8.2006).

EMENTA – AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO MONOCRÁTICA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – RESCISÃO – MULTA PENITENCIAL E PERDAS E DANOS – NÃO ACUMULATIVA – TAXA DE FRUIÇÃO CALCULADA SOBRE A ÉPOCA DA UTILIZAÇÃO SEM PAGAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

Não há acumular a multa compensatória com perdas e danos em caso de inadimplemento, porquanto significa estar complacente com o bis in idem, circunstância que não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico.

A taxa de fruição corresponde ao período em que o comprador usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações. (TJMS, AgReg em AC n. 2003.008441-0/0001-00, Campo Grande, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte).

Desse modo, tendo em vista que são devidos valores pela parte recorrente (taxa de fruição) e pelos recorridos (indenização de R$ 10.000,00 em razão das benfeitorias), fica autorizada a compensação dessas quantias, que deverão ser apuradas na fase de liquidação, após a realização dos cálculos a serem promovidos pela contadoria do Juízo,

Outrossim, não caberá à recorrente o direito de retenção das benfeitorias, uma vez que por simples cálculo aritmético, constata-se que desde a data da citação (23.1.2003) até a data da desocupação (que ainda não se concretizou), o valor devido a título de fruição ultrapassa R$ 10.000,00 (dez mil reais), sem contar com os acréscimos legais (juros e correção monetária) já delineados na sentença, que ficam mantidos.

Desse modo, não há qualquer justificativa para que a recorrente permaneça no imóvel, ficando os recorridos autorizados a imitirem-se na posse do imóvel, nos moldes determinados na sentença recorrida.

Por tais razões, conheço do recurso e, com fulcro no art. 557, 1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Reinalda Castilho, reformando-se a sentença recorrida somente para reconhecer o direito de indenização em razão das benfeitorias erigidas no imóvel pela requerida, no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM, acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês a contar da data da prolação da sentença de primeiro grau, que, diga-se, utilizou este mesmo parâmetro ao fixar a forma de pagamento da taxa de fruição.

> Outrossim, mantêm-se inalterados os ônus sucumbenciais, tendo em vista que os recorridos decaíram em parte mínima do pedido inicial, nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil.

Com efeito, foi dado parcial provimento à apelação, com fulcro no artigo 557, §1º-A, do CPC, por ser manifestamente procedente somente a pretensão de indenização por benfeitorias da recorrente, e improcedente a de exclusão da taxa de fruição, já que em confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal.

De outro lado, verifica-se que a agravante não trouxe, na petição do regimental, qualquer argumento que me fizesse rever a opinião dantes externada, pois todas as alegações ora trazidas já foram suficientemente analisadas na decisão monocrática de f. 256-61.

Dispensadas maiores digressões acerca do tema, não há que se falar em reforma da decisão monocrática proferida pelo Juízo *ad quem*, eis que se mostrou adequada ao caso vertente, assim como não entrou em confronto com nenhum dos dispositivos legais invocados pela recorrente.

Desse modo, sem mais delongas, nego provimento ao regimental.

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, 28 de fevereiro de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2009.013613-7/0001-00 - Coxim
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICAÇÃO DA TABELA *PRICE* – AFASTADA – MULTA CONTRATUAL DE 10% – ILEGALIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil permite que o relator, em decisão monocrática, negue seguimento ao recurso manifestamente improcedente.

É nula a cláusula contratual onde se prevê a cobrança de multa de 10% (art. 71 do Decreto-lei n. 167/67), pois, segundo o artigo 52, parágrafo primeiro, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à hipótese, a multa moratória deve incidir à taxa de 2% sobre o valor devido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2012.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Banco Bamerindus do Brasil S.A., inconformado com a decisão monocrática proferida no recurso de apelação cível interposto nos autos dos Embargos à Execução, que lhe moveram Alcino Fernandes Carneiro e outro, interpõe o presente regimental.

Aduz, em síntese, que: é legal a aplicação da multa contratual em 10% (dez por cento); da tabela *Price* e, por fim os recorridos devem ser condenados ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios.

Postula a reconsideração da decisão ou sua apreciação pelo colegiado.

Prequestiona a matéria devolvida.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

A decisão agravada restou assim redigida, *in verbis*:

> [...]
>
> É pacífico o entendimento desta Corte, bem como dos Tribunais Superiores, acerca da possibilidade de mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* pela cláusula *rebus sic stantibus*, permitindo-se a revisão de contratos bancários para afastar cláusulas abusivas, iníquas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Assim sendo, é perfeitamente possível o pedido de revisão contratual.
>
> É de se observar que o negócio jurídico existente entre as partes está regulado pelo Código de Defesa do Consumidor, no aspecto da proteção contratual que deve ser dada ao consumidor dos serviços bancários prestados pela instituição bancária. Portanto, aos contratos bancários são aplicadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor, o que permite a mitigação de alguns institutos em prol daqueles que contratam com as instituições financeiras. Neste sentido:
>
> No que tange ao CDC (Código de Defesa do Consumidor), esta Corte tem entendido que é aplicável às instituições financeiras. Incidência da Súmula n. 297 do STJ. Precedentes (AgReg REsp n. 528.247/RS, dentre inúmeros outros). (AgRg no REsp n. 817.530/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 6.4.2006, DJ de 8.5.2006, p. 23).
>
> O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a Súmula n. 297, estabelecendo que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.
>
> Como bem ressaltado por ocasião do julgamento da apelação cível n. 2009.020716-8, proferido pela Quarta Turma Cível, da relatoria do Des. Dorival Renato Pavan, *verbis*:
>
> Ilustrado o desequilíbrio entre os contratantes, quando da manifestação de vontade, a revisão das cláusulas contratuais deve ser proporcionada, a fim de que sejam extirpadas as que se configurarem como abusivas, pairando, de tal forma, uma situação de igualdade entre as partes.
>
> Destarte, passo a apreciar cada um dos pontos controvertidos.
>
> Da tabela *Price*
>
> No caso dos autos, especificamente, tem-se a utilização da Tabela *Price,* que é um método de atualização de juros criado na França e adotado em outros países, como no Brasil.
>
> Ora, ainda que este sistema seja admitido em nosso ordenamento jurídico, a sua utilização não deve afastar as garantias asseguradas no Código de Defesa do Consumidor, de interpretação mais favorável ao contratualmente hipossuficiente, daí por que se deve, primeiramente, amortizar o valor pago, para só então fazer a correção monetária do saldo devedor.
>
> Nesse sistema (Tabela *Price*) ocorre a aplicação dos juros compostos sobre o valor de cada uma das parcelas, valor este que representa o capital, caracterizando a capitalização mensal dos juros e a amortização do saldo devedor após a sua atualização.
>
> Esclareça-se que tal procedimento configura anatocismo, já que o cálculo do valor da amortização é realizado por fórmula matemática onde há exponencial, o que implica dizer que o cálculo é feito de juros sobre juros. Vale dizer, a Tabela *Price* serve para calcular os juros sobre os valores monetários, com base no tempo e nas amortizações.

Frise-se, que realmente não há permissivo legal para capitalização mensal de juros, mas tão-somente para a contratação de prestações sucessivas e progressivas, o que, a toda evidencia não abrange a "amortização" pretendida pela apelante, que determina a adição de juros e correção monetária ao valor principal.

Nesse sentido:

I. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. TABELA *PRICE*.

LANÇAMENTO DOS JUROS NÃO-PAGOS EM CONTA SEPARADA, COMO MEIO DE SE EVITAR A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. APLICAÇÃO DA TR PARA A ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. NÃO-EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 207/STJ. CES.

QUESTÃO DECIDIDA MEDIANTE ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ.

1. A utilização do Sistema Francês de Amortização (Tabela *Price*) pode ensejar a cobrança de juros sobre juros, como, por exemplo, na hipótese de amortização negativa do saldo devedor.

2. Tal situação é explicada pelo descompasso existente entre a correção monetária do saldo devedor, normalmente com base nos índices aplicáveis à caderneta de poupança, e a atualização das prestações mensais, nos moldes definidos no Plano de Equivalência Salarial - PES -, ou seja, de acordo com a variação salarial da categoria profissional do mutuário. Nessa sistemática, o valor da prestação, freqüentemente corrigido por índices inferiores aos utilizados para a atualização do saldo devedor, com o passar do tempo, tornava-se insuficiente para amortizar a dívida, já que nem sequer cobria a parcela referente aos juros. Em conseqüência, o residual de juros não-pagos era incorporado ao saldo devedor e, sobre ele, incidia nova parcela de juros na prestação subseqüente, em flagrante anatocismo. A essa situação deu-se o nome de amortização negativa.

3. Diante desse contexto, os Tribunais pátrios passaram a determinar que o quantum devido a título de juros não-pagos fosse lançado em uma conta separada, sujeita somente à correção monetária, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

4. Tal providência é absolutamente legítima, tendo em vista que a cobrança de juros sobre juros é vedada nos contratos de financiamento regulados pelo Sistema Financeiro de Habitação, ainda que livremente pactuada entre as partes contratantes, segundo o disposto na Súmula 121/STF, assim redigida: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada."

5. "A capitalização de juros, em qualquer periodicidade, é vedada nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, ainda que haja previsão contratual expressa, porquanto inexistente qualquer previsão legal, incidindo, pois, o enunciado 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal" (AgReg no REsp n. 630.238/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 12.6.2006).

6. Não há falar, outrossim, em ofensa à norma que prevê a imputação do pagamento dos juros antes do principal, na medida em que os juros não-pagos serão normalmente integrados ao saldo devedor, porém em conta separada, submetida somente à atualização monetária, como meio de se evitar a incidência de juros sobre juros.

> 7. No tocante à conta principal, a sistemática seguirá pela adoção da Tabela *Price*, conforme decidido pela Corte de origem, abatendo-se, em primeiro lugar, os juros, para, em seguida, amortizar o capital, mesmo porque "não é ilegal a utilização da tabela *Price* para o cálculo das prestações da casa própria, pois, por meio desse sistema, o mutuário sabe o número e os valores das parcelas de seu financiamento" (REsp n. 755.340/MG, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 20.2.2006), ressalvadas as hipóteses em que a sua adoção implica a cobrança de juros sobre juros.
>
> 8. [...] (STJ, REsp n. 1090398/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 2.12.2008, DJ de 11.2.2009).

Este Tribunal também já decidiu:

> A utilização da Tabela *Price* não deve se desviar dos seus requisitos de aplicabilidade, ou seja, deve-se, primeiramente, amortizar o valor pago, para só então fazer a correção monetária do saldo devedor, afastando-se a capitalização mensal dos juros nela embutida, porque vedada por nosso ordenamento jurídico, devendo ser calculada anualmente (TJMS, AC n. 2004.007003-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 28.2.2005).
>
> A taxa referencial, por conter taxa de juros embutida em seu cálculo, não reflete corretamente a inflação do período, podendo ser substituída pelo IGPM.
>
> Deve ser excluída da tabela *price* a capitalização mensal de juros, e a amortização da parcela mensal deve ocorrer antes da atualização do saldo devedor. (TJMS, AC n. 2005.006704-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Julgado em 27.6.2005).
>
> APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REVISIONAL – CONTRATO IMOBILIÁRIO – CONTRATO DE ADESÃO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA IGP – DI – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – TABELA PRICE – AFASTADA – CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS – AFASTADA – SALDO DEVEDOR – AMORTIZAÇÃO PARA POSTERIOR INCIDÊNCIA DE ENCARGOS – RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DAS REQUERIDAS IMPROVIDO.
>
> A possibilidade de escolher o plano e o prazo para pagamento do financiamento não descaracteriza o contrato como de adesão, principalmente quando resta evidenciado que as cláusulas contratuais foram redigidas e inseridas no contrato de forma unilateral pela instituição bancária, não dispondo os promitentes-assinantes de qualquer possibilidade de modificar ou suprimir qualquer cláusula do contrato.
>
> Os contratos de adesão encontram limites no Código de Defesa do Consumidor e nos princípios que norteiam a formação dos negócios jurídicos, tais como o princípio da boa-fé dos contraentes.
>
> Não demonstrado que a adoção de certo índice de correção monetária seja incompatível com a boa-fé ou a equidade, não há razão para substituí-lo por outro fato de atualização.
>
> Nos contratos de financiamento imobiliário é inadmissível a capitalização de juros em qualquer periodicidade, por ausência de previsão legal.
>
> A utilização do sistema *price* deve ser afastada dos contratos de financiamentos habitacionais por ocasionar o anatocismo.

Os valores de amortização pelo pagamento das prestações, devem ser abatidos do saldo devedor após a incidência da atualização monetária, pois procedimento contrário ocasionaria desequilíbrio contratual e o enriquecimento indevido do credor.

Recurso do autor parcialmente provido.

Recurso das rés improvido.

Sentença reformada (AC n. 2010.003819-6, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 20.4.2010).

Desse modo, a incidência da Tabela *Price* caracteriza capitalização mensal de juros, o que é vedado nos contratos de financiamentos habitacionais, devendo ser mantida a sentença neste tópico do recurso.

Da multa contratual

Não se pode negar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica objeto dos autos. Esse diploma legal, como é sabido, tem caráter público, já que possui origem constitucional. Ou seja, é norma que tem superioridade hierárquica, impondo-se e prevalecendo sobre normas de caráter privado, tendo por objetivo salvaguardar valores básicos da sociedade.

Ademais, como visto acima, frente aos princípios que norteiam as relações de consumo, tais como o dirigismo contratual, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, não é crível que, ante a existência de norma de ordem pública mais benéfica ao consumidor, deixe de ser aplicada.

Ora, se assim é, a multa deve ser reduzida de 10% (dez por cento) para 2% (dois por cento), ainda que o contrato tenha sido firmado antes da edição da Lei n. 9.298/1996, porquanto, a toda evidência, o advento da Lei n.º 9.298/1998, que alterou o CDC, somente veio a confirmar a onerosidade da multa fixada em percentual superior a 2% (dois por cento).

Nesse sentido, já julgou essa Turma, *verbis*:

O Código de defesa do consumidor tem total aplicação à atividade bancaria, visto que os bancos são fornecedores na acepção do artigo 3º, assim como o objeto da atividade que desempenham enquadra-se no conceito de serviço ministrado pelo § 2º, cujo produto é o dinheiro. Não tendo a legislação consumerista restringido o campo de sua incidência a determinadas atividades desenvolvidas pela instituição bancária, não cabe tal tarefa ao exegeta. A multa moratória não poderá ser superior a 2% (dois por centro) do valor da prestação, segundo o artigo 52, § 1º, da Lei n. 8.078/1990. (AC n. 2004.004067-9, Rio Verde de Mato Grosso, Rel Des. Hamilton Carli, julgado em 17.5.2004).

Os contratos bancários sujeitam-se às regras do Código de Defesa do Consumidor, cujos dispositivos, por se tratarem de norma de ordem pública, devem ser aplicados aos contratos bancários, independentemente se anterior ou não à sua entrada em vigor, inclusive no que se refere à redução da multa contratual de 10% (dez por cento) para 2% (dois por cento), na forma prevista pelo art. 52, § 1º, da Lei n. 9.298, de 1º.8.1996, considerando que a Carta Magna de 1988 erigiu em princípio a defesa do consumidor (art. 170, VI)" (ACível n. 2005.012288-2, Três Lagoas, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 17.10.2005).

> Por tais motivos, o percentual da multa contratual moratória deve ficar limitado em 2% (dois por cento), não merecendo reparos a sentença também neste tópico.
>
> Por fim, com relação aos ônus sucumbenciais, considerando que esta decisão não alterou em nada a sentença recorrida, mantenho o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de acordo com a decisão objurgada.
>
> Por tais razões, com fulcro no artigo 557, *caput* do Código de Processo Civil, conheço do recurso e nego-lhe seguimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

A decisão singular bem analisou todas as questões postas via apelação cível, não logrando o agravante trazer na petição do regimental, qualquer argumento que me fizesse rever a decisão lançada.

Ademais, verifico tratar-se o caso dos autos de hipótese em que se autoriza a decisão monocrática, eis que, no escólio preciso de Barbosa Moreira, tem-se que a lei adjetiva autoriza o mesmo efeito, qual seja, o julgamento monocrático para as situações de recurso inadmissível e infundado, que implicam, respectivamente, o não conhecimento e o improvimento da irresignação.

Veja-se: *"Nitidamente superior, no particular, desde a Lei n. 9.139, é a redação do dispositivo sob exame, que não deixa dúvida sobre a respectiva incidência em qualquer caso de inadmissibilidade (deserção, falta de legitimidade ou de interesse em recorrer etc.). 'Improcedente' é o recurso quando o recorrente carece de razão no mérito, isto é, quando infundados os motivos por que impugna a decisão recorrida. Para os fins que ora se têm em vista, a lei equipara as hipóteses de recurso inadmissível e de recurso infundado – ou seja, respectivamente, de recurso do qual, se viesse a julgá-lo, não deveria conhecer o colegiado, e de recurso a que este deveria negar provimento [...]".*[1]

Vale dizer, pela leitura da decisão dantes colacionada, pode-se verificar que a irresignação do recorrente não tem procedência, sendo a matéria devolvida já enfrentada por demasia no âmbito deste Tribunal, o que autoriza o julgamento monocrático por se tratar de recurso infundado ou improcedente e em desconformidade com jurisprudência dominante do respectivo tribunal.

Quanto ao prequestionamento, as questões trazidas à apreciação encontram-se suficientemente debatidas, sendo desnecessária, portanto, a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais prequestionados, mesmo porque a decisão monocrática encontra-se fundamentada na firme jurisprudência das Cortes Superiores. Neste sentido:

> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSTITUIÇÃO EM MORA – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL PELO DEVEDOR – PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Caracteriza-se como requisito indispensável à propositura da ação de busca e apreensão a comprovação da mora do devedor, sem a qual é imperiosa a extinção do feito sem resolução do mérito.
>
> Quanto ao prequestionamento, importa salientar que o órgão julgador não tem o dever de se manifestar sobre todas as alegações das partes, basta que demonstre as razões de seu convencimento. (AgReg em AC n. 2010.030725-9/0001-00 , Dourados, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran).

Desse modo, sem mais delongas, nego provimento ao regimental.

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Editora Forense, 11. Ed., vol. V, p. 662.

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. 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, 7 de fevereiro de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2009.025972-7 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DE POSSE – INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA – REJEIÇÃO LIMINAR DOS EMBARGOS – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Inexistindo comprovação da propriedade ou posse do bem constritado, incabível a proteção possessória ao terceiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara 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, 13 de março de 2012.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Paulo Sérgio Maia, inconformado com a sentença de f. 288-90, que indeferiu liminarmente, com fulcro no art. 295, II, do CPC, nos termos do art. 267, I, do CPC, seu pedido formulado nos autos de *Embargos de Terceiro,* opostos em desfavor de Maria do Perpétuo Socorro Ferreira Lima, interpõe apelação cível, f. 294-7.

Em suas razões recursais, requer a reforma da sentença para determinar o prosseguimento do feito, sustentando, para tanto, que *"o interesse do recorrente no processo consiste no fato de que a também embargante Luzia da Silva Monte propôs ação de indenização por danos materiais e morais em face deste embargante, cujo pedido é a possível nulidade do contrato de compra e venda no imóvel tratado nestes autos, em virtude de sua constrição." (f. 297).*

Contrarrazões dispensadas às f. 294.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Paulo Sérgio Maia, contra a decisão que, nos autos dos embargos de terceiro que move em desfavor de Maria do Perpétuo Socorro Ferreira Lima, indeferiu liminarmente a exordial, com fundamento no artigo 295, II, do CPC, decretando a extinção do feito nos ternos do artigo 267, I, do Código de Processo Civil.

Em que pesem os argumentos do apelante, a prestação jurisdicional, no presente feito, não se mostra viável, nos termos em que se acha posta a inicial. Conforme bem frisou o d. juiz singular, *"Conforme própria afirmação do embargante, este não detém a posse do bem, mas sim os compradores Luzia da Silva Monte e Edson Arlindo Monte, que são também embargantes no processo apenso de Embargos de terceiro nº 001.07.075518-4"*, f. 288-9, sendo o apelante carecedor da ação, faltando-lhe legitimidade ativa.

Com efeito, os artigos 1.046 e 1.047 do Código de Processo Civil trazem as hipóteses em que são cabíveis os embargos de terceiros:

> Artigo 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.
>
> § 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.
>
> § 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.
>
> § 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.
>
> Art. 1.047. Admitem-se ainda embargos de terceiro:
>
> I - para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos;
>
> II - para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese.

Conforme emendou o apelante, Luzia da Silva Monte, autora de outra ação de embargos de terceiro, propôs ação de indenização por danos morais e materiais em face deste recorrente, *"cujo mérito é a possível nulidade do contrato de compra e venda do imóvel tratado nestes autos, em virtude sua constrição."* (f. 268).

Ocorre que os Embargos de Terceiro constituem ação especial de conhecimento, de procedimento sumário, cujo objetivo é a proteção da posse ou da propriedade, não sendo possível o acolhimento do pedido contido na exordial, eis que o apelante não detém a posse do imóvel, e certamente não é o proprietário da mesmo.

Refoge, portanto, a hipótese constante dos autos daquelas elencadas nos artigos 1046 e 1047 do CPC.

Assim, quem, não sendo parte do processo, pretender valer-se do *remedium juris* previsto no art. 1046 *usque* 1054 do CPC, deve, inicialmente, apresentar a prova da sua condição de terceiro para livrar-se da constrição judicial de coisas integradas em seu patrimônio.

É o que dispõe o caput do artigo 1.050 do supracitado Codex:

> Art. 1.050. O embargante, em petição elaborada com observância do disposto no art. 282, fará prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas.(g. n).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1], ao comentarem a literalidade do dispositivo sub examine, ressaltam que *"Além dos requisitos gerais exigidos pelo CPC 282 e 283, a petição inicial dos embargos de terceiro deve, ainda, preencher os mencionados na norma comentada. Juntará documentos demonstrando sua qualidade de terceiro, prova sumária da posse, demais documentos necessários à demonstração de seu direito, bem como oferecerá, desde logo, o rol de testemunhas."*

In casu, uma vez constatada que a posse e a propriedade não competem ao apelante, entendo inadmissível o processamento dos Embargos de Terceiro fundados no receio de suposto retorno do bem para sua posse ou propriedade.

Portanto, sem a necessária comprovação de plano da posse do apelante em relação ao bem objurgado, inadmissível o processamento dos Embargos de Terceiro fundados em alegação de propriedade, sobretudo por ser medida que visa embaraçar a continuidade do trâmite normal da execução embargada.

Veja-se a respeito:

> EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO COMPROVADO – AUSÊNCIA DE PROVA QUE DEMONSTRE A POSSE DO EMBARGANTE. Não é garantida a proteção possessória ao terceiro que não comprovar ser proprietário ou possuidor do imóvel objeto da constrição judicial. (AC n. 2001.003754-0, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 1.11.2001).
>
> EMBARGOS DE TERCEIRO. MERA DETENÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSE.s atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse, nos termos do artigo 1208 do Código Civil.Não tendo o embargante logrado êxito em comprovar a propriedade ou posse exercida sobre bem constrito judicialmente, mostra-se imperativo o julgamento de improcedência dos embargos de terceiro. De acordo com o artigo 592, III, do Código de processo Civil, os bens do devedor ficam sujeitos à execução, mesmo quando em poder de terceiros. (TJRS, AC n. 70010864767, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 16.3.2005).

Ante o exposto, verificando a inexistência da posse pelo apelante do bem constante nos autos de execução n. 001.96.017077-0, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença invectivada.

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. 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, 13 de março de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.025846-1 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ATENTADO – COMPOSSE – ILEGITIMIDADE ATIVA – NÃO CONFIGURADA – LEGITIMIDADE DE UM DOS POSSEIROS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Materializada a composse, deve ser reconhecida a legitimidade de um dos posseiros para a propositura de ação que vise a reparação pelos prejuízos advindos da destruição das benfeitorias realizadas sobre o imóvel.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Matildes Souza Lopes interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a inicial, por ter reconhecido sua ilegitimidade para figurar no pólo ativo, extinguindo sem resolução do mérito a ação de atentado, autos n. 0018365-46.2010.8.12.0001, proposta em face de Sérgio Murano e Irene Murano.

Alega ser parte legítima para ingressar em juízo com a presente demanda, visto que conviveu durante longo período de tempo com Arolde Alves da Silva, com quem exercia a posse sobre o imóvel objeto da ação de reintegração de posse, autos n. 001.08.109804-0, que servia-lhes de residência.

Salienta não ter sido incluída no pólo passivo da ação de reintegração de posse em razão dos apelados desconhecerem sua qualificação, considerando suficiente a indicação do Sr. Arolde Alves da Silva como réu.

Frisa que a qualidade de companheira de Arolde Alves da Silva encontra-se materializada pelo conteúdo da certidão de f. 135, dos autos da Ação de Reintegração de Posse, no qual certificou a Oficial de Justiça a presença da apelante, bem como sua condição de esposa do requerido Arolde Alves da Silva.

Esclarece que o simples fato de constar na certidão de óbito de Arolde Alves da Silva seu estado civil como ‘ignorado’, não exclui sua legitimidade ativa.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Matildes Souza Lopes, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a inicial, por ter reconhecido sua ilegitimidade para figurar no pólo ativo, extinguindo sem resolução do mérito a ação de atentado, autos n. 0018365-46.2010.8.12.0001, proposta em face de Sérgio Murano e Irene Murano.

A legitimidade é um dos requisitos da ação previstos no artigo 3º, do Código de Processo Civil, consistente na autorização da ordem jurídica para postular em juízo.

No caso em apreço, a legitimidade da apelante decorre da posse exercida conjuntamente com Arolde Alves da Silva sobre parte do imóvel objeto da ação de reintegração de posse, autos n. 001.08.109804-0, matriculado sob n. 15.541, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Capital.

Independentemente do estado civil constante na certidão de óbito de Arolde Alves da Silva, a composse encontra-se demonstrada em diversos documentos, destacando-se, dentre eles, a fatura de energia elétrica (f. 91) referente ao mês de novembro de 2001, onde consta a apelante como sendo consumidora, bem como extrai-se do teor da certidão exarada pela Analista Judiciário, por ocasião do cumprimento do mandado de reintegração na posse (f. 117), onde lê-se que *"*na ocasião estavam presentes o requerido e sua esposa Sra. Matilde e a filha Eliana*"*.

Assim, comprovada a composse, reconhece-se a legitimidade da apelante para a propositura da ação de atentado, caso em que o feito deve retornar ao Juízo de origem para seu regular prosseguimento.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para tornar insubsistente a sentença e determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA ANULAR A SENTENÇA, 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, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.032585-8 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CANCELAMENTO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – DESCONTOS EM CONTA CORRENTE PROVENIENTE DE DÉBITO DO FALECIMENTO DO ESPOSO – AUTORIZAÇÃO DA TITULAR – POSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS INDEVIDAMENTE – INEXISTÊNCIA – INSCRIÇÃO NO NOME NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ – AFASTADA – RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

É possível a realização de descontos de débitos do falecido na conta bancária da viúva, desde que esta tenha anuído para tanto, não havendo assim quantias pagas indevidamente, capaz de ensejar repetição de indébito.

Configurada a inadimplência do devedor, é lícito ao credor proceder à inscrição do nome daquele nos órgãos de proteção ao crédito, bem como utilizar-se dos meios necessários à satisfação de seu crédito.

É indevida a aplicação de multa por litigância de má fé nos casos em que o requerente ingressa com ação na tentativa de satisfazer uma pretensão a que reputa faze jus.

EMENTA - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL – APLICAÇÃO DO ARTIGO 543-C, § 7º, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – REAPRECIAÇÃO DA MATÉRIA – JUROS REMUNERATÓRIOS – LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO FIXADA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL – CAPITALIZAÇÃO – MENSAL DOS JUROS REMUNERATÓRIOS – PREVISÃO CONTRATUAL – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – NÃO CUMULATIVIDADE COM OUTROS ENCARGOS – LEGALIDADE – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – POSSIBILIDADE – RECURSO DO BANCO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em virtude do que dispõe o Código do Consumidor, é lícito ao contratante pleitear em juízo a revisão contratual.

Mesmo sendo conhecida a possibilidade de revisão contratual, a limitação dos juros remuneratórios somente é possível se restar comprovada que a taxa contratada destoa da taxa média de mercado (STJ, REsp n. 1.061.530). Inaplicabilidade do Decreto n. 22.626/33, bem como dos artigos 591 e 406 do Código Civil de 2002.

A capitalização mensal de juros é admitida pela Medida Provisória n. 1963-17 de 30 de março de 2000 (atualmente Medida Provisória n. 2170-30/2001), nos contratos celebrados após sua vigência, desde que expressamente pactuada.

É legítima a exigência de comissão de permanência, a qual, todavia, não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do artigo 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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, 16 de fevereiro de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Banco do Brasil S.A. interpôs Recurso Especial, objetivando a reforma do acórdão prolatado por esta Câmara (f. 282-90), a fim de afastar a limitação dos juros remuneratórios e permitir a cobrança isolada da comissão de permanência.

Em virtude do julgamento do recurso representativo da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.058.114 e do REsp n. 1.063.343), a Vice-Presidência determinou a devolução dos autos a este colegiado, a fim de exercer o juízo de retratação, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

O acórdão recorrido proveu parcialmente os recursos aviados por ambas as partes para: **a)** afastar a aplicação de multa por litigância de má-fé, imposta pelo juízo de primeiro grau à autora Magali Freire da Silva; **b)** elevar os juros moratórios para doze por cento ao ano.

Atentando-se aos acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal (REsp n. 582.650) e pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.058.114 e n. 1.063.343), passo a analisar a divergência existente em relação ao posicionamento anteriormente adotado, a fim de adequá-lo as orientações das Cortes Superiores.

1. TAXA DOS JUROS REMUNERATÓRIOS.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, nos termos do enunciado da Súmula n. 648 e da recente Súmula Vinculante n. 7, publicada no Diário Oficial da União de 20 de junho de 2008, *in verbis:*

> A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

No âmbito infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que, com o advento da Lei n. 4595/1964, restou afastada a incidência do Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura) sobre as instituições financeiras, aplicando-se a Súmula n. 596 daquele Tribunal Superior, que assim dispõe:

As disposições contidas no Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou provadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.

Afastada a limitação dos juros, inclusive com relação aos contratos firmados anteriormente à Emenda Constitucional n. 40/2003, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobrevêm a necessidade de proteger o consumidor hipossuficiente de eventuais abusos por parte das instituições financeiras, nos termos da legislação aplicável à espécie.

Diante do que, os juros remuneratórios contratados devem ser respeitados, salvo na hipótese de haver abusividade da taxa, oportunidade em que é cabível sua alteração.

Portanto, é imprescindível a prova de que tenha havido abusividade por parte do agente financeiro, tomando-se por paradigma a taxa média de mercado praticada pelo mercado em operações semelhante, conforme tabela publicada pelo Banco Central do Brasil.

Todavia, apesar de haver sido o contrato celebrado entre as partes, impossível saber qual a taxa de juros fixada, de modo que se respeitado o limite da média mensal publicada pelo Banco Central do Brasil, deve permanecer conforme pactuado, mas se extrapolar referida média, deverá ser limitado a ela.

Assim, deve permanecer os juros conforme pactuado, desde que respeitado o limite da taxa média praticada na época da celebração do contrato, fixada pelo Banco Central do Brasil, segundo recente orientação do Superior Tribunal de Justiça, que passo a adotar.

2. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS.

É vedada a prática da capitalização mensal de juros se inexistente cláusula contratual expressa. Nesse sentido, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça no acórdão citado como paradigma.

Desse modo, em virtude da presunção de constitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória n. 1.963-17/00, reeditada sob n. 2.170-36/01, é de ser reconhecida a legalidade da cobrança da capitalização em período inferior a um ano para os contratos celebrados após 31 de março de 2000, desde que expressamente pactuados.

Para elucidar esse entendimento, colaciono os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. DISPOSIÇÕES ANALISADAS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO AFASTADA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. CUMULAÇÃO VEDADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. NECESSIDADE.
>
> [...]
>
> 3. Nos contratos bancários firmados posteriormente à entrada em vigor da MP n. 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o n. 2.170-36/2001, é lícita a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente prevista no ajuste.[...][1]
>
> CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. ANUALIDADE. ART. 591 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INAPLICABILIDADE. ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963-17/2000

1 STJ, AgReg no REsp n. 995990, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 2.2.2009.

> (2.170-36/2001). LEI ESPECIAL. PREPONDERÂNCIA. REGULARIDADE DOS ENCARGOS FIXADOS PARA O PERÍODO DE ADIMPLÊNCIA. I. Não é aplicável aos contratos de mútuo bancário a periodicidade da capitalização prevista no art. 591 do novo Código Civil, prevalecente a regra especial do art. 5º, *caput*, da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001), que admite a incidência mensal.[...][2]

Sendo assim, reconheço a legalidade da capitalização em periodicidade inferior a anual, desde que haja cláusula que a autorize.

3. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

A comissão de permanência é encargo que tem por finalidade não somente a recomposição monetária do capital mutuado, mas também sua remuneração durante o período de inadimplemento.

Ao analisar a legalidade da cobrança da comissão de permanência durante o período de inadimplência do contrato, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no seguinte sentido (REsp n. 1.058.114):

> DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.
>
> 1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação.
>
> 2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para viger após o vencimento da dívida.
>
> 3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC.
>
> 4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos artigos 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro.
>
> 5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento.
>
> 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.[3]

Nesse passo, foi reconhecida a legalidade da cobrança da comissão de permanência, a incidir de forma isolada e limitada a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o

2 STJ, AgReg no REsp n. 917.459, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 13.5.2008. DJ de 2.6.2008, p. 01.

3 STJ, REsp n. 1.058.114, Rel. Designado Min. João Otávio de Noronha.

período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do artigo 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Acerca da matéria, o Relator Designado do acórdão em referência, Ministro João Otávio de Noronha, fundamentou seu posicionamento sustentando que tanto o enunciado das Súmulas n. 30, n. 294 e n. 296, do Superior Tribunal de Justiça, quanto a jurisprudência assentada em diversos julgados daquela Corte *"sempre admitiram a pactuação da cláusula de comissão de permanência, embora impondo limitação à sua validade e à sua eficácia, a exemplo da inacumulabilidade com a correção monetária e com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios"*.

E continua: *"não vejo, na estipulação de comissão de permanência, imprevisibilidade que possa prejudicar o consumidor, mormente se considerarmos a firme jurisprudência desta Corte de que não é possível sua cobrança em patamares superiores à taxa de juros pactuados para a fase de normalidade do contrato, ou seja, para o período anterior ao eventual inadimplemento"*.

Assim, em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, revejo o posicionamento anteriomente adotado, passando a reconhecer a legalidade da comissão de permanência, desde que de forma isolada, a incidir durante o período de inadimplência, cujo montante não poderá superar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. CARTÃO DE CRÉDITO.
>
> 1. O agravante não impugnou todos os fundamentos da decisão ora agravada, circunstância que obsta, por si só, a pretensão recursal, porquanto aplicável o entendimento exarado na Súmula n. 182 do STJ, que dispõe: "É inviável o agravo do art. 545 do Código de Processo Civil que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."
>
> 2. As instâncias ordinárias não se manifestaram acerca da expressa pactuação da capitalização mensal de juros, o que impossibilita a sua cobrança, já que, nesta esfera recursal extraordinária, não é possível a verificação de tal requisito, sob pena de afrontar o disposto nas súmulas n. 5 e n. 7/STJ.
>
> 3. Admite-se a comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, à taxa média dos juros de mercado, limitada ao percentual fixado no contrato (Súmula n. 294/STJ), desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula n. 30/STJ), com os juros remuneratórios (Súmula n. 296/STJ) e moratórios, nem com a multa contratual. Afastamento da comissão de permanência pela verificação de cumulação com multa contratual e juros moratórios.
>
> 4. Agravo regimental não provido com aplicação de multa.[4]
>
> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA SEM PREVISÃO CONTRATUAL. UTILIZAÇÃO DA TAXA MÉDIA DE MERCADO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1.- A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 715.894/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, decidiu que, nos contratos de mútuo, reconhece-se a potestatividade da cláusula que prevê a incidência dos juros sobre o débito contraído sem fixar o respectivo

4 STJ, AgReg no REsp n. 1142414, Quarta Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 11.10.2011.

percentual, e que, nessas hipóteses, os juros remuneratórios deverão ser fixados à taxa média praticada pelo mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil.

2.- É admitida a cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência nos contratos bancários, à taxa de mercado, desde que (i) pactuada, (ii) cobrada de forma exclusiva - ou seja, não cumulada com outros encargos moratórios, remuneratórios ou correção monetária - e (iii) que não supere a soma dos seguintes encargos: taxa de juros remuneratórios pactuada para a vigência do contrato; juros de mora; e multa contratual.

3.- Agravo Regimental improvido.[5]

Ante o exposto:

mantenho o posicionamento adotado em relação ao recurso de apelação interposto por Magali Freire da Silva, ficando afastada a aplicação de multa por litigância de má-fé.

Exerço o juízo de retratação para conhecer do recurso interposto pelo Banco do Brasil S.A. e dar-lhe parcial provimento em maior extensão para: a) determinar que os juros remuneratórios incidentes sobre o contrato sejam limitados à média praticada na época da celebração, de acordo com o índice estabelecido pelo Banco Central do Brasil; b) estabelecer a incidência da capitalização dos juros remuneratórios em periodicidade mensal, desde que haja previsão contratual que a autorize; c) reconhecer a legalidade da cobrança da comissão de permanência, desde que de forma isolada e limitada a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: I - juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual para o período de normalidade da operação; II - juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e III - multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do artigo 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Considerando que a instituição financeira decaiu de parte mínima do pedido, condeno Magali Freire da Silva ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, observando-se a disposição contida no artigo 12 da Lei Federal n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

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. 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, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2012.

***

5 STJ, AgReg no Ag n. 1410175, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Julgado em 20.9.2011.

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.036527-8 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR – NÃO COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA – PESSOA JURÍDICA – ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE (SANTA CASA) – AFASTADA – ERRO MÉDICO – CONDUTA NEGLIGENTE – PACIENTE COM ALTA MÉDICA MESMO DIANTE DA NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA – INDENIZAÇÃO FIXADA EM VALOR COMPATÍVEL – RECURSO IMPROVIDO.

Sendo a pessoa jurídica uma associação hospitalar que presta serviços médicos para a população, e que de forma notória encontra-se momentaneamente em sérias dificuldades financeiras, basta que esta formule requerimento, independentemente da comprovação da insuficiência de recursos, uma vez que o próprio caráter assistencial autoriza o deferimento da gratuidade processual.

Uma vez outorgada pelo juiz, é ônus da parte contrária comprovar a incompatibilidade entre a afirmada hipossuficiência econômica do beneficiado e sua real condição financeira.

A concessão de alta médica mesmo diante da confirmada necessidade de intervenção cirúrgica, é conduta reveladora de incúria a propiciar a reparação pelos danos advindos ao paciente.

A quantia de R$ 5.000,00 fixada pelo juízo sentenciante a título de indenização por danos morais, representa valor condizente com o dano demonstrado, não propiciando enriquecimento da vítima ou a ruína do ofensor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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, 9 de fevereiro de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 11ª Vara Cível de Campo Grande que julgou procedente a ação de indenizatória por danos morais ajuizada por Márcio José Palkewich Gadotti.

Sustenta o apelante que foram adotados todos os procedimentos adequados para com o apelado, que havia sofrido acidente automobilístico a resultar em grave lesão no joelho.

Afirma que a espécie de fratura não exigia intervenção cirúrgica nos moldes entendidos pelo apelado, pois a fratura era sem desvios, bastando após o procedimento cirúrgico de limpeza, desbridamento de tecidos desvitalizados e sutura da pele, a imobilização do membro via tala gessada, o que foi efetivamente realizado.

Argumenta ser de conhecimento comum que os tratamentos na área da ortopedia são extremamente penosos para os pacientes, e muitas vezes com resultados inalcançáveis.

Aduz que, após o adequado tratamento, o apelado não mais se queixou de qualquer patologia, ou seja, apresentava todas as condições de receber alta e ser liberado, não podendo assim haver qualquer responsabilização por agravamento futuro.

Quanto ao montante indenizatório fixado, defende ser desarrazoado e propiciador de enriquecimento ilícito do apelado.

Por fim, pugna pela reforma da sentença de modo a promover a improcedência da ação ou, subsequentemente, a redução do montante indenizatório fixado.

Contrarrazões do apelado a relutar, preliminarmente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita à pessoa jurídica, pois não militaria a seu favor a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência, devendo assim fazer prova robusta de sua miserabilidade jurídica.

No mérito, refuta a tese do tratamento médico adequado, salientando que todas as provas de seu abalo psicológico já teriam sido debatidas na instrução dos autos, não restando nenhuma dúvida da ocorrência do dano moral em razão da conduta médica negligente.

Condena a alegação de enriquecimento ilícito em face da quantia estabelecida na condenação.

Termina por requerer a manutenção da sentença.

Manifestação do Estado de Mato Grosso do Sul por sua desoneração quanto ao pagamento dos honorários periciais, nos termos da Resolução n. 127/11 do CNJ.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 11ª Vara Cível de Campo Grande que julgou procedente a ação de indenizatória por danos morais ajuizada por Márcio José Palkewich Gadotti.

Preliminarmente foi arguido o não preenchimento dos requisitos pela apelante para a concessão da assistência judiciária gratuita.

Sustenta o apelado em contrarrazões que não houve a comprovação da hipossuficiência econômica pela apelante.

Conforme o art. 4º da lei n. 1060/50, para fins de concessão do benefício da assistência gratuita, é necessário que a parte a requeira, mediante simples afirmação, na própria petição inicial ou em declaração em apartado, de que não dispõe de condições para pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família.

Entretanto, em que pese a Lei n. 1.060/50 exigir a mera declaração de hipossuficiência, faz-se necessário ressaltar que o disposto no artigo 4º deve ser interpretado à luz do texto constitucional, que exige a comprovação da insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV da CF), ou seja, a declaração de hipossuficiência prevista na Lei em comento possui presunção relativa de veracidade, devendo ser valorada junto com os demais documentos constantes nos autos.

Analisando-se o feito, vê-se que a apelante requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita, afirmando que não dispõe de condições para arcar com as custas e despesas processuais e com os honorários advocatícios sem prejuízo de sua manutenção.

Assim, insta ressaltar que, *in casu*, trata-se de entidade de caráter beneficente e filantrópica, devendo, portanto, fazer-se algumas considerações.

Para a concessão do aludido benefício, necessário observar se a pessoa jurídica em questão objetiva o lucro. Caso tenha fins lucrativos, a empresa deve comprovar de modo satisfatório que o pagamento dos encargos processuais lhe acarretariam prejuízos de modo a comprometer a existência da entidade.

Por outro lado, sendo a pessoa jurídica uma entidade de caráter filantrópico e beneficente, basta que esta formule requerimento, independentemente da comprovação da insuficiência de recursos, uma vez que o próprio caráter assistencial autoriza o deferimento da gratuidade processual.

É o que se infere dos julgados do Superior Tribunal de Justiça transcritos a seguir:

> Processo civil. Recurso especial. Gratuidade de Justiça. Entidade filantrópica. Prova da hipossuficiência.
>
> - Sendo a recorrente entidade filantrópica, não se exige comprovação da insuficiência de recursos para a concessão da gratuidade de Justiça. Precedente da Corte Especial. Recurso especial provido. (REsp n. 725.154, PB, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 5.8.2005).
>
> [...] a própria natureza filantrópica já evidencia o prejuízo que, certamente, advirá para a manutenção da atividade assistencial prestada à significativa parcela da sociedade, caso tenha que arcar com os ônus decorrentes do processo [...]. (STJ, ED no REsp n. 205.835, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.2.2003)

Sobre o tema, já havia me posicionado neste sentido:

> EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – INDEFERIMENTO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA – ARTIGO 4º, DA LEI N. 1.060/1950 – PESSOA JURÍDICA SANTA CASA – NOSOCÔMIO – INDEPENDE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Conforme disposto no artigo 4º da Lei n. 1.060/1950, para fazer jus à concessão dos benefícios da justiça gratuita, necessário se faz que o interessado afirme que não está em condições de arcar com os ônus processuais ou, ainda, firme declaração separada. Sendo a pessoa jurídica uma associação hospitalar, que presta serviços médicos para a população estadual e notoriamente encontra-se momentaneamente em sérias dificuldades financeiras, basta que esta formule requerimento, independentemente da comprovação da insuficiência de recursos, uma vez que o próprio caráter assistencial autoriza o deferimento da gratuidade processual. (TJMS, Ag n. 2010.001446-4, Campo Grande, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ de 4.4.2011)

No caso, como já dito, a apelante é entidade de caráter beneficente e filantrópico, sendo que o desamparo do benefício da justiça gratuita pode vir acarretar prejuízo ao seu regular desenvolvimento,

restando em malefícios a toda coletividade do Município de Campo Grande, bem como do Estado de Mato Grosso do Sul, pois implicaria na inviabilização das atividades do nosocômio, impondo-se, assim, o deferimento da assistência jurídica gratuita.

Por fim, cumpre registrar que, concluindo o juízo pelo preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício, resta a outra parte provar o equívoco na outorga, destarte, o apelado não desincumbiu-se de provar a ausência dos elementos autorizadores do instituto (art. 7º da lei n. 1060/50).

Pelas razões expostas, indefiro a preliminar suscitada.

No mérito, sustenta o apelante que foram adotados todos os procedimentos adequados para com o apelado, que havia sofrido acidente automobilístico a resultar em grave lesão no joelho.

Afirma que a espécie de fratura não exigia intervenção cirúrgica nos moldes entendidos pelo apelado, pois a fratura era sem desvios, bastando após o procedimento cirúrgico de limpeza, desbridamento de tecidos desvitalizados e sutura da pele, a imobilização do membro via tala gessada, o que foi efetivamente realizado.

Contudo, a sentença não merece reparos.

O laudo pericial realizado atesta (f. 202-4):

> QUESITOS DO JUÍZO.
>
> c) Existe possibilidade de tratamento não cirúrgico para o quadro inicial do autor? R. **A partir do momento em que se detectou a fratura com desvio** (exame f. 28 e 92), no **dia 13.5.2007 (antes da alta do periciado)**, não existia a possibilidade de tratamento não cirúrgico.
>
> [...]
>
> QUESITOS DO REQUERENTE.
>
> [...]
>
> 2. Apreciando o documento 14, exame de RX, **seria necessária a intervenção cirúrgica?** R. **O Rx de f. 28 e 92, realizado no Centro Cirúrgico no dia 13.5.2007**, durante a internação do autor na Santa Casa, conforme a descrição pelo médico radiologista, **é uma indicação formal para procedimento cirúrgico** na patela do joelho direito.
>
> [...]
>
> QUESITOS DA REQUERIDA.
>
> [...]
>
> 05. Quais são as **indicações para a realização de patelectomia?** R. Fratura cominutiva **com desvio (diastase) dos fragmentos**. Quais são as consequências negativas e por que ela é evitada pela maioria dos ortopedistas? R. Normalmente restringe a amplitude da articulação com consequente diminuição da força.
>
> 06. É possível aventar uma hipótese para que tenha se constatado, após a alta do paciente, desvio da fratura? R. **Aparentemente, o desvio de fratura ocorreu antes da imobilização gessada,** pois o exame realizado na Santa Casa (f. 28-92) já atestava a ocorrência.
>
> (Grifo nosso)

É cristalina a conclusão do laudo de que já no primeiro exame de raio-x realizado no dia seguinte ao acidente (f. 28), a intervenção cirúrgica no joelho do apelado era dada como certa, conforme quesito "c" supramencionado.

Em assim sendo, o ponto fundamental a ligar o dano ocorrido à conduta médica posta sob análise é a constatação *prima facie* da necessidade da cirurgia de patelectomia no apelado, o que efetivamente restou comprovado.

Ao permitir que o apelado com indicação para cirurgia tivesse alta, o nosocômio, através de seu preposto, assentiu no risco de ser chamado à responsabilidade pelos danos que eventualmente adviriam.

A não intervenção cirúrgica quando devida representa negligência médica que pode resultar em atentado à higidez física e psíquica do paciente, cabendo a responsabilização do causador nos termos do art. 186 c/c inc. III, art. 932 do CC.

Quanto ao montante de R$ 5.000,00 fixados pelo juízo sentenciante a título de indenização por danos morais, constata-se tratar de valor condizente com o dano demonstrado, não representando quantia a permitir o enriquecimento do apelado ou a ruína da apelante.

Sobre a discussão acerca da extensão dos benefícios da justiça gratuita às pessoas jurídicas, é inegável a orientação desta Corte por seu cabimento, especialmente em casos similares:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - INDEFERIMENTO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA - ARTIGO 4º, DA LEI N. 1.060/1950 - PESSOA JURÍDICA SANTA CASA - ENTIDADE BENEFICENTE SEM FINS LUCRATIVOS - INDEPENDE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO - Conforme disposto no artigo 4º da Lei n. 1.060/1950, para fazer jus à concessão dos benefícios da justiça gratuita, necessário se faz que o interessado afirme que não está em condições de arcar com os ônus processuais ou, ainda, firme declaração separada. Sendo a pessoa jurídica uma entidade de caráter filantrópico e beneficente, basta que esta formule requerimento, independentemente da comprovação da insuficiência de recursos, uma vez que o próprio caráter assistencial autoriza o deferimento da gratuidade processual. (TJMS, AC n. 2011.014652-0, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 21.6.2011)
>
> APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO INDENIZATÓRIA – [...] BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA - SANTA CASA - ENTIDADE BENEFICENTE SEM FINS LUCRATIVOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO E DO RÉU NÃO PROVIDO – [...] Sendo a recorrida pessoa jurídica sem fins lucrativos, despicienda a prova da dificuldade financeira em virtude da presunção que milita a seu favor de que não possui condições de arcar com as despesas advindas do processo. (TJMS, AC n. 2010.028842-3, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, DJ de 4.4.2011, p. 17).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA - INDEFERIMENTO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA - ARTIGO 4º, DA LEI N. 1.060/1950 - PESSOA JURÍDICA SANTA CASA - ENTIDADE BENEFICENTE SEM FINS LUCRATIVOS - INDEPENDE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO - Conforme disposto no artigo 4º da lei n. 1.060/1950, para fazer jus à concessão dos benefícios da justiça gratuita, necessário se faz que o interessado afirme que não está em condições de arcar com os ônus processuais ou, ainda, firme declaração separada. Sendo a pessoa jurídica uma entidade de caráter filantrópico e beneficente, basta que esta formule requerimento, independentemente da comprovação da insuficiência de recursos, uma vez que o próprio caráter assistencial autoriza o deferimento da gratuidade

processual. (TJMS, Ag n. 2008.019537-2, Campo Grande, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 4.8.2008)

Sobre a prova de miserabilidade da apelante, reafirma-se o argumento do juízo sentenciante de ser público e notório a frágil situação financeira da entidade.

Com relação a questão arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul sobre ver-se desonerado do pagamento dos honorários periciais em processo no qual uma das partes é beneficiada pela assistência judiciária gratuita, com fulcro no art. 1º da Resolução n. 127/2011 do CNJ, é preciso ponderar que a referida contém mera recomendação para os Tribunais.

Neste ponto, não há qualquer espécie normativa regulamentando a referida Resolução no âmbito do Judiciário Estadual, razão bastante para afastar o norte pretendido pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Diante de todo o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2012.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Seção Criminal
Ação Penal n. 2008.028454-5 - Capital
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - AÇÃO PENAL – PENAL E PROCESSO PENAL – CRIMES DE RESPONSABILIDADE – PREFEITO MUNICIPAL E VEREADORES – FALSIDADE IDEOLÓGICA – CÍRCULO DE CONFISSÕES DE DÍVIDAS FICTÍCIAS – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMOSTRADOS – CONDENAÇÃO – EXTORSÃO – AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA CONTEMPORÂNEOS À CONFECÇÃO DOS DOCUMENTOS – ABSOLVIÇÃO – EXTORSÃO INDIRETA – INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA REAL – ATIPICIDADE – ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI N. 201/67 – PECULATO DE USO – PAGAMENTO DE DESPESA PARTICULAR COM DINHEIRO PÚBLICO – NÃO PREENCHIMENTO DOS ELEMENTOS DO TIPO PENAL – ART. 1º, V, DO DECRETO-LEI N. 201/67 – ORDENAÇÃO DE DESPESAS NÃO AUTORIZADAS EM LEI OU EM DESACORDO COM NORMAS FINANCEIRAS PERTINENTES – INDÍCIOS FUNDADOS EM PROVA TESTEMUNHAL INDIRETA – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – DELAÇÃO PREMIADA – INOCORRÊNCIA DE COLABORAÇÃO EFETIVA E VOLUNTÁRIA – CRIME CONTINUADO – QUANTIDADE DE INFRAÇÕES – CRITÉRIO OBJETIVO – PERDA DO MANDATO ELETIVO – PARCIAL PROCEDÊNCIA.

Comprovando-se que o Prefeito Municipal e vários Vereadores confeccionaram diversos instrumentos de confissão de dívidas fictícias, com o intuito de amalgamar um "acordo político" para a eleição da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores, resta caracterizado o crime de falsidade ideológica.

A violência ou a grave ameaça à época da conduta são elementos essenciais ao tipo penal da extorsão. Não havendo comprovação que os falsos documentos foram entabulados sem manifestação livre e consciente dos acusados, a absolvição é medida que se impõe.

O delito de extorsão indireta exige a existência de dívida real entre sujeito ativo e passivo do crime. Sendo incontroverso o círculo de dívidas fictícias, há de se reconhecer a impossibilidade de subsunção do pleito acusatório ao tipo penal do art. 160, do Código Penal.

O crime do art. 1º, II, do Decreto-Lei n. 201/67, doutrinariamente conhecido como "peculato de uso", estabelece punição para aquele que apenas usa bem, renda ou serviço público, sem que ocorra seu perecimento. Assim, a acusação de que o Prefeito Municipal teria pagado despesas particulares com dinheiro do Erário Municipal não se compatibiliza com a conduta descrita no preceito primário.

O pagamento de despesas particulares de hotelaria com dinheiro público, em tese, configura o crime do art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, mormente quando não há qualquer autorização legal ou empenho prévio. Entretanto, se o pleito condenatório é fundado única e exclusivamente em indícios advindos de prova testemunhal indireta, deve ser reconhecida a insuficiência de provas.

O reconhecimento da extinção da punibilidade, por ocorrência da delação premiada (art. 13, da Lei n. 9.807/99) ou a aplicação da causa de diminuição do art. 14, da referida norma, exigem a colaboração efetiva e voluntária do agente para elucidação da investigação criminal. Declarações parciais dos coautores após a identificação de todos os envolvidos na prática criminosa não se compatibilizam com os institutos em questão.

Conforme precedentes dos Tribunais Superiores, o aumento da pena pela continuidade delitiva se faz em razão do número de infrações praticadas (critério objetivo).

Ultrapassado o requisito temporal previsto no art. 92, I, "b", do Código Penal, a condenação por crime comum acarreta a perda do mandato eletivo dos agentes políticos – *in casu*, Prefeito Municipal e Vereador – que praticaram suas condutas com nítido desprezo ao Estado Democrático de Direito, orientando suas atuações por interesses pessoais, em detrimento dos anseios daqueles que depositaram a confiança em suas atuações: a sociedade, no exercício do voto.

Ação Penal que se julga parcialmente procedente para condenar parte dos acusados pelo crime de falsidade ideológica, absolvendo todos quanto às demais acusações, ante o cotejo probatório dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar parcialmente procedente a ação, nos termos do voto do relator. Impedida a Desª Marilza.

Campo Grande, 13 de março de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O Ministério Público Estadual denunciou Rubens Freire Farinho, João Carlos Teodoro, Lindomar de Oliveira, Jair de Souza Lima, Edivaldo Cangussu Meira e Luiz da Silva Francisco – o primeiro Prefeito Municipal, e os demais Vereadores do município de Japorã – como incursos no artigo 1º, II e V, do Decreto-Lei n. 201/67, e art. 299, c/c o art. 29, *caput*, ambos do Código Penal; sendo que o denunciado Rubens Freire Marinho acha-se incurso, ainda, nos artigos 158 e 160, do referido *Codex*; e os denunciados Arlindo Perin e Gilvan Antônio Perin, também Vereadores daquele município, a quem se imputa, apenas, a infração ao art. 1º, II e V, do Decreto-Lei n. 201/67, c/c o art. 29, *caput*, do estatuto repressivo.

Consta da denúncia que o Prefeito Municipal de Japorã, Rubens Freire Marinho, teria coagido os vereadores denunciados a firmarem várias confissões de dívidas no montante de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), lavradas em cartório, com objetivo de garantir o não abandono de acordo político para eleição da mesa diretora da Câmara de Vereadores de Japorã.

O alcaide teria pagado com dinheiro público, ainda, a hospedagem dos vereadores no "Hotel Deville Express", em Guaíra (PR), entre o período de 9 a 11 de dezembro de 2006, tendo os membros da Câmara, ao aceitarem, sido coniventes com a utilização indevida da *res publica*.

Devidamente notificados para que apresentassem defesas preliminares (f. 288-289), os denunciados deixaram transcorrer *in albis* o prazo legal (f. 374).

Em julgamento de admissibilidade, a Seção Criminal recebeu a exordial acusatória em todos os seus termos, delegando ao Juiz de Direito da comarca de Mundo Novo a realização dos interrogatórios e da instrução processual, conforme permissivo do art. 9º, § 1º, da Lei n. 8.038/90 (f. 380-383).

Distribuída a Carta de Ordem, procedeu-se a citação (f. 411) e o interrogatório de Rubens Freire Marinho (f. 413-5), João Carlos Teodoro (f. 416-418), Jair de Souza Lima (f. 419-421), Gilvan Antonio Perin (f. 422-3), Luiz da Silva Francisco (f. 424-426), Arlindo Perin (f. 427-428), Lindomar de Oliveira (f. 436-438) e Edivaldo Cangussu Meira (f. 439-441).

Todos os acusados apresentaram defesa prévia (f. 444-445, 446-449 e 450-451).

Realizada audiência (f. 488-489) foram colhidas as declarações de Fernando Flavio de Oliveira (f. 490), João Bucioli de Souza (f. 491), Marcelo Máximo (f. 492), Valdecir de Souza Neves (f. 493), Vinicius Meira (f. 494), Ednor Antonio Ribeiro silva (f. 495), Rener dos Reis Ramos (f. 496) e Paulo César Franjoti (f. 497/498).

Com o retorno da Carta de Ordem, as partes foram intimadas para requerimento de diligências, nos termos do art. 10, da Lei n. 8.038/90 (f. 506-507); ocasião em que permaneceram silentes.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça apresentou alegações finais (f. 511-524), pugnando pela condenação de todos os denunciados nos termos da exordial acusatória.

Devido a problemas ocorridos com a intimação das partes e seus advogados, após certo tumulto processual, houve a juntada de cópia das peças processuais e do DVD constante nos autos de n. 016.07.001707-2 como prova emprestada.

Em decorrência disso foi oportunizado ao *Parquet* se manifestar novamente, ocasião em que ratificou o pleito condenatório (f. 1.230-1.247).

Em suas razões derradeiras, Edivaldo Cangussu Meira e Lindomar de Oliveira pugnam pelo reconhecimento da extinção da punibilidade, por ocorrência da delação premiada (art. 13, da Lei n. 9.807/99) ou, ao menos, o reconhecimento da causa de diminuição do art. 14, da mesma lei. Alegam, também, a inexistência de elementos de culpabilidade acerca dos crimes do art. 1º, II e V, do Decreto-Lei n. 201/67. Por fim, requerem a não aplicação das penas acessórias do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 201/67, e o estabelecimento de regime prisional menos gravoso (f. 1.280-1.288).

Rubens Freire Marinho pleiteia a absolvição, por insuficiência de provas (f. 1.313-1.325). Jair de Souza Lima sustenta pedido no mesmo sentido (f. 1.336-1.343).

Gilvan Antônio Perin e Arlindo Perin requerem a conversão do julgamento em diligência, para que seja oficiado o TRIBUNAL DE CONTAS DE MATO GROSSO DO SUL, a fim de que informe se o município de Japorã efetuou algum pagamento à empresa "Domenciano R. Neves & Cia Ltda." ou a Jair de Souza Lima, em dezembro de 2006. Em caso de julgamento do mérito da ação penal, postulam pela absolvição, por insuficiência de provas (f. 1.356-1.373).

João Carlos Teodoro e Luiz da Silva Francisco buscam a absolvição, com fundamento no art. 386, III, V e VI, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, sustentam a necessidade de imposição da reprimenda no mínimo legal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 1.376-1.404).

O pedido de diligência de Gilvan Antônio Perin e Arlindo Perin foi indeferido (f. 1.409-1.410).

VOTO (Em 28.2.2012)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de ação penal em que o ministério público estadual denunciou Rubens Freire Marinho, João Carlos Teodoro, Lindomar de Oliveira, Jair de Souza Lima, Edivaldo Cangussu Meira e Luiz da Silva Francisco – o primeiro Prefeito Municipal, e os demais Vereadores do município de Japorã – como incursos no artigo 1º, II e V, do Decreto-Lei n. 201/67, e art. 299, c/c o art. 29, *caput*, do Código Penal; sendo que o denunciado Rubens Freire Marinho acha-se incurso, ainda, nos artigos 158 e 160, do referido *Codex*; e os denunciados Arlindo Perin e Gilvan Antônio Perin, também Vereadores daquele município, a quem se imputa, apenas, a infração ao art. 1º, II e V, do Decreto-Lei n. 201/67, c/c o art. 29, *caput*, do estatuto repressivo.

Após inúmeros percalços, finalmente é iniciado o julgamento desta ação penal e, para que não restam dúvidas quanto à regularidade do trâmite da mesma, algumas considerações devem ser elaboradas antes do exame do mérito.

Na fase de apresentação de alegações finais, vários tumultos processuais se iniciaram e diversos réus alegaram a possibilidade de violação do princípio da ampla defesa, porquanto deveriam ter sido intimados pessoalmente da decisão que os considerou indefesos, a fim de que constituíssem outros patronos.

Para se evitar quaisquer alegações futuras, deve ser refutada qualquer afronta ao princípio constitucional em comento.

É certo que a jurisprudência penal vem evoluindo para efetivar a garantia da ampla defesa do réu não apenas ao aspecto formal, mas também material; oportunizando-lhe a escolha de qual será seu patrono, por exemplo.

Ocorre que a garantia da ampla defesa não pode ser utilizada como instrumento a impossibilitar a prestação da tutela jurisdicional, sob pena de se compactuar com práticas nefastas que simplesmente "travam" o andamento da ação penal, a fim de se alcançar a tão desejada prescrição.

No caso dos autos, infindáveis foram os expedientes utilizados para simplesmente impossibilitar o julgamento desta ação penal.

Aliás, deve-se destacar trecho da decisão judicial que entendeu indefesos vários dos réus e nomeou a DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL como curadora de seus interesses para a compreensão da providência, *in verbis*:

> Finda a instrução criminal já no longínquo 29 de maio de 2009, ou seja, 2 (dois) anos; na sequência, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL apresentou suas alegações derradeiras (f. 511-24).
>
> Não obstante, por força da juntada de documentos que a defesa entendia essenciais, foi aberta nova vista ao *Parquet*, que terminou por retificar a manifestação antes exarada (1.230-47), postulando pela condenação dos acusados RUBENS FREIRE MARINHO – Prefeito Municipal, e dos Vereadores JOÃO CARLOS TEODORO, EDIVALDO CANGUSSU MEIRA, LINDOMAR DE OLIVEIRA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, JAIR DE SOUZA LIMA, ARLINDO PERIN e GILVAN ANTÔNIO PERIN
>
> Aos 28 de agosto de 2010 foram os acusados intimados através do Diário da Justiça para a apresentação de suas razões últimas (certidão de f. 1.249).
>
> Todos, absolutamente todos, defendidos por advogados particulares quedaram-se inertes, não comparecendo aos autos, razão pela qual – a fim de que, maliciosamente, não alegassem nulidade processual, por se dizerem prejudicados pela falta daquele ato processual – determinei a remessa do feito à Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, para que (na condição do patrocínio dativo), sustentasse a defesa dos envolvidos (1.251-2).

Declinando, indiretamente, do múnus que lhes foi atribuído (f. 1.254), foi deferido por este julgador a intimação pessoal dos acusados, para que constituíssem novos representantes, de acordo com os seus interesses (f. 1.255).

Intimados, então, mais uma vez os acusados EDIVALDO CANGUSSU MEIRA e LINDOMAR DE OLIVEIRA buscaram o patrocínio daquele que já havia atuado (e, após, também se omitido), a pessoa do advogado CARLOS ROGÉRIO DA SILVA (f. 1269-1.272).

Recebida, pois, a Carta de Ordem que visava regularizar as representações legais dos demais acusados, despachei aos 23 de novembro de 2010 (f. 1.260-1.261) determinando a juntada daquele expediente, determinando a abertura de vista ao patrono (re)constituído e – após, então – a remessa do feito à Defensoria Pública, uma vez que os acusados remanescentes não haviam indicado novos procuradores.

Aquele despacho foi devidamente publicado no Diário da Justiça de 29 de novembro de 2010.

Aos 9 (nove) de dezembro de 2010, os autos foram retirados com carga ao advogado FÉLIX LOPES FERNANDES – agora já um novo patrono, com poderes substabelecidos, com iguais poderes de CARLOS ROGÉRIO DA SILVA – na representação dos acusados LINDOMAR DE OLIVEIRA e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA.

Os autos só foram restituídos em cartório aos 24 (vinte e quatro) de janeiro de 2011, com as necessárias alegações finais (f. 1.280-1.288).

Destaco, SOMENTE APÓS 46 (QUARENTA E SEIS) DIAS APÓS A RETIRADA DOS AUTOS É QUE OS MESMOS FORAM ENTREGUES EM CARTÓRIO.

Ainda que, certamente, venha se falar sobre a ocorrência do recesso de final de ano, a retirada dos autos aos 9 de dezembro de 2010 impunha, obrigatoriamente, a devolução do feito até a data de 7 de janeiro de 2011, reinício dos trabalhos forenses e prazo final para a devolução da ação penal, cujos prazos já haviam escoados.

Mesmo com mais este abuso profissional, tentou-se manter o equilíbrio e a regularidade do feito e, consoante antes já havia imaginado, no tocante à falta de outras defesas, determinei que, neste caso, os autos retornar à Defensoria Pública para o patrocínio dos demais acusados que, por mais uma vez, quedavam-se inoperantes.

Chamo a atenção para o absurdo que segue.

Cumprido o despacho anterior e, encaminhado o feito à douta Defensoria Pública do Estado, a mesma foi compelida a devolver o feito ao Tribunal de Justiça, por força da notificação efetuada pelo "representante" dos acusados então ausentes (f. 1.292-1.293).

Apesar do abuso profissional ao dirigir-se diretamente àquela instituição, sem qualquer deferimento do Poder Judiciário acerca do seu ingresso no feito; ainda assim, tudo em nome da ampla defesa – que aqui se revela como escárnio às atividades judiciais – de qualquer maneira, para que lá na frente, no âmbito dos Tribunais Superiores, que se restringem a julgar a legalidade sem tomar conhecimento das capciosas sutilezas promovidas por tantos maus intervenientes do processo, hei por bem deferir, PELA TERCEIRA VEZ (f. 1.295), o prazo legal de 15 (quinze) dias para a defesa dos acusados RUBENS FREIRE MARINHO, JAIR DE SOUZA LIMA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, ARLINDO PERIN e GILVAN ANTÔNIO PERIN, na pessoa daquele que se colocou como legítimo representante legal dos mesmos, o advogado MARCOS ANTÔNIO BALDUÍNO (OAB/MS 9574).

> Referido despacho foi publicado no Diário da Justiça n. 2.371, de 25 de fevereiro de 2011.
>
> O prazo começou a correr no dia 28 de fevereiro de 2011 (segunda-feira), e somente aos 4 de março de 2011 é que a defesa interessou-se em retirar os autos, devolvendo-os, tão somente, aos 11 de maio de 2011; após publicação para restituir o processo e, também, a necessidade de expedição de mandado de busca e apreensão – conforme se extrai do andamento processual eletrônico (Sistema de Automação do Judiciário – SAJ).
>
> Ou seja, decorreram-se mais 68 (SESSENTA E OITO) DIAS, sendo indispensável a tomada de medida de forças legais para a devolução do feito e, PASMEM, NADA, ABSOLUTAMENTE NADA, NENHUMA PETIÇÃO, NENHUM ATO, NENHUM PROCEDIMENTO, NADA, SIMPLESMENTE NADA FOI FEITO PELO DITO LEGÍTIMO REPRESENTANTE DAS PARTES, consoante certidão de f. 1.298.

Desta forma, constata-se que foi oportunizado – mais de uma vez – aos acusados o direito de escolha de seus patronos, que insistiam em não apresentar as alegações finais do processo.

Diante deste cenário, não havia outra providência a tomar senão a nomeação da DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL para a defesa do réu, em respeito a Sumula 523, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que preceitua "*no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*"

Por fim, não há que se falar em nulidade do feito por ausência de resposta à acusação, sob a alegação de que, ainda que este procedimento seja regulado pelos ditames da Lei n. 8.038/90, deve seguir as linhas introduzidas pela Lei n. 11.719/2008, que prevê a indispensabilidade da resposta do acusado para a validade do processo.

Inicialmente, deve-se destacar que a Lei n. 8.038/90 estabelece procedimento próprio para o trâmite de ações penais perante o colegiado. Assim sendo, havendo previsão em seu do procedimento expresso de notificação do acusado (art. 4º), é absolutamente inviável a pretensão de aplicação do disposto no Código de Processo Penal (art. 396 e 396-A).

Isso se explica pelo princípio da especialidade, que torna subsidiária a aplicação da lei geral em relação à lei especial. Destarte, em caso análogo, a jurisprudência já se posicionou acerca da desnecessidade de manifestação do acusado para o recebimento da denúncia:

> Preliminar suscitada pelo Ministério Público de inércia do denunciado em apresentar resposta à acusação, devendo lhe ser nomeado defensor público para que a apresente em seu favor, sob pena de contrariedade ao princípio da ampla defesa. Improcedência. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente se declara nulidade absoluta nos crimes de responsabilidade contra prefeito nos casos em que o denunciado não for devidamente notificado para apresentar resposta escrita, o que não ocorreu na hipótese dos autos, onde o mesmo foi notificado, porém manteve-se inerte, sendo ele próprio o responsável por eventual prejuízo que venha sofrer. Ademais, ele terá oportunidade de defesa após o recebimento da delatória, bem assim no curso da instrução processual. [1]

Ademais, ainda que assim não fosse, deve-se rememorar que a lei processual é orientada pelo princípio *tempus regit actum*. Assim, lembra-se que a imprescindibilidade da apresentação de resposta à acusação foi introduzida pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que fora publicado no Diário Oficial da União aos 23 de junho do mesmo ano, com uma previsão de *vacatio legis* de "*60 (sessenta) dias após a data de sua publicação*" (art. 2º).

1 TJPA, ACr n. 2011.3005192-7, Câmara Criminal Reunidas, Rel.ª Des.ª Vânia Valente do Couto FORTES Bitar Cunha, julgado em 7.11.2011, DJ n. 11.11.2011.

Em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário (SAJ), é possível observar que a denúncia foi recebida por esta Seção Criminal, à unanimidade, aos 20 de agosto de 2008, portanto, durante a vigência da legislação anterior, que dispensava a resposta à acusação.

Ou seja, afirmar que haveria nulidade processual pela inocorrência de resposta à acusação seria almejar a aplicação retroativa de lei processual geral em detrimento a lei específica. Algo certamente, inviável.

Desta forma, deve ser reconhecida a validade do trâmite da ação penal.

Quanto ao mérito, inicialmente, deve-se esclarecer que a inversão lógica dos pedidos dos acusados EDIVALDO CANGUSSU MEIRA e LINDOMAR DE OLIVEIRA não condiciona o Poder Judiciário a apreciá-los naquela ordem. Desta forma, não obstante o pedido principal seja o reconhecimento da delação premiada, por ordem de prejudicialidade, deve ser conhecido o pedido de absolvição por insuficiência de provas em primeiro lugar.

Aliás, afastadas as matérias prejudiciais ao mérito e sendo o pedido de absolvição comum a todos os acusados, a análise da autoria e materialidade deve ser efetuada conjuntamente, a fim de facilitar a compreensão do feito.

Consta da denúncia que Rubens Freire Marinho, Prefeito Municipal de Japorã, teria coagido os outros acusados (vereadores daquela urbe) a firmarem entre si várias confissões de dívidas no montante de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), lavradas em cartório, com objetivo de garantir o não abandono de acordo político para eleição da mesa diretora da Câmara de Vereadores de Japorã.

Posteriormente, a fim de assegurar que o Presidente da Câmara de Vereadores não renunciasse ao cargo, o alcaide teria coagido João Carlos Teodoro a assinar uma confissão de dívida de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) em seu favor.

Com a prática de tais condutas, o Prefeito Municipal teria incorrido nos crimes de extorsão (art. 158, do Código Penal), extorsão indireta (art. 160, do Código Penal) e falsidade ideológica (art. 299, do Código Penal); enquanto os vereadores, teriam apenas incidido neste último crime.

Para melhor compreensão da análise dos elementos dos tipos penais é salutar suas transcrições:

> Art. 158**.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:
>
> Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
>
> [...]
>
> Art. 160**.** Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro:
>
> Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.
>
> [...]
>
> Art. 299**.** Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

> Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Pela narrativa ministerial, imperioso avaliar a ocorrência do crime de falsidade ideológica em primeiro lugar. Sinteticamente, o círculo de confissão de dívida teria se dado da seguinte forma:

a) JOÃO CARLOS TEODORO firmou confissão de dívida no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor de JOSÉ APARECIDO GARCIA DA SILVA, pai da noiva do réu LINDOMAR DE OLIVEIRA (f. 82);

b) LINDOMAR DE OLIVEIRA firmou confissão de dívida no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor de JOÃO BUCIOLI DE SOUZA, irmão do acusado JAIR DE SOUZA LIMA (f. 83);

c) JAIR DE SOUZA LIMA firmou confissão de dívida no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor de VINÍCIUS MEIRA, sobrinho do acusado EDIVALDO CANGUSSU MEIRA (f. 84);

d) EDIVALDO CANGUSSU MEIRA firmou confissão de dívida no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor de MARCELO MÁXIMO, cunhado do acusado LUIZ FRANCISCO DA SILVA (f. 100);

e) LUIZ FRANCISCO DA SILVA firmou confissão de dívida no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor de VALDECIR DE SOUZA NEVES, cunhado do acusado JOÃO CARLOS TEODORO (f. 86);

Por fim, para assegurar a avença entre os acusados RUBENS FREIRE MARINHO e JOÃO CARLOS TEODORO há, ainda, o instrumento de confissão de dívida deste em favor daquele, também no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (f. 115 e 117).

Desde já, é de se concluir que a falsidade ideológica das confissões de dívida enumeradas nos itens "a" a "e" estão abundantemente comprovadas nos autos, seja por confissões das partes envolvidas ou declarações testemunhais.

O "círculo" de confissões de dívidas fictícias narrado é confirmado pelos próprios participantes, como se vê dos interrogatórios de JOÃO CARLOS TEODORO (f. 416-418), JAIR DE SOUZA LIMA (f. 419-421), LUIZ DA SILVA FRANCISCO (f. 424-6), LINDOMAR DE OLIVEIRA (f. 436-438) e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA (f. 439-441).

Assim sendo, o único que nega ter participação na confecção das confissões de dívidas fictícias é o Prefeito Municipal RUBENS FREIRE MARINHO. Entretanto, a sua participação está evidenciada pelo restante do conjunto probatório.

É o que se nota do testemunho de FERNANDO FLÁVIO RIBAS DE OLIVEIRA, *in verbis* (f. 490):

> [...] é escrivão substituto do Cartório de Registro em Japorã/MS. Que recebeu um telefonema do assessor do prefeito Rubens Freire Marinho, que queria saber o valor para a realização de escrituras de confissão de dívida. O nome do assessor é Esrom. Que o depoente informou o valor de cerca de mil reais por escritura, mas que poderia ser reduzido em virtude da quantidade de certidões. Que foi até a prefeitura pegar a documentação. Na prefeitura, foi até a sala onde estavam presentes: Rubens Freire Marinho, João Carlos Teodoro, Lindomar de Oliveira, Jair de Souza Lima, Edivaldo Cangussu Meira e Luiz da Silva Francisco. As pessoas de Arlindo Perin e Gilvan Antonio Perin não estavam. Foi dito para o depoente que seriam confissões de dívidas mútuas. Todavia, não lhe explicaram a finalidade. O depoente elaborou as escrituras no cartório e colheu as assinaturas das pessoas que estavam na reunião supramencionada, assinaturas essas colhidas na prefeitura. Que as demais pessoas envolvidas nas confissões assinaram o livro no cartório. Que o total das escrituras ficou em três mil reais. Que o depoente recebeu esse valor da pessoa de Esrom, assessor do prefeito. Que recebeu em dinheiro.

De igual forma, a testemunha VINICIUS MEIRA confirma que "*chegou na sala e lá estava o prefeito e todos os vereadores requeridos [...] que o prefeito Rubens, na reunião, presidia esta e disse que ele, prefeito, e os vereadores presentes tinham firmado um acordo político para a eleição da mesa da Câmara*" (f. 494).

Portanto, o envolvimento do Prefeito Municipal RUBENS FREIRE MARINHO na idealização, organização e confecção do círculo de confissões de dívidas fictícias é induvidosa. Ademais, há que se lembrar que o mesmo seria o principal beneficiado do estratagema, eis que sua razão de ser foi justamente inviabilizar que as partes descumprissem o "acerto político", como ocorrido outrora.

Assim sendo, nota-se que, em unidade de desígnios, RUBENS FREIRE MARINHO, JOÃO CARLOS TEODORO, JAIR DE SOUZA LIMA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, LINDOMAR DE OLIVEIRA e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA fizeram inserir declaração falsa, com o fim de criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, incidindo no tipo penal do art. 299, do Código Penal, quanto aos documentos de f. 82-86 e 96-100.

Já o instrumento de confissão de dívida de f. 115 e 117, entre os acusados RUBENS FREIRE MARINHO e JOÃO CARLOS TEODORO, pelo que consta dos autos, não tem qualquer ligação com os demais réus.

Quanto a este instrumento de confissão de dívida, embora os envolvidos neguem a prática criminosa, as versões por eles apresentadas são absolutamente inverossímeis, havendo elementos suficientes para se concluir que também se trata de dívida fictícia confessada com o único objetivo de garantir a permanência do "acordo".

O acusado RUBENS FREIRE MARINHO alega (f. 413-415):

> [...] Não é verdade que assinou que recebeu uma confissão de dívida por escritura pública, no valor de cinquenta mil reais, para fazer parte do acordo para a eleição de presidente da Câmara. Na verdade já tinha negócios com a pessoa de João Carlos Teodoro, referente a compra e venda de gado. Cerca de sessenta dias antes da eleição para a presidência da Câmara, João Carlos Teodoro foi até a casa do depoente e pediu cinquenta mil reais para o depoente, para compra de gado. O depoente tinha essa quantia de cinquenta mil reais no cofre da casa, e entregou a João Carlos Teodoro. Não se recorda se entregou o dinheiro no dia em que João Carlos Teodoro foi a sua casa ou se em outra data. Não se recorda onde estava quando entregou o dinheiro a João Carlos Teodoro. Não sabe informar se João Carlos Teodoro foi de manhã, à tarde ou à noite na casa do depoente pedir o dinheiro emprestado. Que João Carlos Teodoro sugeriu ao depoente que recebesse uma confissão de dívida no valor de cinquenta mil reais como forma de garantia do empréstimo. Não se recorda se a confissão de dívida foi assinada no dia em que o depoente emprestou o dinheiro. Que do dinheiro emprestado, o depoente recebeu dezoito mil em gado, como forma de devolução, e o restante em dinheiro. [...] juntamente com a confissão de dívida por escritura pública, o depoente recebeu uma nota promissória de João Carlos Teodoro no valor de cinquenta mil reais para garantir o empréstimo [...]

Já o réu JOÃO CARLOS TEODORO declara (f. 416-418):

> [...] com relação à confissão de dívida que o depoente assinou em favor de Rubens Freire Marinho, informa que tal confissão nada tem a ver com a eleição da presidência. Que cerca de quinze dias antes da eleição, o depoente foi chamado por Rubens Freire Marinho para ir até a casa deste. Quando chegou até a casa de Rubens,

> este propôs para o depoente a realização de uma espécie de sociedade. Segundo Rubens, o depoente entraria com o pasto e Rubens entraria com cinquenta mil reais para a compra de gado. Que o depoente não foi até a casa de Rubens para pedir dinheiro emprestado. Que o depoente aceitou a proposta. Que cerca de cinco dias depois, Rubens foi até a casa do depoente e entregou cinquenta mil reais em dinheiro. Não se recorda como o dinheiro estava guardado, se em bolsa ou mala. Recorda-se que antes de receber o dinheiro o depoente foi até o cartório e assinou uma confissão de dívida no valor de cinquenta mil reais em favor de Rubens Freire Marinho. Não assinou nenhum outro documento ou título para garantir a dívida. Que depois de dois anos, o depoente devolveu dezoito mil reais em gado e trinta e três mil reais, aproximadamente, em dinheiro. Que entregou o gado no arrendamento do requerido Rubens e transferiu administrativamente o gado através de notas [...]

Não obstante os envolvidos aleguem que o instrumento de confissão de dívida de f. 115 e 117 seja verdadeiro – formal e ideologicamente – é inevitável perceber uma série de coincidências que, *per si*, já representam elementos de prova suficientes para concluir que se enquadram na mesma categoria dos demais, isto é, confissões de dívidas fictícias para garantia do "acordo político".

Primeiro, chama atenção que todos os títulos possuem o mesmo valor: R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Segundo, ao contrário dos demais instrumentos de confissão de dívida que envolvem parentes e amigos, o de f. 115 e 117 envolve as partes mais interessadas na "governabilidade": o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara de Vereadores.

Por fim, imperioso destacar que a confissão de dívida em questão foi entabulada aos 7 de dezembro de 2006, apenas 2 (dois) dias antes do período em que os acusados ficaram "reclusos" em Guaíra (PR) e que precedia a eleição da mesa diretora da Câmara de Vereadores.

Não fosse o suficiente as coincidências mencionadas para perceber que o instrumento é ideologicamente falso, há que se destacar as contradições existentes entre as versões.

Enquanto RUBENS alega que JOÃO CARLOS foi até sua residência cerca de 60 (sessenta) dias antes da eleição para lhe pedir dinheiro emprestado, este afirma que foi convidado a ir até a residência daquele – aproximadamente 15 (quinze) dias antes da eleição – para lhe oferecer uma espécie de sociedade.

RUBENS afirma, também, que tinha R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) no cofre de sua casa e entregou a JOÃO CARLOS; entretanto, incompreensivelmente, na sequência ele alega não se recordar se entregou o dinheiro no mesmo dia do pedido, nem onde estava quando entregou a quantia e nem sequer se o corréu esteve em sua casa de manhã, a tarde ou a noite.

Já JOÃO CARLOS sustenta ter sido chamado para ir até a casa de RUBENS, ocasião em que este lhe fez a proposta de "sociedade". Afirma, veementemente, que não foi até a residência do alcaide para pedir dinheiro emprestado, mas aceitou a proposta. Todavia, o dinheiro foi entregue por RUBENS, cerca de 5 (cinco) dias depois, na casa de JOÃO CARLOS. Ressalta, ainda, não lembrar como o dinheiro estava guardado, se em bolsa ou mala.

Outro ponto controvertido é que RUBENS alega ter emprestado R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a JOÃO CARLOS e recebido 2 (dois) títulos executivos extrajudiciais – um instrumento de confissão de dívida e uma nota promissória – cada um no mesmo valor, portanto, teria uma garantia de dívida que totalizava exatamente o dobro da mesma.

JOÃO CARLOS, por outro lado, destaca que assinou apenas uma confissão de dívida no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e "*não assinou nenhum outro documento ou título para garantir a dívida*" (f. 418).

Fechando as contradições dos acusados, deve-se lembrar que JOÃO CARLOS alega que "*depois de dois anos, o depoente devolveu dezoito mil reais em gado e trinta e três mil reais, aproximadamente, em dinheiro*" (f. 418). Admitindo, em hipótese, que houve a entrega de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de um acusado para outro (seja como empréstimo ou como sociedade de fato), soa completamente irreal que a rentabilidade do negócio seria de apenas R$ 1.000,00 (um mil reais), no período de 2 (dois) anos.

Há que se destacar que os réus não apresentaram qualquer prova – seja documental ou testemunhal – da existência de negócios de gado entre si. Esse fato só reforça a conclusão de que o instrumento de confissão de dívida era mais um componente do estratagema idealizado para garantir a estabilidade municipal.

Por fim, deve-se destacar que na fase investigativa JOÃO CARLOS TEODORO reconheceu que a escritura pública de f. 115 e 117 representa dívida que "*não tem qualquer origem negocial senão o pacto ora mencionado*" (f. 118-121). Interrogado em juízo, apesar de ter alterado a sua versão, não apresentou qualquer justificativa para as declarações anteriores.

Apenas para que não haja dúvidas, ao contrário do que entende a defesa de JOÃO CARLOS TEODORO e LUIZ DA SILVA FRANCISCO, referidas condutas possuem tipicidade. O fato de os envolvidos terem espontaneamente lavrado os instrumentos de confissão de dívida não afasta a falsidade existente.

É importante lembrar que o objeto jurídico do crime de falsidade ideológica é "*a fé pública quanto ao conteúdo dos documentos públicos e particulares*" [2], não se admitindo, portanto, que a inexistência de violência ou ameaça seja fundamento de atipicidade para a confecção de documentos ideologicamente falsos.

Desta forma, RUBENS FREIRE MARINHO e JOÃO CARLOS TEODORO também cometeram o crime de falsidade ideológica em relação ao instrumento de confissão de dívida de f. 115 e 117.

Quanto ao crime de extorsão (art. 158, do Código Penal), o Órgão Ministerial busca a condenação de RUBENS FREIRE MARINHO, sob a imputação de que o mesmo teria constrangido o corréu JOÃO CARLOS TEODORO a assinar o instrumento de confissão de dívida (f. 115 e 117) em seu favor.

O *Parquet* alega que o Prefeito Municipal, a fim de evitar a renúncia de JOÃO CARLOS, teria exigido a confecção da confissão de dívida, sob a ameaça de divulgar as demais certidões, que davam conta do crime de falsidade ideológica perpetrado pelos vereadores.

Neste ponto, a acusação não prospera.

A violência ou a grave ameaça são elementos essenciais do tipo penal de extorsão. Assim sendo, para subsunção do fato denunciado à norma penal incriminadora, é indispensável a demonstração de que o réu preencheu todos os requisitos do crime.

Analisando-se à exaustão os depoimentos contidos nos autos, principalmente os destaques efetuados pelo Órgão acusador, não se nota qualquer violência ou ameaça. A ameaça defendida pela tese acusatória não se compatibilizou com a prova dos autos.

2 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 3, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 323.

Para caracterização do crime de extorsão é indispensável que a ameaça seja contemporânea ao constrangimento da vítima, que a leva a fazer alguma coisa. Este é o ensinamento de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR:

> A ameaça consiste na promessa de um mal considerável, futuro e injusto, que se condiciona à vontade do sujeito ativo e que anula (ou ao menos limita) o poder de autodeterminação do ofendido. O temor (*metus*) pressiona a vontade da vítima, impedindo a motivação normal. [3]

O que se observa é que, à época dos fatos, não havia qualquer ameaça às partes envolvidas. Pelo contrário, restou nítido que as confissões de dívidas fictícias encartadas nos autos foram fruto da manifestação livre e consciente das vontades de todos os acusados, a fim de assegurar o "acordo político" entabulado.

Ainda que desentendimento posterior tenha levado os envolvidos a divulgar os eventos criminosos sob análise, restou flagrante que não havia desentendimento – e, quiçá, ameaça – quando os instrumentos de confissão de dívida foram elaborados.

Desta forma, quanto à acusação de prática do crime do art. 158, do Código Penal, em relação ao acusado RUBENS FREIRE MARINHO, deve-se proceder a absolvição por não haver prova da existência do fato (art. 386, II, do Código de Processo Penal).

Quanto ao crime de extorsão indireta, o *Parquet* alega que, ao exigir que os corréus montassem um círculo de confissões de dívidas fictícias, o acusado RUBENS praticou a conduta descrita no art. 160, do Código Penal.

Novamente, a pretensão acusatória não deve ser atendida.

O tipo penal incriminador insculpido no art. 160, do Código Penal, prevê a existência de uma "dívida" entre sujeito ativo e passivo do crime. Ou seja, "*o sujeito ativo é o credor de uma dívida, enquanto o sujeito passivo é o devedor, que entrega o documento ao agente, ou a terceira pessoa que pode ser prejudicada pela apresentação dos documentos às autoridades.*" [4]

Assim sendo, há que se concluir que o crime previsto no art. 160, do estatuto repressor, penaliza a conduta daquele credor que, além dos meios admissíveis de cobrança e execução de dívidas, abusa da situação do devedor e exige documento que lhe prejudique criminalmente.

Na situação retratada nos autos evidencia-se não haver qualquer dívida entre quem quer que seja. Desta forma, não há como subsumir a conduta do chefe do Poder Executivo ao crime de extorsão indireta.

Ainda que as condutas narradas na exordial acusatória demonstrem o desprezo dos envolvidos com a dignidade das instituições e dos seus eleitores, em respeito ao princípio da legalidade, RUBENS FREIRE MARINHO deve ser absolvido do crime previsto no art. 160, do Código Penal, por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do Código de Processo Penal).

Por fim, todos são acusados da prática dos crimes previstos no art. 1º, II e V, do Decreto-Lei n. 201/67, porque RUBENS FREIRE MARINHO teria pagado com dinheiro público a hospedagem dos vereadores no "Hotel Deville Express", em Guaíra (PR), no período de 9 a 11 de dezembro de 2006, tendo os membros da Câmara, ao aceitarem, sidos coniventes com a utilização indevida da *res* pública.

3 **Curso de Direito Penal**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 401.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado, 10. ed., São Paulo: **RT**, 2010, p. 779.

Novamente, a fim de que sejam analisadas as conduta de forma detalhada, deve-se transcrever os dispositivos legais pertinentes:

> Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
>
> [...]
>
> II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;
>
> [...]
>
> V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;
>
> [...]
>
> **§ 1º** Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

Ab initio, deve-se lembrar que o crime estampado no inciso II, doutrinariamente conhecido como "peculato de uso", não possui tipificação similar na legislação ordinária. Ou seja, o legislador estabeleceu penalização para o Prefeito que – prevalecendo do cargo que ocupa – se utiliza de bens, rendas ou serviços públicos, mesmo que não haja apropriação ou desvio (condutas previstas no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67).

Sobre o tema, WALDO FAZZIO JÚNIOR leciona:

> Relativamente ao inciso II, convenha-se que o prefeito não pode fazer de suas atribuições públicas um trampolim para consumar interesses pessoais ou qualquer outra espécie de interesse alheio aos da coletividade a que serve. Não pode dispor as *res* pública, já que esta não se encontra afeta a sua esfera de conveniência. Bem ao contrário, os bens rendas e serviços públicos são afetados por uma finalidade comunitária. Toda vez que os bens públicos são utilizados para outro fim que não o legalmente previsto, há uso indevido. Qualquer que seja a finalidade de seu uso, que não o interesse público, o desvio de poder está caracterizado.
>
> São elementos do peculato de uso:
>
> - Que o prefeito utilize bens, rendas ou serviços públicos;
>
> - Que a utilização seja indevida;
>
> - Que o faça em proveito próprio ou alheio.
>
> O dinheiro não pode ser objeto desse delito, à medida que não é infungível. [5]
>
> (Destaque não original)

5 **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 105.

O art. 1º, do Decreto-Lei n. 201/67, prevê diversas condutas criminosas, sendo induvidoso que o crime do inciso II é apenas o "uso" do bem, renda ou serviço público. Nesta situação, deve ser enquadrado o agente público que se aproveita desta condição para usufruir da *res* pública, sem que ocorra seu perecimento, obviamente.

No caso concreto, a hospedagem do Prefeito Municipal e alguns Vereadores em hotel no Estado do Paraná não configura o crime em questão. É induvidoso que a hospedagem dos envolvidos ocorreu em empresa privada. Assim sendo, ainda que as condutas dos acusados sejam das mais vergonhosas – ensejando, inclusive, possibilidade de ressarcimento ao Erário Municipal – não se amolda ao art. 1º, II, do Decreto-Lei n. 201/67.

Desta forma, quanto ao crime do art. 1º, II, do Decreto-Lei n. 201/67, RUBENS FREIRE MARINHO, JOÃO CARLOS TEODORO, LINDOMAR DE OLIVEIRA, JAIR DE SOUZA LIMA, EDIVALDO CANGUSSU MEIRA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, ARLINDO PERIN e GILVAN ANTÔNIO PERIN devem ser absolvidos porque os fatos denunciados não constituem a infração penal (art. 386, III, do Código de Processo Penal).

Já o crime previsto no inciso V é próprio, portanto deve ser praticado pelo ordenador de despesas – no caso concreto, o Prefeito Municipal – sendo que a atuação dos demais deve ser analisada como participação.

Inicialmente, deve-se perceber que este tipo penal, doutrinariamente, classificado como norma penal em branco, ou seja, "*as que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material).*" [6]

Desta forma, a análise adequada da conduta delitiva imputada aos agentes necessita da complementação para o termo "normas financeiras pertinentes". Assim sendo, percebe-se que a Lei n. 4.320/64, que estabelece normas para controle financeiro dos municípios, e a Lei Complementar de n. 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, devem ser obedecidas à risca pela Administração Pública e seus representantes.

Para melhor compreensão do procedimento a ser adotado para a realização de despesas com o dinheiro público é salutar a lição de REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA:

> Consuma-se a despesa em três fases: o empenho, a liquidação e o pagamento.
>
> Antes de mais nada, deve existir procedimento para se aferir a necessidade da despesa. Realiza-se, nos casos e que é exigida, a licitação e, decidida a aquisição, a obra ou o serviço, deve ser efetuado o pagamento.
>
> O empenho 'é ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição' (art. 58). Na precisa lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, 'consiste na reserva na dotação inicial ou no saldo existente para garantir a fornecedores, executores de obras ou prestadores de serviços pelo fornecimento de materiais, execução de obras ou prestação de serviços'. Materializa-se pela emissão de um documento que identifica a quem se deve pagar e quanto se paga. Anota CELSO BASTOS que 'o empenho não cria a obrigação jurídica de pagar, como acontece em outros sistemas jurídico-financeiros. Ele consiste numa medida destinada a destacar, nos fundos orçamentários destinados à satisfação daquela despesa, a quantia necessária ao resgate do débito.
>
> [...]

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: Parte geral, vol. 1, 7. ed., São Paulo: **RT**, 2007, p. 388.

> A lei é taxativa no sentido de estabelecer ser 'vedada a realização de despesa sem prévio empenho' (art. 60).
>
> [...]
>
> Não se confundem o empenho com a nota de empenho. Empenho é previsão de recursos para pagamento do débito, constituindo-se em garantia do credor no recebimento. É instrumento de programação. Daí não se poder empenhar depois de realizado o pagamento. Nota de empenho é o instrumento, é o documento que representa a autorização para o pagamento.
>
> Segue-se a liquidação que consiste na verificação do direito do credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do crédito (art. 63). Examina-se a origem do crédito, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar. A origem encontra-se no contrato ou na nota de empenho ou nota fiscal. Tal ato nada cria, é simples verificação da legalidade e da obediência às formalidades legais.
>
> Estando tudo em ordem, emite-se a ordem de pagamento, que é o "despacho exarado pela autoridade competente, determinando que a despesa seja paga" (art. 64). A partir daí, há mera formalidade de emissão do cheque para o pagamento ou de ordem de transferência de saldo para a conta do credor.
>
> [...]
>
> A ordem de pagamento passou a ser, a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal, ato de suma importância, porque identifica o responsável como ordenador de despesas. Este é o responsável pela verificação da realidade do gasto público. [7] (Destaques não originais)

Observa-se, portanto, que a realização de despesas pelo Poder Público não pode ser realizada exclusivamente pela discricionariedade do administrador, ainda que para despesas pequenas e/ou urgentes.

Pelo que consta dos autos, existem fortes indícios de que as normas financeiras concernentes à gestão das finanças públicas foram desrespeitadas, para que o Prefeito e alguns edís ficassem hospedados em Guaíra (PR), às expensas dos cofres públicos.

É inconteste que as despesas do "Hotel Deville" foram pagas com um cheque do acusado JAIR DE SOUZA LIMA, como comprova a fotocópia de um extrato bancário (f. 132) deste, confirmando a compensação de um cheque no valor de R$ 1.686,80 (um mil seiscentos e oitenta e seis reais e oitenta centavos), aos 14 de dezembro de 2006. O referido extrato informa, ainda, a existência de um depósito de R$ 1.390,00 (um mil trezentos e noventa reais), aos 12 de dezembro de 2006.

A respeito afirma o acusado JAIR DE SOUZA LIMA, *in verbis* (f. 420):

> [...] Que gastaram cerca de mil e seiscentos reais. O depoente deu um cheque para pagamento. Que o depoente disse para João Carlos que ele deveria pagar o valor porque ele foi o escolhido como candidato. Que houve depósito em sua conta, mas o depoente não sabe informar quem depositou. Não sabe informar se houve divisão das despesas pelos vereadores que estavam no hotel, mas o depoente não arcou com nenhuma despesa [...]

Por sua vez o corréu JOÃO CARLOS TEODORO esclarece (f. 417):

> [...] Que gastaram cerca de mil e seiscentos reais. O vereador Jair de Souza Lima deu um cheque para pagamento. Os sete vereadores 'racharam' as despesas posteriormente. Não houve reembolso por parte do município [...].

7 Curso de Direito Financeiro, São Paulo: **RT**, 2006, p. 358-359.

Por seu turno, RUBENS FREIRE MARINHO alega que "*não sabe afirmar se Jair de Souza Lima efetuou o pagamento de mil e seiscentos e oitenta e seis reais. Pelo que sabe, essa despesa não foi reembolsada pelo município ao vereador Jair de Souza Lima*" (f. 415).

GILVAN ANTONIO PERIN aduz que "*não sabe informar quem pagou as despesas dos vereadores que ficaram no hotel. Como pernoitou uma noite, o depoente entregou cerca de cem reais ao vereador João Carlos Teodoro para pagamento de sua parte*" (f. 423).

LUIZ DA SILVA FRANCISCO informa que "*gastaram cerca de mil e seiscentos reais. Que o depoente, após a eleição, deu duzentos reais para João Carlos, como forma de pagamento de sua parte nas despesas realizadas no hotel*" (f. 425).

ARLINDO PERIN assevera que "*quem pagou a despesa foi o vereador Jair. Depois da eleição, o depoente deu cerca de duzentos reais para o vereador João Carlos Teodoro para pagamento de sua parte. Não sabe informar se a dívida foi reembolsada pelo município*" (f. 428).

Conforme já pontuado, existem indícios de que as despesas da hospedagem dos acusados no "Hotel Deville" tenham sido custeadas pelo erário de Japorã, entretanto, as declarações transcritas fornecem elementos de convencimento na direção oposta.

Percebe-se que a pretensão acusatória se baseia nas declarações de LINDOMAR DE OLIVEIRA e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA.

O acusado LINDOMAR discorre (f. 437-438):

> [...] que gastaram cerca de mil e seiscentos reais. O vereador Jair deu um cheque para pagamento. Que segundo Jair, o secretário do município chamado Rener, reembolsou a despesa por conta do município. Que o município tem uma verba de dez a doze mil reais mensais, como suprimento de fundo da saúde e outro do gabinete do prefeito, donde pode ser retirado dinheiro e apresentado apenas a nota fiscal para comprovação da despesa. Que dessa verba provavelmente saiu o dinheiro para reembolsar a despesa gasta no Hotel Deville, porém a nota fiscal do hotel pode ter sido substituída por outra qualquer com o mesmo valor (total ou parcial). O depoente não efetuou nenhum pagamento do valor gasto no Hotel Deville, nem para Jair nem para João Carlos. Pelo que sabe, os demais vereadores não devolveram o valor que gastaram no hotel [...]

Já o réu EDIVALDO acrescenta (f. 439-441):

> [...] que gastaram cerca de mil e seiscentos reais. O vereador Jair deu um cheque para pagamento, pois era o único que estava com cheque. Porém, o cheque só foi depositado após o retorno dos vereadores a Japorã/MS, para possibilitar o reembolso imediato. Que segundo Jair de Souza Lima, o assessor do prefeito chamado Rener, reembolsou a despesa. O depoente não efetuou nenhum pagamento do valor gasto no Hotel Deville, nem para Jair nem para João Carlos. Pelo que sabe, os demais vereadores não devolveram o valor que gastaram no hotel [...]

Em seu testemunho judicial, RENER DOS REIS RAMOS pontua "*que na gestão anterior trabalhava no departamento de compras da prefeitura. Que não efetuou nenhum depósito em 2006 na conta de Jair de Souza Lima*" (f. 496).

Assim sendo, ainda que as notas fiscais de f. 128-129, 134-135 e 159 tenham sido emitidas em nome da Prefeitura Municipal de Japorã, não há como concluir, indene de dúvidas, que a estadia foi paga com dinheiro dos cofres públicos.

O fato é que não foi apresentada qualquer prova documental ou testemunhal de que os agentes públicos responsáveis pela gestão do Erário de Japorã reembolsaram JAIR DE SOUZA LIMA pelos gastos efetuados no "Hotel Deville".

Em verdade, a pretensão acusatória é fundada exclusivamente em prova testemunhal indireta, que é a forma de a doutrina classificar "*aquela testemunha que nada presenciou, mas ouviu falar do fato ou depõe sobre fatos acessórios.*" [8]

Isso porque não há qualquer pessoa – entre acusados, testemunhas e informantes do juízo – que afirme ser o responsável pelo depósito na conta bancária de JAIR DE SOUZA LIMA. Também é de se lembrar que ninguém viu quem efetuou questionado depósito.

Ainda que admissível no direito processual penal brasileiro a utilização da testemunha referida, o magistrado SÉRGIO RICARDO DE SOUZA lembra que "*é importante, quando de sua colheita, a indagação e exame da fonte que originou tal reconhecimento, para que seja efetivamente levado em conta por ocasião da valoração, qual a credibilidade daquele meio que propiciou o conhecimento do assunto e até que ponto os fatos ou informações obtidos servem para a formação do convencimento do julgador.*" [9]

Verificando-se que a acusação de que a hospedagem em Guaíra (PR) foi custeada por dinheiro público é sustentada apenas nos depoimentos prestados por LINDOMAR DE OLIVEIRA, EDIVALDO CANGUSSU MEIRA e PAULO CÉSAR FRANJOTI, mas não encontra lastro nas demais provas dos autos, há que se reconhecer a insuficiência de provas para a condenação.

Este é o entendimento da jurisprudência pátria:

> O Estado deseja a paz social e quer reprimir adequadamente qualquer conduta ilícita, mas para impor-se ao respeito social, precisa fazê-lo segundo as normas que ele próprio editou e que exigem prova cabal da ilicitude, o que inexiste nestes autos, e sem tais provas, há de imperar o "princípio da inocência", assegurado constitucionalmente. Ainda que o testemunho policial mereça nosso integral respeito, se tais policiais limitam-se a repetir o que teria dito terceira testemunha, que não veio a juízo confirmar suas palavras, e que em sede extrajudicial renega o que teria dito, desmentindo os policiais, não se tem sequer indícios, e a absolvição é imperativa. Recurso provido para absolver o recorrente. [10]

Assim sendo, é de ser refutada a imputação do crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Desta forma, o juízo condenatório deve abranger apenas RUBENS FREIRE MARINHO, JOÃO CARLOS TEODORO, JAIR DE SOUZA LIMA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, LINDOMAR DE OLIVEIRA e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA, quanto ao crime do art. 299, do Código Penal.

Em razão disso, deve-se analisar o pedido subsidiário de EDIVALDO CANGUSSU MEIRA e LINDOMAR DE OLIVEIRA para que haja o reconhecimento da extinção da punibilidade, por ocorrência da delação premiada (art. 13, da Lei n. 9.807/99) ou, ao menos, o reconhecimento da causa de diminuição do art. 14, da referida norma legal.

Para a adequada compreensão do instituto em apreço, faz-se necessária a transcrição dos referidos dispositivos legais:

8 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, vol. I, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 616

9 **Manual da prova penal constitucional**: pós-reforma de 2008, Curitiba: Juruá, 2008, p. 186.

10 TJMG, ACr n. 1.0024.99.094658-4/001, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Augusto Fortes Braga, julgado em 13.6.2006, DJ de 30.6.2006.

> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
>
> I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
>
> II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
>
> III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.
>
> Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.
>
> 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-se detidamente os elementos contidos nos 2 (dois) dispositivos legais, constata-se que a aplicação do perdão judicial ou da causa de diminuição de pena depende da presença de alguns requisitos legais, tais como a primariedade, a colaboração efetiva e voluntária, a identificação dos demais coautores ou partícipes, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

É evidente que os requisitos dos incisos II e III são absolutamente inócuos para o crime de falsidade ideológica, já que este não possui pessoa física como vítima e nem produto do crime como resultado.

No caso concreto, conclui-se que os réus LINDOMAR DE OLIVEIRA e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA não fazem jus à benesse da delação premiada, por não preencherem os demais requisitos. Apenas a primariedade dos agentes restou presente.

É fácil constatar a inexistência de colaboração efetiva e voluntária com a investigação. Aliás, o procedimento investigatório teve início com a representação do Prefeito Municipal RUBENS FREIRE MARINHO, que imputava as condutas denunciadas apenas aos vereadores.

Assim sendo, as declarações de LINDOMAR e EDIVALDO somente se deram após a instauração de procedimento de investigação por parte do *Parquet*, em que já se encontravam as fotocópias dos instrumentos de confissão de dívida fictícia, portanto devidamente identificados os coautores do delito.

Desta forma, resta inviável a pretensão de aplicação dos institutos dos artigos 13 e 14, da Lei n. 9.807/99. Este é o entendimento da jurisprudência dominante:

> O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. Todavia, apesar de o paciente haver confessado sua participação no crime, contando em detalhes toda a atividade criminosa e incriminando seus comparsas não há nenhuma informação nos autos que ateste o uso de tais informações para fundamentar a condenação dos outros envolvidos, pois a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso se deram, principalmente pelas interceptações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais. [11]

11 STJ, *HC* n. 90.962/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. convocado do TJ/CE), julgado em 19.5.2011, DJ de 22.6.2011.

> A utilização de parte das declarações do réu, no *decisum* condenatório, para se comprovar a autoria do mandante do crime não é circunstância, por si só, eficiente para caracterizar o direito ao benefício da delação premiada, que reclama do acusado a colaboração e a cooperação não demonstradas na hipótese. [12]
>
> É orientação desta Corte de Justiça que para ser concedido o benefício da delação premiada, faz-se necessária a efetiva colaboração, isto é, que as informações e declarações prestadas pelo paciente sejam relevantes e que venham a contribuir de fato com as investigações, seja na identificação dos demais corréus e partícipes, bem como na localização da vítima ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. [13]
>
> A aplicação do benefício da delação premiada exige a colaboração efetiva e eficaz do agente, de forma a propiciar a identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, bem como a recuperação total ou parcial do produto do crime. [14]

Antes da dosimetria de pena dos réus condenados, deve-se lembrar que RUBENS FREIRE MARINHO, JOÃO CARLOS TEODORO, JAIR DE SOUZA LIMA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, LINDOMAR DE OLIVEIRA e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA fizeram inserir declaração falsa, com o fim de criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, incidindo no tipo penal do art. 299, do Código Penal, quanto aos documentos de f. 82-6 e 96-100.

Em tais condições, imperioso reconhecer que os agentes praticaram 5 (cinco) crimes de falsidade ideológica, em concurso de agentes, eis que "*mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes*" (art. 71, do Código Penal).

Quanto ao documento de f. 115 e 117 é nítido que envolve apenas os acusados RUBENS FREIRE MARINHO e JOÃO CARLOS TEODORO, portanto estes acusados devem ter a continuidade delitiva reconhecida entre 06 (seis) crimes, enquanto os demais são condenados por 5 (cinco) infrações.

O jurista GUILHERME DE SOUZA NUCCI leciona que "*no crime continuado, o único critério a ser levado em conta para dosar o aumento (1/6 a 2/3, no* caput*, e até o triplo, no parágrafo único, do art. 71) é o número de infrações praticadas.*" [15]

Este entendimento é sedimentado no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> *HABEAS CORPUS* – ESTELIONATO – DOSIMETRIA – CONCURSO DE CRIMES – SEIS DELITOS – CONTINUIDADE DELITIVA – AUMENTO DA REPRIMENDA DE 1/2 (METADE) – PROPORCIONALIDADE – NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS – CRITÉRIO OBJETIVO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
>
> 1. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o aumento da pena pela continuidade delitiva se faz tão somente em razão do número de infrações praticadas (critério objetivo).
>
> 2. Verificada a prática de 6 (seis) delitos de estelionato, correto o aumento de 1/2 (metade) procedido por força do crime continuado. Precedentes.
>
> 3. Ordem denegada. [16]

12 STJ, *HC* n. 114.648/RJ, Sexta Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26.4.2011, DJ de 4.5.2011.
13 STJ, *HC* n. 118.030/SP, Quinta Turma,Rrel. Min. Jorge Mussi, julgado em 1.10.2009, DJ de 26.10.2009.
14 TJRO, ACr n. 0000264-39.2011.8.22.0003, Rel. Des. Zelite Andrade Carneiro, julgado em 15.9.2011, DJ de 21.9.2011.
15 Código Penal comentado, 10. ed., São Paulo: **RT**, 2010, p. 468.
16 *HC* n. 149.897/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 12.4.2011, DJ de 3.5.2011.

Destarte, às penas de RUBENS FREIRE MARINHO e JOÃO CARLOS TEODORO deve incidir a causa de aumento do art. 71, do Código Penal, no patamar de 1/2 (metade), enquanto as reprimendas de JAIR DE SOUZA LIMA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, LINDOMAR DE OLIVEIRA e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA serão majoradas em 1/3 (um terço).

É de se lembrar que os réus GILVAN ANTÔNIO PERIN e ARLINDO PERIN foram absolvidos de todas as acusações, portanto a fase de dosimetria de pena deve alcançar os demais, nos termos do art. 68, do Código Penal.

Em relação ao acusado RUBENS FREIRE MARINHO, quanto às circunstâncias do art. 59, do Código Penal, observa-se que: sua **culpabilidade** ultrapassou sobremaneira os limites normais do tipo penal em comento, pois – não satisfeito com o cargo de Prefeito Municipal – articulou um plano para assegurar a "governabilidade" da Câmara de Vereadores de Japorã; não há comprovação de registro de **antecedentes** do réu (f. 298, 334 e 345); não existem elementos que prejudiquem sua **conduta social**, visto que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade, tanto que escolhido para cargo eletivo; sua **personalidade** deve ser tida como neutra, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; os **motivos do crime** o prejudicam, uma vez que todas as confissões de dívida tinham o fito de impedir a independência do Poder Legislativo municipal; as **circunstâncias** e as **consequências** do crime fogem da normalidade, porquanto os envolvidos convocaram o Tabelião do município para ir até o prédio da Prefeitura, a fim de uniformizar a prática delitiva; e, por fim, não há elementos para análise do **comportamento da vítima**.

Ponderadas as circunstâncias judiciais, a pena-base deve ser fixada em 3 (três) anos de reclusão, e 100 (cem) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente a época dos fatos.

Não havendo atenuantes, agravantes ou causas de diminuição a incidir na dosimetria, a aplicação da continuidade delitiva no patamar de 1/2 (metade) conduz a reprimenda ao patamar de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 150 (cento e cinquenta) dias-multa, que resta definitiva, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

Tendo em consideração os preceitos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, a pena deve ser cumprida no regime inicialmente semiaberto.

Em relação ao acusado JOÃO CARLOS TEODORO, quanto às circunstâncias do art. 59, do Código Penal, observa-se que: sua **culpabilidade** ultrapassou sobremaneira os limites normais do tipo penal em comento, pois seu envolvimento direto no plano para assegurar a "governabilidade" da Câmara de Vereadores de Japorã tinha por objetivo galgar o cargo de Presidente daquela Casa de Leis; não há comprovação de registro de **antecedentes** do réu (f. 299, 335 e 346); não existem elementos que prejudiquem sua **conduta social**, visto que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade, tanto que escolhido para cargo eletivo; sua **personalidade** deve ser tida como neutra, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; os **motivos do crime** o prejudicam, uma vez que todas as confissões de dívida tinham o fito de impedir a independência do Poder Legislativo municipal; as **circunstâncias** e as **consequências** do crime fogem da normalidade, porquanto os envolvidos convocaram o Tabelião do município para ir até o prédio da Prefeitura, a fim de uniformizar a prática delitiva; e, por fim, não há elementos para análise do **comportamento da vítima**.

Ponderadas as circunstâncias judiciais, a pena-base deve ser fixada em 3 (três) anos de reclusão, e 100 (cem) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente a época dos fatos.

Não havendo atenuantes, agravantes ou causas de diminuição a incidir na dosimetria, a aplicação da continuidade delitiva no patamar de 1/2 (metade) conduz a reprimenda ao patamar de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 150 (cento e cinquenta) dias-multa, que resta definitiva, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

Tendo em consideração os preceitos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, a pena deve ser cumprida no regime inicialmente semiaberto.

É induvidoso que, à exceção dos 2 (dois) primeiros acusados, as condições fáticas e jurídicas dos demais acusados são idênticas.

Assim sendo, em relação aos acusados JAIR DE SOUZA LIMA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, LINDOMAR DE OLIVEIRA e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA, quanto às circunstâncias do art. 59, do Código Penal, observa-se que: a **culpabilidade** está acima dos limites normais do tipo penal em comento, pois tinham consciência de que o círculo de confissões de dívidas fictícias seria utilizado para neutralizar a independência entre os Poderes Executivo e Legislativo do município de Japorã; não há comprovação de registro de **antecedentes** dos réus (f. 300-3, 308, 316, 336-9 e 347-50); não existem elementos que prejudiquem suas **condutas sociais**, visto que aparentam ser pessoas inseridas de forma tranquila na sociedade, tanto que escolhidos para cargos eletivos; a **personalidade** deve ser tida como neutra, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; os **motivos do crime** devem ser tidos por neutros, uma vez que o afastamento da independência do Poder Legislativo Municipal já fora abordado na análise da culpabilidade; as **circunstâncias** e as **consequências** do crime fogem da normalidade, porquanto os envolvidos convocaram o Tabelião do município para ir até o prédio da Prefeitura, a fim de uniformizar a prática delitiva; e, por fim, não há elementos para análise do **comportamento da vítima**.

Ponderadas as circunstâncias judiciais, as penas-base devem ser fixadas em 2 (dois) anos de reclusão, e 80 (oitenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente a época dos fatos, para cada réu.

Não havendo atenuantes, agravantes ou causas de diminuição a incidir na dosimetria, a aplicação da continuidade delitiva no patamar de 1/3 (um terço) conduz as reprimendas ao patamar de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 106 (cento e seis) dias-multa, que restam definitivas, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

Tendo em consideração os preceitos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, as penas devem ser cumpridas no regime inicialmente aberto.

RUBENS FREIRE MARINHO e JOÃO CARLOS TEODORO não fazem jus à substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto as reprimendas finais ultrapassam o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Já os acusados JAIR DE SOUZA LIMA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, LINDOMAR DE OLIVEIRA e EDIVALDO CANGUSSU MEIRA preenchem todos os requisitos necessários para a conversão de pena, devendo ser a reprimenda substituída por 2 (duas) restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal, nos moldes do art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal.

Ao contrário do previsto no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 201/67, a condenação pelos delitos previstos na legislação ordinária não enseja a automática perda do cargo eletivo, conforme dispõe o art. 92, parágrafo único, do Código Penal. Desta forma, é necessária a manifestação explícita desta Corte acerca da questão.

Para adequada compreensão da *quaestio*, transcreve-se o dispositivo legal:

> Art. 92**.** São também efeitos da condenação:
>
> I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

> a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
>
> b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.
>
> [...]
>
> Parágrafo único**.** Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Revolvendo outra vez as condutas praticadas pelos acusados, é nítido o desprezo que nutrem pelo Estado Democrático de Direito, orientando suas atuações políticas por seus interesses pessoais, em detrimento dos anseios daqueles que neles depositaram sua confiança: o povo.

Em virtude da pusilanimidade das condutas dos réus, a orientação moral e ética recomendaria seus afastamentos da vida pública. Contudo, o Direito Penal é orientado pelo princípio da legalidade e o art. 92, do Código Penal, estabelece balizas para a aplicação da perda do cargo público.

Observando-se que os crimes não foram praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, não é possível aplicar o requisito temporal previsto no art. 92, I, "a", do Código Penal.

Assim sendo, em consideração aos aspectos subjetivos já mencionados e ao requisito temporal previsto no art. 92, I, "b", do Código Penal, RUBENS FREIRE MARINHO e JOÃO CARLOS TEODORO perdem o cargo, função pública e/ou mandato eletivo, como efeito desta condenação.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a AÇÃO PENAL, para condenar RUBENS FREIRE MARINHO, JOÃO CARLOS TEODORO, LINDOMAR DE OLIVEIRA, JAIR DE SOUZA LIMA, EDIVALDO CANGUSSU MEIRA e LUIZ DA SILVA FRANCISCO pela imputação do art. 299, do Código Penal; para absolver RUBENS FREIRE MARINHO dos crimes previstos nos artigos 158 e 160, do Código Penal, e para absolver RUBENS FREIRE MARINHO, JOÃO CARLOS TEODORO, LINDOMAR DE OLIVEIRA, JAIR DE SOUZA LIMA, EDIVALDO CANGUSSU MEIRA, LUIZ DA SILVA FRANCISCO, ARLINDO PERIN e GILVAN ANTÔNIO PERIN dos delitos do art. 1º, II e V, do Decreto-Lei n. 201/67.

As custas processuais devem ser divididas entre os condenados, proporcionalmente.

Imediatamente, comunique-se ao TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL, à zona eleitoral em que os condenados são eleitores, para a observância das disposições da Lei Complementar n. 64/09, especialmente da condição de inelegibilidade do art. 1º, I, "e", 1, daquele diploma legal.

Após o trânsito em julgado, sejam lançados os nomes dos condenados no rol dos culpados; expeça-se guia de execução de pena, e oficie-se ao Instituto de Identificação do Estado e ao Cartório Distribuidor.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Revisor)

O Ministério Público Estadual denunciou Rubens Freire Marinho, prefeito do município de Japorã, e os vereadores João Carlos Teodoro, Lindomar de Oliveira, Luiz da Silva Francisco e Jair de Souza Lima, pelas condutas descritas nos art. 1º, II e V, do Decreto-Lei n. 201/67 e art. 299 do Código Penal, c/c art. 29, *caput*, do CP. Rubens Freire Marinho foi ainda denunciado pelas condutas descritas nos arts. 158 e 160 do CP, e Arlindo Perin e Gilvan Antônio Perin pelas infrações do art. 1º, II e V, do Decreto-Lei n. 201/67 c/c com o art. 29 do CP.

1. Do crime de falsidade ideológica.

O crime de falsidade ideológica está exaustivamente comprovado nos autos, seja por declarações testemunhais ou pela própria confissão dos réus; o único que nega participação na confecção das confissões de dívidas fictícias é o Prefeito Municipal, entretanto, o conjunto probatório deixa evidente sua participação.

2. Do crime de extorsão em relação ao réu Rubens Freire Marinho.

Não houve prova de que tenha havido violência ou grave ameaça por parte do Prefeito, devendo ele ser absolvido do crime previsto no art. 158 do CP. As confissões de divida fictícias foram fruto da vontade de todos os participantes, a fim de assegurar acordo político, embora desentendimento posterior tenha levado os envolvidos a divulgarem os eventos criminosos sob análise.

3. Do crime de extorsão indireta.

Observa-se que o tipo penal descrito no art. 160 do CP destina-se a incriminar o credor inescrupuloso, quando este exige ou recebe de alguém, como garantia de dívida, documento que possa dar causa a procedimento criminal, contra a vítima ou terceiro. Tem como objetivo jurídico o patrimônio. Desse modo, considerando que a intenção, o dolo específico, não era receber por dívida, e sim garantir favores políticos, não há falar em extorsão indireta.

4. Do Crime previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto –Lei n. 201/67.

O Relator entendeu pela absolvição dos acusados, sob argumento de que o pagamento da hospedagem dos vereadores em hotel, não se enquadra no peculato de uso. Acompanho-o.

5. Do crime previsto no art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/67 – ordenar ou efetuar despesas na autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes.

A prova é insuficiente, pois alguns dos vereadores afirmaram terem reembolsado o vereador João Carlos Teodoro, que emitiu o cheque para pagar o hotel e não há prova de que este tenha sido reembolsado pela Prefeitura.

9. Da delação premiada.

Inaplicável ao caso, pois as declarações de Lindomar e Edivaldo somente se deram após a instauração de procedimento de investigação pelo *parquet,* em que já se encontravam fotocópias dos instrumentos de confissão de dívida fictícia.

7. Quanto à continuidade delitiva e dosimetria da pena, também acompanho o entendimento esposado pelo relator.

Desse modo, acompanho na íntegra o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (3º Vogal)

Compulsando os autos, verifica-se que o patrono do réu Rubens Freire Marinho foi desconstituído pelo relator, em razão do abandono (falta de apresentação das alegações finais). Ato contínuo, o processo foi encaminhado para a Defensoria Pública, que a fez, sem a sua intimação pessoal, para que pudesse constituir novo advogado.

Esse fato, a primeira vista, poderia conferir a idéia de nulidade, ante a possível violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa.

Contudo, ao realizar pesquisa jurisprudencial sobre o assunto, verifiquei que o Supremo Tribunal Federal possui posicionamento tranquilo no sentido de que, em casos de abandono do defensor constituído, pode o juiz nomear defensor dativo, ou mesmo encaminhar à defensoria, sem intimação do réu. Destaco os seguintes precedentes:

> Se o defensor constituído abandona o processo, o juiz nomeará defensor dativo para a defesa do réu. Desnecessidade de intimação do réu para constituir novo defensor, certo que o réu poderá constituir novo defensor em qualquer fase do processo.[17]

> Não havendo renúncia do defensor, não há que se cogitar de nulidade por falta de intimação do réu para constituir novo defensor.[18]

Conclui-se, assim, que a intimação do réu para que constitua outro defensor, querendo, só se exige quando ocorre a renúncia do defensor constituído. Não é, todavia, necessária, quando o defensor apenas falta ao dever de atuar, mas não renuncia.

Entrementes, apesar do paralelo realizado com o artigo 396-A do CPP, introduzido pela Lei n. 11.719/08, não merece prosperar a assertiva de que estaria indefeso, desde a fase preliminar do artigo 4º, da Lei n. 8.038/90.

Isso porque, na referida fase, se verifica, apenas, se estão ou não presentes os requisitos necessários para o recebimento da denúncia, sem qualquer incursão no mérito da causa, sendo induvidoso que em caso positivo, as partes terão a oportunidade de se insurgir, por meio de defesa técnica, consoante previsão do artigo 8º, da citada lei.

Desse modo, não se vislumbra as irregularidades no feito, apontadas nos memoriais encaminhados pelo réu Rubens Freire Marinho.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (6º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do Des. Manoel, após o Relator, Revisor, Des. Claudionor e Romero julgarem parcialmente procedente a ação. Os Des. Francisco e Brandes aguardam. Declarou-se impedida a Des. Marilza.

VOTO (Em 13.3.2012)

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1º Vogal)

De acordo com o voto do relator. Pedi vista somente para analisar a dosimetria da pena e, feita a minha avaliação, entendi que, realmente, não tenho nada a opor contra a decisão do relator.

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (4º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

17 HC n. 76.850/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 16.10.1998.

18 HC n. 80251/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 2908.2000.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. IMPEDIDA A DESª. MARILZA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Francisco Gerardo de Sousa, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 13 de março de 2012.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança n. 2011.036671-3 - Nova Andradina
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO PENAL – ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – DECISÃO QUE REJEITA O RECURSO DE APELAÇÃO – HIPÓTESE DO ART. 584, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONCESSÃO.

Nos termos do art. 581, XV, do Código de Processo Penal, a decisão que rejeita o processamento do recurso de apelação é impugnável pelo recurso em sentido estrito, o qual, neste caso específico, deve ser recebido com efeito suspensivo, ante a expressa previsão do art. 584, do mesmo *Codex*.

Mandado de Segurança impetrado pela defesa a que se concede, ante a evidente adequação do caso concreto à hipótese do art. 584, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

José Carlos dos Santos Antunes impetra Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato do Juiz de Direito da vara criminal da comarca de Nova Andradina, consistente na decisão que ao receber o recurso em sentido estrito interposto contra o *decisum* que rejeitou Apelação anteriormente manejada, deixou de atribuir-lhe efeito suspensivo.

Informa que contra si foi instaurada a Ação Penal n. 017.09.000293-4, a fim de apurar a suposta prática tentada do crime do art. 34, parágrafo único, II (pesca irregular), da Lei n. 9.605/98, sendo-lhe oferecida a proposta de suspensão condicional do processo, a qual foi aceita pelo impetrante (f. 12-24 e 28).

Narra que por ocasião do oferecimento da denúncia, o *Parquet* requereu a perda dos instrumentos apreendidos e utilizados para o cometimento do delito (f. 18), todavia, a autoridade coatora indeferiu tal pedido, conforme decisão de f. 19.

Posteriormente, o magistrado *a quo* determinou a perda do barco, do motor de popa e dos anzóis de galho em poder do impetrante (f. 29-31), com fulcro no art. 25, da Lei n. 9.605/98.

Irresignado, o impetrante interpôs recurso de Apelação (f. 33-51), o qual, por sua vez, não foi recebido pela autoridade coatora (f. 60).

Em vista de tal circunstância, José Carlos manejou Recurso em Sentido Estrito (f. 61-84), com base no art. 581, XV, do Código de Processo Penal, contudo, o magistrado singular, apesar de recebê-lo, não lhe conferiu efeito suspensivo.

Sustenta que possui o direito líquido e certo de que o recurso interposto seja recebido com efeito suspensivo, para que a ordem de entrega dos bens móveis apreendidos seja suspensa até o julgamento daquele, ante a expressa previsão do art. 584, do Estatuto Processual Penal.

Pugnou pelo deferimento de liminar e, ao final, a concessão da segurança;

A liminar foi deferida (f. 126-9), e a autoridade coatora prestou as informações (f. 133).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem (f. 137-8).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Após detida análise da questão, verifica-se que os fundamentos que justificaram o deferimento do pedido liminar não merecem modificação.

Com efeito, segundo restou assentado, *verbis* (f. 128):

> Deveras, ao que se extrai do feito, a autoridade coatora negou-se a conferir efeito suspensivo ao RECURSO EM SENTIDO ESTRITO manejado pelo impetrante, sob o argumento de que o mesmo não demonstrou o prejuízo com a decisão prolatada (f. 122), contrariando a expressa previsão legal contida no art. 584, do Código de Processo Penal, de acordo com o qual:
>
> Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos n. XV, XVII e XXIV do art. 581.
>
> Há de se anotar que pela dicção do mencionado dispositivo legal, a "demonstração de prejuízo" não constitui circunstância que vincule a conferência de efeito suspensivo ao RECURSO EM SENTIDO ESTRITO interposto com base no art. 581, XV, do Código de Processo Penal, de modo que tal exigência mostra-se de todo ilegal.

É certo que a autoridade apontada como coatora insiste na tese de que o *decisum* prolatado encontra-se em conformidade com a lei, asseverando (f. 133):

> O recorrente insurge-se contra ato deste magistrado que não conferiu efeito suspensivo a recurso em sentido estrito manejado contra decisão que não recebeu a apelação. Na ocasião, afirmei que o recorrente não comprovara prejuízo.
>
> Ora, se o impetrante tivesse interposto o recurso correto, o Tribunal de Justiça examinaria certos requisitos para conferir efeito suspensivo ao recurso, como se dá nos agravos, por exemplo. Assim, o fato de ter interposto o recurso incorreto não pode operar a seu favor, isto é, não é porque impetrou apelação no lugar de outro recurso que deve acabar beneficiado com a automática concessão do efeito suspensivo.
>
> Dito de outra forma: se tivesse interposto o recurso correto, que não é a apelação, não teria direito a efeito suspensivo automático. Contudo, depois de interpor o recurso errado, quer ver reconhecido um automático efeito suspensivo.

> A julgar pelo argumento esposado neste mandado de segurança, basta ao advogado, se quiser suspender todo e qualquer processo criminal, interpor apelação, mesmo que de uma simples decisão interlocutória. O juiz não a receberá, mas o recurso em sentido estrito daí manejado deverá, como quer o impetrante, ser necessariamente recebido em efeito suspensivo.
>
> Para ser mais claro: o recurso em sentido estrito acabaria ganhando mais força do que o *habeas corpus*.

Malgrado a argumentação expendida, *mister* relembrar que a discussão a respeito do cabimento ou não da Apelação anteriormente interposta pelo impetrante deve ser objeto de julgamento nos autos do questionado Recurso em Sentido Estrito, que, por sua vez, é o instrumento processual adequado para impugnação da decisão que rejeita o apelo já em seu nascedouro.

De fato, sabido é que *"apenas há de ser concedido o efeito suspensivo nas hipóteses elencadas no rol do artigo 584, do código de processo penal"* [1] e, também, que *"o rol previsto no art. 584 do CPP, que regula os casos em que é cabível o efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, é taxativo, não se podendo conceder aquele efeito em hipóteses ali não previstas."* [2]

Assim, embora todo o seu inconformismo com a previsão legal, não resta dúvida de que ao julgador singular caberia receber o RECURSO EM SENTIDO ESTRITO manejado e conferir-lhe o efeito suspensivo previsto expressamente no art. 584, do Código de Processo Penal.

Aliás, a doutrina é bem clara ao discorrer sobre o tema, assentando que:

> As hipóteses em que o recurso ora tratado sofre o efeito suspensivo são naqueles casos alinhados no art. 584, do Código de Processo Penal: perda da fiança (n. VII, parte final) e que denegar a apelação ou a julgar deserta (n. XV), sendo certo que a suspensividade no caso de denegação somente se lastreia despacho denegatório, não tendo nenhuma repercussão sobre o recurso de apelação da sentença condenatória, gerando ela seus efeitos normais, o que possibilita, inclusive, a expedição do mandado de prisão. [3]

Ante o exposto, concedo a segurança, ratificando a liminar deferida, a fim de conferir efeito suspensivo ao RECURSO EM SENTIDO ESTRITO interposto pelo impetrante contra a decisão que denegou o processamento do apelo anteriormente manejado.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos e Manoel Mendes Carli, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2012.

***

1 TJDF, ACr n. 2010.01.1.112997-5, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Alfeu Machado, DJ de 7.10.2010, p. 146.

2 TJMG, MS n. 0495134-06.2010.8.13.0000, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Fortuna Grion, julgado em 15.2.2011, DJ de 3.3.2011.

3 MOSSIN, Heráclito Antônio, *Recursos em Matéria Criminal: doutrina, jurisprudência, modelos de petição*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 253.

Segunda Câmara Criminal
Agravo Criminal n. 2012.006242-3 - Dois Irmãos do Buriti
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – CONDENAÇÃO ORIUNDA DA JUSTIÇA FEDERAL – NATUREZA HEDIONDA DA CONDUTA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM PRESÍDIO ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA – NULIDADE – PREJUDICIALIDADE.

Havendo condenação por tráfico de drogas emanada da Justiça Federal, em que é reconhecida expressamente a natureza hedionda do crime, não é admissível que o Juízo da Execução Penal – da Justiça Estadual – afaste a hediondez, mormente quando se trata de execução provisória de pena.

A Lei n. 7.210/84 determina que o Juízo da Execução Penal decida sobre a progressão de regime (art. 66, III, "b"); tal competência, entretanto, não lhe possibilita alterar critério estabelecido expressamente pela condenação.

Agravo de Execução Penal que se julga prejudicado, em decorrência do reconhecimento da nulidade absoluta da decisão recorrida, por usurpação da competência originária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso.

Campo Grande, 19 de março de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O Ministério Público Estadual interpõe Agravo de Execução Penal objetivando a reforma da decisão (f. 3-7) que afastou a hediondez da condenação pelo crime de tráfico de drogas do reeducando Silvonei Amancio Lima e, conseqüentemente, determinou a elaboração de cálculo de pena considerando as frações de crime comum para progressão de regime e livramento condicional.

Sustenta o reconhecimento do caráter hediondo da conduta perpetrada pelo agravado, visto que decorrente da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, devendo ser aplicados os ditames da Lei n. 8.072/90 (f. 8-31).

A decisão foi mantida pelo juízo *a quo* (f. 41).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 63-73).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento (f. 78-80-vº).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe Agravo de Execução Penal objetivando a reforma da decisão (f. 3-7) que afastou a hediondez da condenação pelo crime de tráfico de drogas do reeducando Silvonei Amancio Lima e, conseqüentemente, determinou a elaboração de cálculo de pena considerando as frações de crime comum para progressão de regime e livramento condicional.

Consta dos autos que, aos 19 de maio de 2010, em fiscalização realizada pela Polícia Federal, na BR-463, Posto Fiscal Pacuri, no interior do ônibus da Viação Expresso Queiroz, o recorrido foi surpreendido transportando 45 (quarenta e cinco) frascos de "lança-perfume", que havia adquirido no Paraguai e pretendia transportar até Campo Grande (f. 43).

O reeducando foi sentenciado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa pela Juíza Federal da 5ª Subseção da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul (f. 42-60).

Frisa-se, inicialmente, que a execução penal do recorrido é provisória, uma vez que não houve trânsito em julgado de sua condenação na Justiça Federal.

Aliás, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário (SAJ) e ao *site* do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, constata-se que o agravado foi beneficiado pelo afastamento da hediondez – pelo juízo da execução penal – antes mesmo de ter sido oficialmente intimado da sentença condenatória.

Desta forma, constatando-se que a sentença condenatória foi clara em determinar que "*a progressão do regime de cumprimento de pena deverá ser realizada nos moldes do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, alterado pela Lei n. 11.464/07*" (f. 59), a determinação do magistrado da Justiça Estadual que afasta a hediondez francamente invade atribuição que não é sua.

Lembra-se, ainda, que o art. 66, III, "b", da Lei n. 7.210/84, não autoriza o juízo da execução penal a decidir acerca das regras para a progressão, quando a lei o fez *in abstrato* e a sentença *in concreto*.

O referido dispositivo estabelece a competência do magistrado para efetivo cumprimento da pena imposta, ou seja, uma vez constatados os requisitos exigidos por lei, deve determinar a progressão ou a regressão de regime ao caso concreto.

Ante o exposto, *ex officio*, reconheço a nulidade da decisão recorrida, por usurpação de competência da Justiça Federal, e por consequência, julgo prejudicado o recurso manejado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Os autos devem retornar à origem para confecção de novo cálculo de pena, desconsiderando-se a decisão de f. 3-7.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 19 de março de 2012.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2011.028736-9/0001-00 - Miranda
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – INSIGNIFICÂNCIA – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A VÍTIMA – PERICULOSIDADE DO AGENTE NÃO DEMONSTRADA RÉU NÃO DEMONSTRADA – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Aplica-se o princípio da insignificância quando, além de se tratar de bem de valor reduzido, restar demonstrado que houve restituição à vítima, sem maiores consequências nefastas.

Sem a comprovação de outros fatores negativos (periculosidade da ação, lesividade concreta ao bem jurídico protegido), a mera constatação de que o acusado seja alvo de outros processos criminais não é suficiente para impedir o reconhecimento do princípio da insignificância, principalmente se não fica comprovada a reiteração delitiva específica contra determinado bem jurídico.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Des. Dorival e Manoel, contra o parecer. Ausentes, por férias, os Des. Contar e Francisco Gerardo.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de Embargos Infringentes em Apelação Criminal, interpostos por Edson Pires Sabale, em face do acórdão que, por maioria, negou provimento ao recurso defensivo, por entender ser inviável a aplicação do princípio da insignificância (f. 192-198).

Objetiva o prevalecimento do voto vencido da relatora, Desª. Marílza Lúcia Fortes, que dava provimento ao apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (f. 235-241).

VOTO

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

Trata-se de Embargos Infringentes em Apelação Criminal, interpostos por Edson Pires Sabale, em face do acórdão que, por maioria, negou provimento ao recurso defensivo, por entender ser inviável a aplicação do princípio da insignificância (f. 192-198).

Objetiva o prevalecimento do voto vencido da relatora, Desª. Marílza Lúcia Fortes, que dava provimento ao apelo.

Para melhor compreensão, segue no que aqui importa, o voto dissidente:

O apelante pede a absolvição, com base no princípio da insignificância, alegando que sua conduta não produziu, em virtude de escassa lesividade, qualquer repercussão representativa no patrimônio da vítima.

Assiste-lhe razão.

Verifica-se nas certidões de f. 42-43 e 45, que o apelante responde a duas ações penais e a vários termos circunstanciados de ocorrência, inexistindo condenação definitiva. Portanto, nos termos da Súmula n. 444 do STJ[1], não possui antecedentes criminais.

Ademais, não há como negar que o fato de ter furtado uma bicicleta, avaliada em R$ 120,00 (f. 28), que foi restituída à vítima Tiago Gonçalves da Silva (f. 11), no dia seguinte aos fatos, é insignificante, tratando-se, portanto, de fato atípico.

Nesse sentido vem decidindo reiteradamente o STJ:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO AGENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DE CARÁTER PESSOAL. NÃO-INFLUÊNCIA NA ANÁLISE DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
>
> 1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.
>
> 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.
>
> 3. A apropriação indébita de uma escada, avaliada em R$ 50,00, a qual foi restituída à vítima, embora se amolde à definição jurídica do crime, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzido e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.
>
> 4. As circunstâncias de caráter pessoal do agente, tais como a reincidência, os maus antecedentes e a personalidade do agente, não têm influência na análise da insignificância penal.

1 É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

5. Recurso especial improvido. (REsp n. 898.392/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 5.2.2009, DJ de 9.3.2009)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO TENTADO. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO AGENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DE CARÁTER PESSOAL. NÃO-INFLUÊNCIA NA ANÁLISE DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

3. A tentativa de subtração de uma bateria de 12 volts e um alicate, os quais foram restituídos à vítima, embora se amolde à definição jurídica do crime, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzido e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.

4. As circunstâncias de caráter pessoal do agente, tais como a reincidência, os maus antecedentes e a personalidade do agente, não têm influência na análise da insignificância penal.

5. Recurso especial improvido. (REsp n. 1008535/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 5.2.2009, DJ de 9.3.2009)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO DE PULSOS TELEFÔNICOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O pequeno valor da *res* furtiva não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão. Precedente desta Corte. 2. Consoante se constata dos termos da peça acusatória, a paciente foi flagrada fazendo uma única ligação clandestina em telefone público. Assim, o valor da *res* furtiva pode ser considerado ínfimo, a ponto de justificar a aplicação do Princípio da Insignificância ou da Bagatela, ante a falta de justa causa para a ação penal. 3. Não há notícia de reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa, sendo que a existência de outro processo em andamento não serve como fundamento para a inaplicabilidade do princípio da insignificância, em respeito aos princípios do estado democrático de direito, notadamente ao da presunção da inocência. 4. Ordem concedida, para trancar a ação penal instaurada contra a paciente. (*HC* n. 60.949/PE, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 20.11.2007, DJ de 17.12.2007, p. 235)

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da

insignificância, como derivação necessária do princípio da intervenção mínima do direito penal, busca afastar desta seara as condutas que, embora típicas, não produzam efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora; 2. Esta Corte vem entendendo, no que toca à aplicabilidade do princípio da insignificância, que não é a mera aferição do valor do bem subtraído que permite sua utilização, mas a conjugação tanto de requisitos objetivos - e.g. valor da *res*, ambiente social em que se deu o fato - quanto subjetivos; assim, deve-se avaliar eventuais registros criminais do acusado, objetivando, na hipótese de habitualidade delitiva, afastar o referido princípio, já que o agir delituoso repetitivo não poderia ser tolerado pelo ordenamento penal, ainda que fossem, individualmente, de pouca monta as lesões causadas; 3. Contudo, na hipótese dos autos, ainda que o paciente, denunciado pela tentativa de furto de sete reais e cinqüenta centavos, possua antecedentes, conforme exposto no acórdão combatido (f. 20), não se configura, todavia, aquele habitual *modus operandi* necessário ao afastamento do princípio da insignificância; 4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória prolatada pelo magistrado de primeiro grau. (*HC* n. 56.519/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 30.5.2006, DJ de 26.6.2006, p. 221)

CRIMINAL. *HC*. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS PELA AGENTE. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DELITO DE BAGATELA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO FAMÉLICO. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese em que o impetrante sustenta que a conduta da ré não se subsume ao tipo do art. 155 do Estatuto Repressor, em face do pequeno valor econômico das mercadorias por ela subtraídos, atraindo a incidência do princípio da insignificância. II. Embora a impetração não tenha sido instruída com o referido laudo de avaliação das mercadorias, verifica-se que mesmo que a paciente tivesse obtido êxito na tentativa de furtar os bens, tal conduta não teria afetado de forma relevante o patrimônio das vítimas. III. Atipicidade da conduta que merece ser reconhecida a fim de impedir que a paciente sofra os efeitos nocivos do processo penal, assim como em face da inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário para solucionar tal lide. IV. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. V. A *res* furtiva considerada - alimentos e fraldas descartáveis-, caracteriza a hipótese de furto famélico. VI. Deve ser concedida a ordem para anular a decisão condenatória e trancar a ação penal por falta de justa causa. VII. Ordem concedida, no termos do voto do Relator. (*HC* n. 62.417/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 19.6.2007, DJ de 6.8.2007, p. 557)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica, eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade). II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. III - No caso concreto, o valor da *res* furtiva equivale a uma esmola, configurando, portanto, um delito de bagatela. IV - Circunstâncias de caráter eminentemente pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não interferem no reconhecimento do princípio da insignificância. Recurso especial desprovido. (REsp n. 827.960/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12.9.2006, DJ de 18.12.2006, p. 497)

Desta forma, o princípio da insignificância deve ser reconhecido, já que a conduta do apelante é irrelevante para o Direito Penal.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso para absolver o apelante Edson Pires Sabale da prática do crime previsto no art. 155, caput, do CP, com fundamento no art. 386, III, CPP.

Os embargos devem ser acolhidos, a fim de que prevaleça o voto dissidente, acima transcrito.

Consta dos autos que o embargante, subtraiu uma bicicleta, em 5 de maio de 2009, ao sair de uma festa, e foi embora para a sua casa; mais tarde, acabou sendo descoberta a autoria delitiva, tanto que o bem subtraído encontrava-se em frente à residência do acusado.

Razão assiste ao embargante, porquanto a despeito de se tratar de bem móvel avaliado em R$ 120,00 (cento e vinte reais), conforme informação exposta no voto do Des. Dorival Moreira dos Santos (revisor), observa-se que a vítima não teve nenhum prejuízo, pois o bem foi devolvido, o que mais reforça a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

Ademais, outro fundamento citado no voto condutor refere-se ao fato de o embargante possuir antecedentes. A tese é admissível, inobstantes as recentes discussões no âmbito das cortes superiores a respeito do tema, que favorecem, em parte, os anseios da defesa.

De fato, a simples referência ao posicionamento recente do STJ, no sentido de que a existência de maus antecedentes ou de processos criminais em andamento não podem ser considerados como obstáculos ao reconhecimento do princípio da insignificância, é insuficiente como argumento favorável à tese defensiva.

Isso porque a desconsideração da reiteração delitiva em crimes da mesma espécie, por exemplo, sem nenhum critério diferenciador para cada caso concreto, pode levar à conclusão de que o Poder Judiciário prestigia a ocorrência de crimes contra o patrimônio, sem nenhum limite para o reconhecimento da atipicidade de algumas condutas.

Em casos que tais, o agente pratica um ou mais crimes num determinado período. Mais adiante, comete outros delitos, reiteradamente, enquanto aguarda julgamento pelas condutas perpetradas anteriormente.

É evidente que não haverá limite para a aplicação do princípio da insignificância, no caso da desconsideração, pura e simples, do histórico criminal comprovado de cada agente; por isso, todas as situações concretas deverão ser analisadas com a devida ponderação, evitando-se a indesejada padronização dos julgamentos.

Portanto, não seria possível, em tese, acolher a tese defensiva caso se tratasse de acusado que já fosse condenado por outros crimes, principalmente quando forem da mesma espécie e demonstrarem um incontrolável apreço do acusado pela ofensa a determinado bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Todavia, não é este o caso dos autos, em que os registros criminais do embargante na comarca de Miranda - com exceção da ação penal relativa ao presente recurso - referem-se a: 1) 3 Termos Circunstanciados n. 0201020-07.2011.8.12.0015 contravenção penal), n. 0201507-74.2011.8.12.0015 (motim de presos) e n. 015.10.100757-9 (desacato à autoridade), todos em curso perante o Juizado Especial Adjunto; 2) 1 Inquérito Policial relacionado com o crime de dano n. 0201788-30.2011.8.12.0015 e 3) Ação Penal que apura tentativa de homicídio qualificado n. 0200747-28.2011.8.12.0015.

Nenhum dos processos citados acima foi julgado, e são referentes a delitos diversos (dano, desacato à autoridade, motim de presos, tentativa de homicídio e contravenção penal).

Trata-se de atos voltados a vários bens jurídicos, e que ainda estão sendo objeto de investigação e de processo criminal, conforme o caso; portanto, a personalidade ou periculosidade do agente não está demonstrada no caso concreto, ao menos em relação à espécie delitiva ora estudada (crimes contra o patrimônio).

Com efeito, a vítima não foi atingida no que mais interessa, que é a perda do bem subtraído, pois, repise-se, a sua bicicleta restou devolvida.

Assim, não há se falar em ofensa ao bem jurídico tutelado pelo Estado (patrimônio) ou em periculosidade da ação, razão por que a conduta praticada pelo embargante é atípica, em face do reconhecimento do princípio da insignificância, devendo ser absolvido, com fulcro no art. 386, III, do CPP, nos termos do voto proferido pela Desª. Marílza Lúcia Fortes.

Em face do exposto, contrariando o parecer, dou provimento aos Embargos Infringentes interpostos por Edson Pires Sabale, a fim de fazer prevalecer o voto proferido pela Desª. Marílza Lúcia Fortes, e absolver o embargante da imputação referente ao crime de furto (art. 155, do CP), com fulcro no art. 386, III, do CPP.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Revisor)

Entendo que se deva aplicar o princípio da insignificância.

Portanto, acompanho o voto do relator.

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes (1ª Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (4º Vogal)

Nego provimento ao recurso. Mantenho o meu voto já proferido na apelação criminal.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (5º Vogal)

Acompanho o voto vencedor do Des. Dorival.

Nego provimento aos Embargos Infringentes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDOS OS DES. DORIVAL E MANOEL, CONTRA O PARECER. AUSENTES, POR FÉRIAS, OS DES. CONTAR E FRANCISCO GERARDO.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Dorival Moreira dos Santos e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 10 de janeiro de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.036088-3 - Dourados
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO E DE CORRUPÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS MEDICINAIS - PRETENDIDA RESTITUIÇÃO DO BEM ANTES DA DECISÃO DO PROCESSO PRINCIPAL – ÔNUS DA DEFESA DE COMPROVAR DE FORMA INEQUÍVOCA A LICITUDE E DESNECESSIDADE DO BEM AO PROCESSO – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Quando o pedido de liberação for formulado antes da decisão do processo principal, recai sobre o réu, corréu, partícipe ou terceiro de boa-fé o ônus de comprovar a licitude da origem dos bens. Já no momento da prolação da sentença condenatória, o ônus quanto à demonstração da origem dos bens volta a recair sobre o Ministério Público, que deverá comprovar a existência de prova de que os bens, direitos ou valores são objeto do delito.

Verificada uma estreita ligação entre a conduta ilícita praticada pelo motorista da empresa requerente com o veículo apreendido de sua propriedade, e, diante da ausência de elementos de prova produzidos pela apelante para justificar a restituição do bem, não é possível a restituição pretendida enquanto interessar ao processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 9 de janeiro de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Bytamed Medicamentos LTDA, representada por seus sócios João Ailton Brondino e Antônio dos Santos Martins interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformada com a sentença (f. 10-11), que indeferiu o pedido de restituição do bem apreendido na posse de Elio dos Santos Ribeiro, preso em flagrante pela prática de crime contra as relações de consumo e de corrupção de produto destinado a fins medicinais - autos n. 0001111-91.2009.8.12.0002.

A apelante, em suas Razões Recursais (f. 21-24), alegam em síntese, que o veículo não mais interessa ao feito e não se constitui em produto ou instrumento do crime. Requer, dessa forma, a restituição de imediato do bem apreendido, bem como o seu respectivo documento de propriedade.

O Ministério Público Estadual, em suas Contrarrazões Recursais (f. 27-34), pugna pelo improvimento do recurso defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu Parecer (f. 54-57), opina pelo provimento do recurso.

VOTO

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

Bytamed Medicamentos LTDA, representada por seus sócios João Ailton Brondino e Antônio dos Santos Martins interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformada com a sentença (f. 10-11), que indeferiu o pedido de restituição do bem apreendido na posse de Elio dos Santos Ribeiro, preso em flagrante pela prática de crime contra as relações de consumo e de corrupção de produto destinado a fins medicinais - autos n. 0001111-91.2009.8.12.0002.

A apelante, em suas Razões Recursais (f. 21-4), alegam em síntese, que o veículo não mais interessa ao feito e não se constitui em produto ou instrumento do crime. Requer, dessa forma, a restituição de imediato do bem apreendido, bem como o seu respectivo documento de propriedade.

O Ministério Público Estadual, em suas Contrarrazões Recursais (f. 27-34), pugna pelo improvimento do recurso defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu Parecer (f. 54-57), opina pelo provimento do recurso.

Consta dos autos que:

> [...] foi indeferido o pedido de restituição do veículo Blazer/Chevrolet, ano/modelo 1997/1997, cor prata, placas BKT 6233, de Ribeirão Preto/SP, chassi n. 9BG116ARVVC945254 apreendido no dia 31 de janeiro de 2009 na posse de ELIO DOS SANTOS RIBEIRO que, por volta das 17h, na residência situada na Rua Monte Alegre, n. 175, Bairro Jardim Tropical, Dourados, foi flagrado entregando medicamentos em condições impróprias para o consumo ao corréu Aristides Rodrigues, que os mantinha em depósito. Incidiu, pois, o Réu ÉLIO DOS SANTOS RIBEIRO na prática de crime contra as relações de consumo (art. 7º, IX, lei nº 8137/90 e corrupção de produto destinado a fins medicinais (art. 273, § 1º-B, do Código Penal c/c art. 1º, VII-B, Lei n. 8072/90).[...] (f. 29)

Requer a defesa a restituição do bem apreendido, sob o fundamento de que o veículo não mais interessa ao feito e não se constitui em produto ou instrumento do crime.

Em relação à restituição dos bens apreendidos, o art. 118, do Código de Processo Penal dispõe que *"Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo."*

Assim, enquanto for útil ao processo, não se devolve a coisa recolhida, até porque, fazendo-o pode-se não mais obtê-la de volta.

Note-se que se o pedido de liberação for formulado antes do processo principal, recai sobre o réu, corréu, partícipe ou terceiro de boa-fé o ônus de comprovar a licitude da origem dos bens. Já no momento da prolação da sentença condenatória, o ônus quanto à demonstração da origem dos bens volta a recair sobre o Ministério Público, que deverá comprovar a existência de prova de que os bens, direitos ou valores são objeto do delito de lavagem de capitais.

Essa autorização para inversão do ônus da prova vem expressamente prevista pela Convenção de Viena de 1988, que remete cada parte (país) a sua consideração. No art. 5º, nº 7, prevê: "*Cada uma das partes considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem ilícita do suposto produto ou bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios judiciais e outros procedimentos*".

Vertida a questão para os autos, a par do móvel que determinou a apreensão do veículo, diante da ausência de elementos de prova produzidos pela apelante para justificar a restituição do bem, tem-se que não é possível a restituição pretendida, porque embora a apelante não figure no polo passivo do processo em questão, verifica-se uma estreita ligação entre a conduta ilícita praticada pelo seu motorista com o veículo de sua propriedade, tendo em vista que a empresa Bytamed é do ramo de medicamentos e o Sr. Élio foi preso em flagrante entregando medicamentos impróprios para o consumo na residência de Aristides Rodrigues.

Outrossim, conforme informado pelo representante ministerial integrante do GAECO (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado) *"A empresa Bytamed medicamentos Ltda, localizada em Ribeirão Preto/SP, está sendo investigada pelo GAECO/SP e pelo fisco paulista, em razão do crime contra a ordem tributária na comercialização de medicamentos desacompanhada da documentação fiscal obrigatória pela distribuidora envolvida. Tal fato concorre, ainda, com as razões para o indeferimento deste pedido, posto que o veículo apreendido poder ter sido produto indireto do crime, adquirido com proventos de atividade criminosa."* (f. 31)

Notadamente, por pesar sobre si tais acusações, ainda mais imperioso que cumpria à apelante demonstrar que os medicamentos impróprios para o consumo não estavam sendo entregues pelo seu motorista em nome da empresa, porém, não produziu qualquer prova neste sentido.

No caso em apreço, ainda não foi encerrada a fase instrutória e, não havendo prova inequívoca, somente com o seu fim é que a licitude do bem apreendido será ou não comprovada.

Esta Corte de Justiça já decidiu nesse sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL – RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA – BEM QUE INTERESSA AO PROCESSO – RECURSO IMPROVIDO. De acordo com o art. 118, do Código de Processo Penal, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Se o apelante não trazer provas cristalinas que evidenciam que os veículos apreendidos não são provenientes ou instrumentos para o tráfico de drogas, não há falar em restituição, pois eles ainda interessam ao processo, tendo em vista que poderá ser decretado seu perdimento em eventual sentença condenatória. (ACr n. 2011.001520-1, Campo Grande, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 28.2.2011, DJ n. 2380 de 15.3.2011)

> APELAÇÃO – PROCESSO PENAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA – BEM MÓVEL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA – TRADIÇÃO EFETUADA – TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE – BEM QUE INTERESSA AO PROCESSO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA LIBERATÓRIA DO VEÍCULO – VEROSSIMILHANÇA NÃO DEMONSTRADA – NÃO PROVIMENTO. De acordo com o art. 118, do Código de Processo Penal, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo; mormente quando sobre o veículo pairam suspeitas de ser produto indireto de crime e de sua utilização no percurso criminoso, cuja instrução processual ainda demanda aprofundamento. [...] Apelação defensiva a que se nega provimento com base no vigente ordenamento jurídico. (ACr n. 2010.022435-7, Campo Grande, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, julgado em 13.9.2010, DJ n. 2300 de 21.10.2010)

> APELAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PROCESSOS – RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO – APURAÇÃO DE CRIME AMBIENTAL – LIBERAÇÃO INADMISSÍVEL ANTES DO JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO PENAL – ART. 118 DO CPP E ART. 25 DA LEI N. 9.605/98 – RECURSO IMPROVIDO. Enquanto interessar ao processo, a coisa apreendida não pode ser restituída, a teor do art. 118, do Código de Processo Penal. Determina a lei ambiental que os bens e objetos relacionados com o crime sofrerão pena de perdimento, o que, deverá ser aguardado até o julgamento final nos autos de ação penal quando serão devolvidos ou não, mediante a prova da propriedade. (ACr n. 2010.008652-0, Coxim, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 13.9.2010, DJ n. 2280 de 21.9.2010)

Por fim, é bem de ver que o veículo apreendido não poderá ser restituído por interessar ao processo.

Nem se diga, por derradeiro, que a medida restritiva em referência afronta ao direito de propriedade da recorrente, visto que nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos e podem ser restringidos. A busca e apreensão, por sua vez, trabalha nesta exceção da proteção constitucional.

Logo, trata-se de ponderá-la a partir de sua necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que seja sempre uma medida excepcional, não automática, condicionada sempre às circunstâncias do caso concreto e proporcional ao fim a que se persegue.

Desse modo, ante a não comprovação inequívoca da desnecessidade do bem apreendido ao processo e de sua origem lícita, não deve ser feita a restituição.

DISPOSITIVO

Em face do exposto, contrariando o parecer, nego provimento ao recurso defensivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

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, 9 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Carta Testemunhável n. 2011.030768-5 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – CARTA TESTEMUNHÁVEL – AGRAVO CONSIDERADO INTEMPESTIVO – PROCESSO ELETRÔNICO – DIVERGÊNCIA SOBRE A DATA INICIAL PARA PRAZO DO RECURSO – LEI N. 11.419/06 – SISTEMA UTILIZADO SINALIZA PARA O DESTINATÁRIO NO ATO DA CHEGADA DE NOVA INTIMAÇÃO – CORRETA A DECISÃO QUE CONSIDEROU O RECURSO FORA DE PRAZO – CARTA NÃO PROVIDA.

Não há falar em contagem do prazo a partir do efetivo acesso à intimação feita pelo meio digital, uma vez que o sistema eletrônico utilizado sinaliza ao destinatário no momento em que chega nova intimação. Acessando o documento de pronto ou posteriormente, intimado está.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de carta testemunhável interposta pela Defensoria Pública Estadual contra a decisão que não recebeu agravo em execução por considerá-lo intempestivo.

Relata que protocolizou agravo contra decisão que determinou a realização de exame criminológico e o magistrado utilizou como data para início da contagem do prazo àquela referente ao dia em que foi disponibilizada a carga, lembrando que trata-se de processo eletrônico.

Sustenta que o prazo deve ser iniciado no dia seguinte à ciência de que os autos estavam em carga e não de quando são disponibilizados à Defensoria.

Pugna que seja conhecida e provida a carta testemunhável para possibilitar o julgamento do recurso obstado. (f. 6-11)

Decisão alvo de recurso às f. 12-15.

Contrarrazões ministeriais pelo conhecimento e não provimento da carta. (f. 19-23)

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria de Justiça. (f. 29-32)

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Trata-se de carta testemunhável interposta contra a decisão que não recebeu agravo em execução por considerá-lo intempestivo. Refere-se a processo eletrônico, no qual o magistrado considerou que o termo inicial da contagem do prazo do recurso é o dia seguinte à disponibilização da carga dos autos.

Já o testemunhante sustenta que o prazo deveria ser contado a partir de seu acesso à intimação da decisão que determinou a realização de exame criminológico, contra a qual se insurgiu.

Pois bem. A carta testemunhável deve ser conhecida, porquanto cumpre os requisitos de admissibilidade. Porém, deve ser negado provimento.

Embora a Defensoria Pública sustente que apresentou o recurso rejeitado tempestivamente, nos termos da Lei n. 11.419/06, verifica-se em consulta ao SAJ (guia de execução n. 0355195-06.2008.8.12.0001) que a carga aos autos foi-lhe aberta na data de 9 de agosto de 2011, cientificando da decisão que determinou a realização de exame criminológico em Nilton de Souza Dias.

Dias após, em 19 de agosto, a Defensoria manifestou sua insatisfação com a decisão por ocasião da apresentação dos quesitos para a realização do exame. No entanto, somente em 22 de agosto interpôs o recurso. Logo, patente a intempestividade.

A Defensoria sustenta que deve ser considerada como data de sua intimação 19 de agosto, o dia em que se manifestou sobre o exame, nos termos do parágrafo 3º do art. 5º da citada lei. Vejamos:

> § 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

Ocorre que tal argumento não pode ser aplicado no presente caso, uma vez que o sistema eletrônico utilizado sinaliza aos promotores e defensores que atuam na Vara o momento em que chegam novas intimações. Cabe ao destinatário decidir se acessa o documento de pronto ou em momento posterior. O fato é que intimado está.

Colaciono trecho da manifestação do procurador de Justiça Adhemar Mombrum, que discorre sobre a situação com propriedade:

Analisando ambos os argumentos, vejo que o declinado pelo requerente não encerra procedência na medida em que cria situação não prevista em lei em manifesto prejuízo ao bom e correto andamento do feito. Isso porque, entende o requerente que mesmo recebendo os autos (remessa eletrônica), somente começaria a fluir o prazo no momento em que o mesmo tomasse ciência efetiva da decisão.

Dito de outro modo, seria o equivalente a situação onde os autos seriam entregues – fisicamente – na serventia pública destinatária, mas o destinatário não apusesse sua ciência efetiva da decisão.

Ora, tal suspensão processual não existe dentro da lei. Menos ainda esse limbo que pretende o requerente criar como se nada existisse (ou, no caso, o prazo fluísse) até que ele próprio resolvesse tomar ciência dos autos. (f. 30-31)

Quanto à matéria do agravo, a realização do exame criminológico, em consulta ao SAJ, verifiquei que o mesmo foi realizado e o laudo foi favorável ao apenado.

Isto posto, com o parecer, nego provimento à carta testemunhável.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

***

Seção Criminal
Pedido de Desaforamento n. 2011.035657-8 - Coxim
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – PEDIDO DE DESAFORAMENTO – JÚRI – AMPLA DIVULGAÇÃO DA IMPRENSA E MANIFESTAÇÃO POPULAR – SUSPEITA DE PARCIALIDADE DOS JURADOS – AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA – PEDIDO INDEFERIDO.

A ampla divulgação do fato pela imprensa e por manifestação popular não basta, só por si, para justificar o desaforamento. O destaque dado pela imprensa e por manifestações populares constituem procedimento usual. Ausente a excepcionalidade dos fatos concretos a indicarem a ocorrência de uma das causas legais previstas no artigo 427 do Código de Processo Penal, as meras suposições da defesa não autorizam a concessão da medida, ademais, informa a juíza singular, que há segurança suficiente para realização do julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, indeferir o pedido, com o parecer. Ausentes, por férias, os Des. Contar e Francisco e, justificadamente, a Desª Marilza.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de pedido de desaforamento formulado pelo réu Manoel Teodoro**,** para que haja o desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Coxim para que seja realizado em Campo Grande.

Alega em resumo, que a imparcialidade do júri será comprometida, pelo fato do suposto homicídio ter sido amplamente noticiado e ter ocasionado comoção social, de forma que poderia influenciar os jurados.

Relata que na comarca de Coxim exercia o trabalho de ourives e muitas pessoas lhe devem pelos serviços prestados.

Menciona que a esposa da vítima é irmã de dois policiais militares que teriam dito que o homicídio não ficaria impune.

O juiz da causa apresentou informações às f. 206-207.

Em seu parecer, a Procuradoria de Justiça às f. 211-219 manifestou-se pelo indeferimento do pedido.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Indefiro o pedido de desaforamento formulado pelo acusado Manoel Teodoro, pois foi pronunciado para ser levado a Júri popular na comarca de Coxim e não comprovou a existência de quaisquer das situações previstas no artigo 427 do Código de Processo Penal:

> Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. (g.n.)

No caso, o requerente alega que a grande repercussão do crime por meio da imprensa e manifestações populares na comarca de Coxim, estariam a comprometer a imparcialidade do Júri.

Ora, é natural que a imprensa divulgue os fatos com amplitude, notadamente se considerarmos as circunstâncias em que o delito ocorreu, sendo normal, ainda, a comoção pública em crime contra a vida. O destaque dado pela imprensa e por manifestações populares constituem procedimento usual.

Ademais, o magistrado em suas informações as f. 206-208, asseverou:

> [...]
>
> Cediço é, contudo, que o crime praticado pelo acusado não gerou clima distinto dos demais casos, tanto é que quando da audiência de instrução e julgamento realizada nesta Comarca não havia uma pessoa sequer interessada em assistir, mesmo se tratando de processo não acobertado por sigilo.
>
> Com relação à eventual falta de segurança para realização de julgamento, também não merece guarida.
>
> Nesta Comarca ocorreu, no ano de 2010, um Júri em que havia sete acusados e três vítimas, sendo que quatro deles estavam presos, e nenhum incidente se verificou, pois há efetivo suficiente disponibilizado pelo 5º Batalhão da Polícia Militar para proteger o local.
>
> [...]
>
> Vê-se, assim, que não há motivos razoáveis para desconfiar da segurança do Fórum local para realização de casos de repercussão, quanto mais o processo em tele, que em nada alterou a rotina da sociedade coxinense.
>
> [...].

Ademais, não consta dos autos indícios de que a imparcialidade dos jurados está abalada, não bastando, para a hipótese de desaforamento, mera reação desfavorável por meio da imprensa local.

No mesmo sentido, os julgados:

> EMENTA-*HABEASCORPUS*–HOMICÍDIOQUALIFICADO,ESTUPRO,ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – CRIMES CONEXOS – MORTE DE UMA TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO – FALTA DE PROVA DA LIGAÇÃO COM OS FATOS EM JULGAMENTO – MERAS SUSPEITAS – TEMOR NÃO COMPROVADO. ORDEM DENEGADA.

> A competência para julgar os crimes dolosos contra a vida e os que lhe são conexos é, em princípio, do Conselho de Sentença da comarca em que os fatos criminosos ocorreram, salvo excepcional motivação.
>
> A competência do corpo de Jurados local só pode ser afastada mediante comprovados fatos concretos de que as condições locais não permitem um julgamento isento, possam colocar em risco a segurança do réu, testemunhas ou dos Jurados.
>
> A morte de uma das testemunhas de acusação, sem qualquer ligação com o seu eventual depoimento, não pode afastar a competência do Júri local.
>
> A opinião do Magistrado do processo, que está perto dos fatos, é de suma importância para se aferir à necessidade do desaforamento.
>
> Ampla divulgação do delito pela imprensa e a movimentação dos familiares da vítima constituem fatos rotineiros ante os delitos de grande gravidade, mas não acarretam, necessariamente, a parcialidade dos Jurados**.**
>
> Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 73451/PE-*HABEAS CORPUS* n. 2006/0283437-6-, Quinta Turma, Relª. Minª. Jane Silva (Des ª. Convocada do TJ/MG), DJ de 22.10.2007).
>
> EMENTA - DESAFORAMENTO - AMPLA DIVULGAÇÃO DA IMPRENSA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DÚVIDA SOBRE A PARCIALIDADE DOS JURADOS - VALIDADE DAS INFORMAÇÕES DO JUIZ. A ampla divulgação do fato pela imprensa não basta, só por si, para justificar o desaforamento, medida sempre excepcional. As informações do magistrado têm extrema relevância nos casos de desaforamento, pois se trata de autoridade judiciária, isenta e imparcial, que convive no seio da comunidade. A inexistência de indícios capazes de produzir receio sobre a imparcialidade afasta a hipótese de desaforamento. (http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=417861194200581300000processo: 1.0000.05.417861-1/000, TJMG, Relª. Desª. Jane Silva, DJ de 25.11.2005).

O desaforamento só deve ser deferido em caso de *"real e comprovada necessidade, já que o Princípio do Juiz Natural é garantia constitucional do acusado (art. 5º, XXXVIII, da CF) e pressuposto para a realização de justiça".*[1]

Assim, ausente a excepcionalidade dos fatos concretos a indicarem a ocorrência de uma das causas legais previstas no artigo 427 do Código de Processo Pena, as meras suposições da defesa não autorizam a concessão da medida.

Em relação à alegada imparcialidade dos jurados, oportuno o ensinamento de Nucci[2]:

> Meras suposições de parcialidade não devem dar margem ao desaforamento. [...] Por outro lado, a notoriedade da vítima ou do agressor não é motivo suficiente para o desaforamento. Em muitos casos, homicídios ganham notoriedade porque a vítima ou o agressor – ou ambos- são pessoas conhecidas no local da infração, certamente provocando debate prévio na comunidade a respeito do fato. Tal situação deve ser considerada normal, pois é impossível evitar que pessoas famosas ou muito conhecidas, quando sofrem ou praticam crimes, deixem despertar a curiosidade geral em relação ao julgamento.

Ante o exposto, patente a desnecessidade da medida requerida, com o parecer, **indefiro o pedido de desaforamento, mantendo-se a sessão de Julgamento do requerente na Comarca de Coxim/MS**.

1 Pereira, José Ruy Borges. Tribunal do Júri, crimes dolosos contra a vida. 2ª ed. SP, 2000. P. 30.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. SP: ed. RT. 2008. P. 108.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, INDEFERIRAM O PEDIDO, COM O PARECER. AUSENTES, POR FÉRIAS, OS DES. CONTAR E FRANCISCO E, JUSTIFICADAMENTE, A DESª MARILZA.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.002793-1 - Nova Alvorada do Sul
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – PENAL – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO CAUTELAR MANTIDA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PERICULOSIDADE DO AGENTE EVIDENCIADA PELO *MODUS OPERANDI,* PELA AMEAÇA A VÍTIMA E PELOS PÉSSIMOS ANTECEDENTES INFRACIONAIS – ORDEM DENEGADA.

Decisão devidamente fundamentada na periculosidade concreta do paciente, evidenciada pelo *modus operandi,* além de ter ameaçado uma das vítimas (foi acusado de crime de coação no curso do processo, sendo decretada sua prisão preventiva por esse delito), e diante de seus péssimos antecedentes infracionais.

Evidenciada a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, em decorrência do *modus operandi* do delito que evidencia a periculosidade do paciente que, juntamente com seus comparsas, revelou ousadia e elevada periculosidade social ao abordar as vítimas em plena madrugada, aterrorizando-as mediante o emprego de uma arma de fogo, tudo para subtrair os valores que tinham arrecadado durante o dia de trabalho como proprietários de uma lanchonete.

Ademais, a periculosidade do agente depreende-se do fato de ter ameaçado uma das vítimas durante a instrução criminal, sendo acusado do crime de coação, e diante de seus péssimos antecedentes infracionais.

Muito embora os **atos infracionais** não possam ser considerados como maus antecedentes ou se prestem para configurar reincidência, demonstram a inclinação para a prática delitiva, o que, por si só, é suficiente para justificar a medida constritiva antecipada, a bem da ordem pública, a fim de evitar-se a **reiteração**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de março de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

A Defensoria Pública Estadual impetrou *habeas corpus*, **com pedido liminar,** em favor da paciente Bruno de Oliveira Casagrande, preso em flagrante pela suposta prática do crime de roubo qualificado

previsto no artigo 157, § 2º, I e II do CP. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Nova Alvorada do Sul.

Alega que sofre constrangimento ilegal com a decisão que negou a revogação da prisão preventiva, bem como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que ausente de fundamentação e por não estarem presentes os pressupostos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 do CPP).

Aduz que passados dez meses desde a decretação da prisão, não existem mais os motivos que a fundamentaram; que o fato de o paciente responder por outro processo, em que poderá receber uma reprimenda penal de 1 a 4 anos, não é motivo para a manutenção da segregação, pois passado mais de 11 meses e porque nesse processo foi concedida a liberdade.

Afirma que os antecedentes infracionais do acusado não são hábeis sequer para elevar eventual pena, quanto mais para prisão cautelar; que os corréus não tiveram a prisão cautelar decretada, somente o paciente; em casos de condenação o acusado já está próximo do benefício de progressão de regime.

Sustenta que o acusado possui residência fixa e bons antecedentes, portanto preenche os requisitos subjetivos para a liberdade provisória; a instrução chegou ao fim, logo não há falar em conveniência da instrução criminal para a manutenção da segregação; inexistem indícios de que o acusado irá se furtar à aplicação da lei.

A f. 69 o pedido liminar foi indeferido.

As informações de estilo foram prestadas as f. 70-76.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consoante relatado, trata-se de *habeas corpus*, **com pedido liminar**, impetrado em favor da paciente Bruno de Oliveira Casagrande, preso em flagrante pela suposta prática do crime de roubo qualificado previsto no artigo 157, § 2º, I e II do CP. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Nova Alvorada do Sul

Aduz, em resumo, constrangimento ilegal com a decisão que negou a revogação da prisão preventiva, bem como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que ausente de fundamentação e por não estarem presentes os pressupostos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 do CPP).

Pois bem. As prisões de ordem cautelar, dada a sua excepcionalidade, somente devem ocorrer quando constatada uma das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, a saber, risco à ordem pública, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

No caso, tenho que a custódia está justificada na garantia da ordem pública, pois a necessidade da segregação decorre do *modus operandi* do delito e da periculosidade do réu.

Transcrevo a decisão que manteve a segregação cautelar do paciente:

> [...]
>
> Malgradas as substanciosas razões defensivas, o pleito revocatório não merece acolhimento.

> Primeiro, como término da instrução, está superada a alegação de excesso de prazo, nos moldes da Súmula n. 52, do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Segundo, ainda se fazem presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal.
>
> Como bem ressaltado em decisões anteriores (f. 154-5, 163-4 e 296-7), a conduta imputada ao réu ostenta concreta gravidade, pois teria abordado as vítimas em plena madrugada, aterrorizando-as mediante o emprego de uma arma de fogo, tudo para subtrair os valores que elas tinham arrecadado durante o dia de trabalho como proprietários de uma lanchonete.
>
> Ademais, o acusado possui péssimos antecedentes infracionais (f. 80) e, durante a tramitação do feito, teria ameaçado uma das vítimas.
>
> Ora, sopesados esses fatores, que evidenciam periculosidade do acusado, parece-me claro que a mantença da custódia processual encontra respaldo na necessidade de resguardar a ordem pública.
>
> Outrossim, considerando-se que o corréu Ozéias, em breve, deve ser transferido da Cadeia Pública local para estabelecimento prisional, por ter sido condenado nos autos n. 0000304.41.2001.8.12.0054 (f. 328-9), a integridade física e psicológica de Bruno fica resguardada, como bem ressaltou o Ministério Público.
>
> Por conseqüência, neste momento, mostram-se inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão.
>
> Assim, presentes os requisitos legais, MANTENHO A PRISÃO PREVENTIVA DE BRUNO DE OLIVEIRA CASAGRANDE. (*sic*. f. 73-75)

Assim, não há falar em ausência de fundamentação na decisão que manteve a segregação cautelar do paciente, pois, como visto acima, funda-se na periculosidade concreta do paciente, evidenciada pelo *modus operandi,* pois além de ter ameaçado uma das vítimas (foi acusado de crime de coação no curso do processo, sendo decretada sua prisão preventiva por esse delito), possui péssimos antecedentes infracionais.

Com efeito, o paciente, juntamente com seus comparsas, revelou ousadia e periculosidade social ao abordar as vítimas em plena madrugada, aterrorizando-as mediante o emprego de uma arma de fogo, tudo para subtrair os valores que elas tinham arrecadado durante o dia de trabalho como proprietários de uma lanchonete.

A respeito destaco precedentes do STJ:

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIDA DA ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A decisão que indeferiu o benefício da liberdade provisória ao Paciente demonstrou a existência do crime e de indícios suficientes de autoria, bem como a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, uma vez que, conforme bem salientou o Juízo de primeiro grau, o *modus operandi* do delito, praticado com o uso de arma de fogo (o Paciente portava uma espingarda) e violência (o Paciente agrediu fisicamente os fregueses, além de chutá-los, quando deitados ao solo), evidencia a periculosidade concreta do Paciente.

2. Ordem denegada. (*HC* n. 196.937/DF, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 31.5.2011, DJ de 16.6.2011).

HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRONUNCIADO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. REGISTRO DE OUTRA PRÁTICA DELITIVA. MOTIVAÇÃO E *MODUS OPERANDI*. PERICULOSIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA POR 5 (CINCO) ANOS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Verifica-se a necessidade da custódia antecipada para fazer cessar a reiteração criminosa, quando há notícias de que o paciente registra o envolvimento na prática de outro homicídio, circunstância que revela a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.

2. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, com base em elementos concretos dos autos que evidenciam a efetiva periculosidade do agente, dada a natureza do delito e o modo com que foi perpetrado.

3. O fato de o agente ter permanecido foragido, visto que foi capturado somente após 5 (cinco) anos do recebimento da denúncia, é motivação suficiente a embasar a manutenção da custódia cautelar, ordenada para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

4. Habeas corpus denegado. (*HC* n. 166.903/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 31.5.2011, DJ de 10.6.2011).

Em relação aos **atos infracionais** sabe-se que não podem ser considerados para análise da personalidade do paciente ou mesmo como antecedentes ou reincidência na fixação da pena, mas podem ser utilizados para apontar a contumácia delitiva do investigado e, assim, ser fundamento idôneo para indeferir a liberdade provisória, vez que presente risco à ordem pública.

Neste sentido, é firme a jurisprudência. Vejamos:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO DUPLAMENTE AGRAVADO. EXISTÊNCIA DE ANOTAÇÃO PELO COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL. INCLINAÇÃO PARA A PRÁTICA DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.1. Embora atos infracionais não possam ser considerados como maus antecedentes e nem se prestem para induzir a reincidência, tais elementos demonstram a inclinação para a prática delitiva, o que, por si só, é suficiente para justificar a medida constritiva antecipada, a bem da ordem pública, a fim de evitar-se a reiteração. 2. Condições pessoais, mesmo que realmente favoráveis, em princípio, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a imprescindibilidade da sua continuação, como ocorre na hipótese. 3. Ordem denegada. (*HC* n. 156.329/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27.4.2010, DJ de 24.5.2010).

HABEAS CORPUS - PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - ALEGADA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - NÃO ACOLHIMENTO - PACIENTE QUE REGISTRA COMETIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS GRAVES - DECRETO PRISIONAL QUE SE FUNDAMENTA

> NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA - ORDEM DENEGADA. (*HC* n. 2011.003470-6, Rel. Juiz Francisco Gerardo de Souza, julgado em 1.4.2011**).**
>
> EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ROUBO QUALIFICADO – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO – NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA – PACIENTE PRESO EM COMARCA DIVERSA – EVENTUAL EXCESSO JUSTIFICADO – INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – DECRETAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL – RÉU QUE INSISTE NA PRÁTICA REITERADA DE CRIMES – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO AO DISTRITO DA CULPA – ORDEM DENEGADA. Se o paciente é contumaz na prática de crimes contra o patrimônio, bem como não possui endereço certo e ocupação lícita, mantém-se a prisão cautelar para garantia da ordem pública e eventual aplicação da lei penal. (*HC* n. 2009.006233-7, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 31.3.2009).

Observa-se que a prisão do paciente ainda se fundou nas ameaças contra vítima/testemunha, motivação que, por si só, justifica a manutenção da segregação provisória não só pela conveniência da instrução criminal – já finda - mas porque também evidencia a periculosidade do agente. Ora, mesmo que se desconsiderando o fundamento de que a segregação do paciente é necessária por conveniência da instrução criminal, a qual já se encerrou, os demais fundamentos, por si só, são aptos a justificar a manutenção da cautelar, não sendo indicado/recomendado ao caso qualquer outra medida cautelar.

Em relação às argumentações de que o paciente já está próximo de conseguir progressão prisional, impossível analisar, pois demanda dilação probatória, inviável em *habeas corpus*, e porque sequer foi proferida sentença.

Quanto à alegação de que, dos acusados, somente o paciente teve a prisão cautelar mantida, registro que eventual extensão de liberdade provisória exige além de situação fático-processual idênticas ao agente beneficiado, que a segregação não tenha sido baseada em motivos de caráter exclusivamente pessoal, como a periculosidade do agente decorrente de ameaça as vítimas e péssimos antecedentes infracionais.

Ademais, eventuais condições pessoais favoráveis do réu não garantem o direito subjetivo à revogação da custódia cautelar, quando a prisão preventiva é decretada com observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

Merece, também, destaque o fato de que:

> a consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado. (Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, 16. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 133.)

Posto isso, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Dorival Moreira dos Santos, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargador João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 19 de março de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2009.009509-9 - Campo Grande
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – CUMPRIMENTO DE DECISÃO DO STJ – DETERMINAÇÃO PARA QUE SE PROCEDA A NOVA DOSIMETRIA ANALISANDO INDIVIDUALMENTE AS MODULADORAS DO ART. 59 DO CP – AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 67 DO CP) – ATENUANTE A QUE SE DEVE ATRIBUIR VALOR NÃO OBSTANTE A PENA-BASE TENHA SIDO FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – *QUANTUM* DE MAJORAÇÃO PELA REINCIDÊNCIA REDUZIDO DE OFÍCIO – CAUSAS DE AUMENTO DO ROUBO APLICADAS EM 1/3 – PENA DEFINITIVAMENTE FIXADA EM 5 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO E 20 DIAS-MULTA.

I – Sendo totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, imperiosa a fixação da pena-base no mínimo legal.

II – Embora a reincidência seja preponderante (art. 67 do Código Penal), a confissão deverá também incidir no momento de fixação da pena, ainda que em valor reduzido, ainda que a pena-base tenha sido fixada no patamar mínimo.

III – Em cumprimento à ordem emanada do *habeas corpus* n. 142139 do E. Superior Tribunal de Justiça, resta a pena fixada em definitivo no *quantum* de 5 anos e 8 meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em cumprimento à ordem emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, retificar a dosimetria da pena.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Arthur Neco Rodrigues restou condenado em 1º grau como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 8 anos e 10 meses de reclusão e 88 dias multa.

Inconformado, ingressou com o presente recurso de apelação, o qual restou julgado por esta c. 1ª Turma Criminal em 30.6.2009. Por unanimidade, foi dado parcial provimento ao apelo exclusivamente para afastar a valoração negativa dos antecedentes criminais, reduzindo-se a pena-base.

Referido acórdão foi impugnado junto ao e. Superior Tribunal de Justiça por intermédio do *habeas corpus* n. 142139, sendo parcialmente concedida a ordem para que esta e. Corte proceda a uma nova dosimetria da pena, fundamentando devidamente eventual fixação da pena-base acima do seu mínimo legal.

Remetidos os autos com vistas à Procuradoria-Geral de Justiça, foram eles restituídos sem manifestação, porquanto desnecessária nesta hipótese.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Arthur Neco Rodrigues restou condenado em 1º grau como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 8 anos e 10 meses de reclusão e 88 dias multa.

Inconformado, ingressou com o presente recurso de apelação, o qual foi julgado por esta c. 1ª Turma Criminal em 30.6.2009. Por unanimidade, houve o parcial provimento do apelo exclusivamente para afastar a valoração negativa dos antecedentes criminais, reduzindo-se, portanto a pena-base.

Referido acórdão foi impugnado junto ao E. Superior Tribunal de Justiça por intermédio do *habeas corpus* n. 142139, resultando na parcial concessão do *writ* a fim de que esta e. Corte proceda a uma nova dosimetria da pena, fundamentando devidamente eventual fixação da pena-base acima do seu mínimo legal.

Pois bem.

Consoante a r. sentença condenatória, a pena-base restou exasperada acima do mínimo legal diante dos seguintes apontamentos:

> [...] Atentando-se as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, relevando especialmente os motivos, as consequências, e os antecedentes do réu, fixo-lhe a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa.[...].

Após a reforma operada pelo v. acórdão de f. 242-251, a 1ª fase da dosimetria passou a constar assim:

> [...] vislumbro que o magistrado não poderia ter considerado maus antecedentes com relação ao apelante, já que a incidência criminal contida às f. 68, foi utilizada para configurar a reincidência, configurando em *bis in idem*, usar da mesma circunstância judicial para majoração da pena-base e aplicação da agravante. Porém incabível a fixação da pena-base no mínimo legal inerente ao tipo penal infringido pelo recorrente, pois existem outras circunstâncias judiciais desfavoráveis ao mesmo.
>
> Entretanto, retiro a incidência dos maus antecedentes reconhecido na pena-base pelo juízo monocrático, e diminuo a mesma em 6 meses, fixando-a em 5 anos e 6 meses de reclusão e 50 dias-multa. [...].

A ementa do *habeas corpus* n. 142139, parcialmente concedido pelo E. Superior Tribunal de Justiça está redigida nestes termos:

> *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II DO CPB). PENA FIXADA: 8 ANOS § 2º, I E II DO CPB). PENA FIXADA: 8 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E CONSEQUENTE PERÍCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE UM DOS AGENTES DO DELITO.

> AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. PENA-BASE: 5 ANOS E 6 MESES. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, SEM QUE FOSSEM CONCRETIZADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS LEGALMENTE PREVISTAS PARA A EXASPERAÇÃO. ILEGALIDADE VERIFICADA. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SOMENTE PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM, PARA QUE PROCEDA A UMA NOVA DOSIMETRIA DA PENA, FUNDAMENTANDO DEVIDAMENTE EVENTUAL FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DE SEU MÍNIMO LEGAL. 1. A impossibilidade de apreensão e a consequente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta a configuração da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. 2. As instâncias anteriores não justificaram devidamente a fixação da pena-base acima do mínimo legal (5 anos e 6 meses), reportando-se, tão-somente, ao rol das circunstâncias previstas legalmente, incorrendo, portanto, em evidente ilegalidade. 3. Parecer do MPF pela concessão parcial da ordem. 4. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que proceda a uma nova dosimetria da pena, fundamentando devidamente eventual fixação da pena-base acima de seu mínimo legal. (grifei)
>
> Passo ao cumprimento da referida ordem.
>
> A culpabilidade em nada excede a normalidade; quanto aos antecedentes, nos termos do v. acórdão de f. 242-251, não podem ser considerados desfavoráveis; em relação à conduta social e à personalidade, não foram colhidos elementos hábeis à eventual valoração negativa; no que toca aos motivos do crime, ao revés do que fora mensurado anteriormente, tenho que não desbordam da normalidade; as circunstâncias do crime não operam em demérito; as consequências do crime também não devem ser consideradas desabonadoras, haja vista que os bens foram todos restituídos às vítimas (f. 29); o comportamento da vítima em nada influenciou a prática do delito.
>
> Posto isso, em atenção aos critérios do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Havendo a incidência da atenuante da confissão e da agravante da reincidência, "*a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais [...] a reincidência*" (art. 67 do Código Penal), de modo que, *ex officio*, levando em consideração o concurso entre tais figuras, majoro a pena em patamar inferior ao estabelecido originariamente, ou seja, em 3 meses de reclusão e 5 dias-multa, conduzindo a pena intermediária ao patamar de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Aplicadas conjuntamente em 1/3 (um terço) as causas de aumento dos incs. I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, fixo definitivamente a pena em 5 (cinco) anos e 8 (meses) de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Embora a reprimenda tenha sido substancialmente reduzida, permanecem inalteradas as disposições da r. sentença e do v. acórdão no que tangem ao regime prisional (estabelecido inicialmente no fechado), pois configurada *in casu* a reincidência.

Incabível a substituição ou sursis, porquanto não reunidos os requisitos legais.

Destarte, ante ao exposto, em cumprimento à ordem emanada do *habeas corpus* n. 142139 do E. Superior Tribunal de Justiça, retifico a dosimetria e ao final fixo a pena em 5 (cinco) anos e 8 (meses) de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM CUMPRIMENTO À ORDEM EMANADA DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RETIFICARAM A DOSIMETRIA DA PENA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

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 Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.013094-3 - Pedro Gomes
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CONCUSSÃO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – FIRME PALAVRA DAS VÍTIMAS – ESTAGIÁRIO VINCULADO A JUIZADO ESPECIAL CÍVEL – AGENTE QUE EM RAZÃO DA FUNÇÃO EXIGIA DAS VÍTIMAS VANTAGEM INDEVIDA PARA PROVIDENCIAR A INSTAURAÇÃO DE AÇÕES DE COBRANÇA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA – ALMEJADA RETIFICAÇÃO DA PENA-BASE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À MODULADORA DA CULPABILIDADE – REPRIMENDA REDUZIDA – AFASTAMENTO DO VALOR MÍNIMO DESTINADO À INDENIZAÇÃO – ACATADO – INEXISTÊNCIA DE PEDIDO FORMAL – VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Não há falar em absolvição se o conjunto probatório é firme no sentido de que o réu, em razão da função desempenhada junto ao Juizado Especial Cível de Pedro Gomes-MS, exigiu das vítimas valores para que providenciasse a instauração de ações de cobrança em favor das vítimas, obtendo, assim, flagrante vantagem indevida.

II – Imperioso o afastamento da valoração negativa da culpabilidade na primeira fase da dosimetria, haja vista que, a rigor do inciso X do art. 93 da Constituição Federal, as decisões judiciais devem ser adequadamente fundamentadas, máxime no momento da aplicação da pena, quando resulta em recrudescimento da resposta penal.

III - A alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.719/08 condicionou a possibilidade de fixação do valor mínimo a ser indenizado, tão-somente, quando houver pedido expresso, seja da parte/representante legal ou do Ministério Público. Isso porque, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas em consonância com a Constituição Federal, que, por sua vez, confere aos litigantes, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

IV - Recurso parcialmente provido para retificar a dosimetria, reduzindo a pena ao final ao patamar de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, e afastar a fixação do valor mínimo destinado à indenização das vítimas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2012.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de apelação criminal interposta por Eduardo Braz da Silva em face da r. sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Pedro Gomes nos autos de ação penal n. 039.07.000139-0, que o condenou a pena de 2 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e 11 dias-multa, como incurso no art. 316 do Código Penal.

Aduz, nas razões, que a sentença deve ser reformada, decretando-se a absolvição, porquanto não caracterizado o crime descrito na denúncia. Subsidiariamente requer a redução da pena ao mínimo legal, com aplicação da suspensão condicional da pena, e o afastamento da indenização fixada na sentença (f. 265-75).

Em contrarrazões, o apelado requer o improvimento do recurso, alterando-se porém, sob o manto da *emendatio libelli*, a capitulação contida na sentença para o art. 317 do Código Penal (f. 281-92).

Com vistas, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção do édito condenatório (f. 298-309).

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Narra a denúncia que (f. 2-4):

> [...] No dia 30 de novembro de 2006, por volta das 14:00h, no Fórum da Comarca de Pedro Gomes, localizado na av. Diva Araújo Azambuja, n. 395, centro, nesta cidade, o denunciado Eduardo Braz da Silva, cobrava indevidamente diligências/custas iniciais, dos interessados a ingressar com ações no juizado.
>
> Consta que o denunciado, na data dos fatos estagiava no Juizado Especial desta Comarca, sendo que o mesmo foi contratado em fevereiro do ano de 2005, pelo Tribunal de Justiça do Estado, para prestar serviços junto ao Cartório do Juizado Especial.
>
> Ocorre que o denunciado valendo-se de sua função, passou a exigir para si vantagem indevida, cobrando dos interessados a ingressar com ações, taxas a serem pagas aos oficiais de justiça para a entrega de citações, apoderando-se dos valores recebidos e enviando as citações por AR via Correio, a qual era isenta de taxa.
>
> Consta que além da empresa Goiás Móveis e Eletro LTDA, as empresas Claziana Modas, representada por Maria Zilda Melo e Mercado Real, dentre outras, foram prejudicadas com a ação do denunciado. [...].

Conforme relatado, aduz a Defesa nas razões que a sentença deve ser reformada, decretando-se a absolvição, porquanto não caracterizado em seus termos o crime descrito na denúncia. Subsidiariamente requer a redução da pena ao mínimo legal, com aplicação da suspensão condicional da pena, e o afastamento da indenização fixada na sentença.

Passo a analisar o recurso.

Dispõe o art. 316 do Código Penal:

> Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

Em análise detida dos autos, vê-se que não assiste razão ao apelante, dado que os elementos ora reunidos comprovam que ele, em razão da função, exigiu para si vantagem indevida.

Com efeito, denota-se do caderno processual que o apelante Eduardo, na qualidade de estagiário credenciado junto a este Tribunal de Justiça, foi designado para o Cartório do Juizado Especial de Pedro Gomes, e lá atuando no atendimento aos jurisdicionados, exigia-lhes indevidamente valores supostamente referentes às diligências de processos.

A esse respeito é testemunho da vítima Maria Zilda de Melo, que em juízo confirmou integralmente o depoimento da fase extrajudicial, prestado nos seguintes termos (f. 20):

> [...] Que em sua loja havia muitas pessoas devendo e estava difícil de receber; Que em contato com outras pessoas ficou sabendo que no Juizado Especial poderia fazer estas cobranças, e então em data que não se recorda, foi até o Juizado Especial desta cidade, isto há quase um ano; Que lá foi atendida por Eduardo; [...]; Que poucos dias após, o Eduardo foi até a loja da Depoente; Que a depoente já havia separado várias notas para serem cobradas; Que foi entregue para o Eduardo cerca de 20 notas; Que a princípio o Eduardo disse que aquele serviço do Juizado era grátis, levou os documentos e depois entregou para a Declarante um documento relacionando os documento que havia levado; Que passados alguns dias, o Eduardo voltou na loja da Depoente e disse que a Juíza havia determinado a cobrança de custas para aqueles procedimentos, alegando que antes eram de graça, mas agora estava sendo cobrado; Que ele disse que seria necessário que naquele dia a Depoente lhe passasse pelo menos R$ 100,00; Que a depoente lhe disse que não poderia lhe passar esta quantia pois ele havia dito que não era cobrado nada, mas ele insistiu dizendo que agora havia mudado e teria que levar o dinheiro; Que diante a insistência de Eduardo a Depoente lhe arrumou R$ 100,00; Que os documentos que Eduardo levou para propor as ações no Juizado não foram dado andamento na época do Eduardo, só depois que ele saiu é que foi chamada para audiências e já conseguiu receber alguma coisa [...].

De igual forma anuncia Benelice Cunha Angelim (f. 131):

> [...] Entrou com algumas ações no Juizado e o acusado disse que tinha que fazer alguns recolhimentos de custas. Que o Eduardo levou a depoente uma relação com números de processos constante da f. 23, que o original continua com a depoente, que embora na página não conste tinha o valor total das custas no documento. Que não se recorda ao certo o valor total pedido, mas era mais ou menos R$ 500,00 reais. Que foi o filho da depoente quem trouxe o valor para o Eduardo e o entregou no Fórum, não forneceu nenhum recebo do recebimento da quantia. Que confirma que não foi apresentada a guia de recolhimento pelo Eduardo.[...] Que o Eduardo teria dito a depoente que o valor era para recolher e mandar os avisos [...].

> No mesmo eito foram os testemunhos de Claudia Helena Fontoura (f. 132), Edivania Nogueira Alves (f. 133), Lucas Luizari Chiavolini (f. 135) e Valdecir Dalto (f. 142), todos coerentes entre si.

> Embora a Defesa alegue com veemência que a conduta não se enquadra ao preceito primário do art. 316 do Código Penal, é inegável que a conduta retratada nos autos é típica, porquanto o verbo "exigir" não está obrigatoriamente relacionado ao medo, ao constrangimento, sendo bastante que a vítima se sinta intimidada pelas consequências advindas da situação imposta pelo agente. Cleber Masson[1] leciona que:

1 **Direito Penal esquematizado – parte especial**, vol. 3. Método: São Paulo; Forense: Rio de Janeiro, 2011, p. 619-620.

> [...] O núcleo do tipo é 'exigir', no sentido de ordenar ou impor. O verbo transmite a idéia de imposição e intimidação no comportamento do funcionário público, que se aproveita do temor proporcionado à vítima em decorrência dos poderes inerentes ao cargo público por ele ocupado (*metus publicae potestatis*).
>
> Não há, contudo, emprego de violência à pessoa. A intimidação encontra fundamento unicamente nas consequências que podem ser provocadas contra alguém no exercício da função pública do sujeito ativo. Esta é a ameaça à vítima: utilizar o cargo público para produzir um mal passível de concretização na esfera de atuação do funcionário público. Exemplo: Um guarda de trânsito exige da vítima uma determinada quantia em dinheiro para não apreender seu automóvel. [...].

Ora, desconhecendo os meandros dos procedimentos judiciais, as vítimas não possuíam condições de contrariar a exigência do apelante, dado que, afinal, ele detinha a incumbência de prestar atendimento e providenciar a instauração das demandas junto ao Juizado Especial Cível. Nesse sentido, foram as vítimas compelidas a ceder às exigências e entregar os valores, uma vez que acreditavam que de outra forma não poderiam propor as ações.

O argumento de que os valores exigidos eram destinados somente ao recolhimento de diligências ou taxas de postagem, não havendo obtenção de vantagem por parte do apelante, é de todo falacioso. Para tanto, basta notar que Lucas Luizaria, uma das vítimas, em face das exigências para que recolhesse custas e diligências, chegou a emitir um cheque nominal em favor do próprio apelante (f. 136-7), deixando evidente que exigia valores para si.

Ademais, conforme bem destaca a emérita julgadora monocrática, o art. 10 da Lei n. 1936/98 dispõe que o recolhimento de eventuais valores de custas devidas em feitos judiciais deverá ser realizado mediante guia:

> Art. 10. O recolhimento das custas devidas nos feitos judiciais será mediante guia, conforme dispuser resolução do Tribunal de Justiça à conta de receita do Fundo Especial para o Desenvolvimento das Atividades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - FUNJECC.

A vantagem obtida contraria frontalmente o ordenamento jurídico, pois os numerários exigidos não eram devidos (art. 11 da Lei n. 1936/98), e se eventualmente fossem, o recolhimento deveria ocorrer mediante expedição de guia própria.

Assim, restando comprovado que o apelante Eduardo, em razão da função desempenhada junto ao Juizado Especial Cível, agiu com o intuito de obter vantagem indevida (dolo de exigir da vantagem indevida), exigindo das vítimas valores para que assim promovessem ações de cobrança, tem-se como claramente improcedente o pleito absolutório.

Outrossim, quanto à pretensão externada pelo nobre Promotor de Justiça em contrarrazões, no sentido de aplicar a *emendatio libelli* com o fim alterar a capitulação delitiva para o crime de corrupção passiva, tal não se afigura possível no presente caso, diante do exposto acima.

Aliás, trata-se de recurso exclusivo da defesa, sendo a reprimenda cominada ao delito do art. 317 do Código Penal gradualmente maior. Nesse sentido, conforme adverte o ilustre Procurador de Justiça em seu brilhante parecer, a providência esbarra na impossibilidade da *reformatio in pejus*.

Nestes termos, de rigor a manutenção da condenação.

Em relação aos pedidos subsidiários, tenho que melhor sorte assiste à Defesa.

Na primeira fase da dosimetria, a reprimenda restou exasperada acima do mínimo legal diante dos seguintes apontamentos:

> [...] **Culpabilidade** evidenciada, pois a conduta do réu foi bastante reprovável, tendo agido com intenso dolo, sendo desfavorável essa circunstância; o réu possui bons antecedentes, pois não há documentos em sentido contrário nos autos, circunstância que lhe é favorável; não há elementos nos autos para aferir a conduta social e a personalidade do acusado; os motivos do crime, lucro fácil, o que não lhe favorece; as circunstâncias do crime são as normais à espécie, nada tendo a valorar; **as conseqüências do crime** são negativas, tendo em vista o prejuízo suportado pelas vítimas, Benelice Cunha Angelim, Claudia Helena Fontoura, Lucas Luizari Chiavolini, Maria Zilda de Melo e Valdecir Dalto; por fim, o comportamento das vítimas foi normal, nada tendo a valorar. [...]. - destaquei
>
> Como se vê, foram consideradas desabonadoras a culpabilidade e as consequências do crime.
>
> Em tema de culpabilidade, bem esclarece Ricardo Augusto Schmitt[2] que:
>
> [...] É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um *plus* de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.
>
> Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. [...].

Como visto, apesar de ser considerada desfavorável, não houve indicação de quais fatores levaram a emérita julgadora a considerar que a intensidade do dolo do agente excede à previsão legal. Não há dúvida, pois, que a operação afronta o princípio constitucional instituído no inc. X do art. 93 da Constituição Federal, devendo ser retificada a dosimetria nesta parte.

Por outro lado, em relação às consequências do crime, nenhum reparo há de ser realizado, haja vista que *"devem ser aferidos o maior ou o menor dano causado pelo modo de agir, seja em relação à coletividade, seja em relação a vítima ou aos seus familiares"*[3], sendo a valoração alinhada na sentença adequada à espécie, haja vista que o prejuízo ocasionado às vítimas certamente exige maior reprovação.

Frente a isso, embora não seja possível fixar a pena-base no mínimo legal, ela sofrerá redução face o afastamento da valoração negativa da culpabilidade.

No que diz respeito à aplicação da suspensão condicional da pena, tal não se afigura possível, dado que a pena privativa de liberdade restou substituída por restritivas de direito, circunstância que não será modificada em face do exposto acima. A esse respeito confira-se o disposto no inc. III do art. 77 do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
>
> (*omissis*)
>
> III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código;

Portanto, improcede o pedido de aplicação da suspensão condicional da pena.

Por fim, pleiteia o afastamento da atribuição do valor mínimo à título de indenização.

Neste particular, entendo assistir razão à Defesa.

2 **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 5. ed., Salvador: Podium, 2010, p. 88.

3 op. cit, p. 105.

Isto porque, a Lei n. 11.719/08, que reformou o Código de Processo Penal, inclusive dando nova redação ao inc. IV, do art. 387, do Código de Processo Penal, possibilitou a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causado pela infração, considerando o prejuízo suportado pela vítima.

Ocorre, no entanto, que a alteração legislativa condicionou essa possibilidade, tão-somente, quando houver nos autos pedido expresso formulado pela vítima ou pelo representante do Ministério Público para a fixação do montante mínimo a ser indenizado.

Note-se que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas em consonância com a Constituição Federal, que por sua vez, confere aos litigantes as garantias do contraditório e ampla defesa.

In casu, constata-se que não houve requerimento indenizatório. Sequer foi oportunizado à defesa a possibilidade de se manifestar sobre o tema em instrução específica, deixando-se, portanto, de conferir ao apelante as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A propósito, colaciono importante ensinamento de Guilherme de Souza Nucci[4]:

> [...] Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação) ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver pedido formal e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por nítida infrigência ao princípio da ampla defesa. [...].

No mesmo norte, é pacífica a jurisprudência:

> [...] Apesar da reforma do código de processo penal, trazida pela Lei n. 11.719/2008, ter alterado o inciso IV do art. 387, do CPP passando a considerar a fixação do valor mínimo da indenização como um dos efeitos automáticos da sentença penal condenatória, é necessário, para que não haja lesão aos princípios processuais e constitucionais, especialmente o que assegura a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal), que haja prova do prejuízo sofrido pelo ofendido, sendo oportunizado ao réu, ainda, momento processual para exercer sua ampla defesa[...]. (TJPB, ACr n. 001.2006.017491-7/001, Campina Grande, Rel. Des. João Benedito da Silva, DJ de 8.12.2009, p. 10)

> [...] I. A Lei n. 11.719/08 alterou o art. 387 do CPP e incluiu no inc. IV a possibilidade de ser fixado, na sentença condenatória, o valor mínimo para a indenização dos danos causados pela infração. II. A reparação *ex delito* obedece às disposições processuais e constitucionais. Exige pedido formal do Ministério Público ou da defesa, a fim de viabilizar a ampla defesa e o contraditório. Preliminar acolhida. [...]V. Apelo provido parcialmente. [...]. (TJDF, ACr n. 20080310078049, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Sandra de Santis, julgado em 1.10.2009, DJ de 19.10.2009, p. 222)

Assim, acolho a pretensão defensiva para afastar a fixação do valor mínimo destinado à indenização.

Registre-se, contudo, que em relação à restritiva de direitos na modalidade de prestação pecuniária em favor das vítimas, nenhum reparo há de ser realizado, porquanto trata-se de sanção de natureza penal – cujo *quantum* poderá inclusive ser deduzido em caso de eventual condenação em ação de reparação civil

4 **Curso de Direito Penal**, vol. 1, parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 481.

promovida pelas vítimas –, que em nada se confunde com o efeito da condenação previsto no inc. IV do art. 387 do Código de Processo Penal.

De acordo com as razões alhures delineadas, há necessidade de retificar a dosimetria, vez que o recurso se mostra procedente no que diz respeito ao afastamento da valoração negativa de uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (culpabilidade).

Passo, portanto, ao redimensionamento da pena.

A culpabilidade em nada excede à previsão legal; quanto aos antecedentes e conduta social, foram considerados bons; a personalidade do agente não se afigura desabonadora; os motivos do crime e as circunstâncias não desbordam da normalidade; as consequências do crime operam em demérito, consoante razões alinhadas monocraticamente; o comportamento da vítima em nada influenciou na prática do delito.

Posto isso, em atenção aos critérios do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na 2ª fase da dosimetria, incide isoladamente a atenuante da confissão espontânea, aplicada em 1/6 (um sexto), *de modo que conduzo a pena ao patamar de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*, diante da impossibilidade de redução da reprimenda aquém do mínimo legal neste momento (súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça).

Inexistindo causas de diminuição ou aumento a considerar, torno a pena definitiva no *quantum* acima mencionado, ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Permanecem inalteradas as demais disposições da dosimetria, especialmente no que diz respeito ao regime prisional (aberto) e à substituição da pena corporal por restritivas de direito.

Destarte, ante ao exposto, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso para: a) reduzir a pena-base mediante o afastamento da valoração negativa da culpabilidade, fixando ao final a pena privativa de liberdade em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, e; b) afastar a fixação do valor mínimo destinado à indenização das vítimas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.026920-6 - Camapuã
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 311 DO CP) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – ACOLHIDA – SIMPLES RETIRADA DA PLACA DE IDENTIFICAÇÃO DO VEÍCULO – AUSÊNCIA DE ADULTERAÇÃO OU REMARCAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR – CONDUTA QUE NÃO SE AMOLDA AO TIPO PENAL INCRIMINADOR – ATIPICIDADE RECONHECIDA – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – ALMEJADA A REDUÇÃO DA PENA-BASE FIXADA AO RÉU JOSÉ CARLOS RODRIGUES DA SILVA, EM RELAÇÃO AO DELITO DE RECEPTAÇÃO (ART. 180, DO CP) – MODULADORAS DA CULPABILIDADE, ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL INDEVIDAMENTE VALORADAS – PERSONALIDADE DO AGENTE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME BEM FUNDAMENTADAS – PENA-BASE REDUZIDA – EXCLUSÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO – POSSIBILIDADE – ALTERADO PARA O SEMIABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INVIÁVEL – PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A simples retirada da placa de identificação do veículo automotor, sem a ocorrência de adulteração ou remarcação do sinal identificador, não se subsume à conduta descrita no artigo 311, caput, do Código Penal, vez que a mera supressão não constitui elementar do delito em evidência, pelo que se impõe a absolvição dos recorrentes, nos moldes do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

II – A fundamentação levada à efeito para valorar negativamente a culpabilidade, antecedentes e conduta social do apelante, são inidôneas, devendo, portanto, serem afastadas, em atenção ao princípio constitucional instituído no art. 93, inciso IV da Constituição Federal.

III – O afastamento de parte das circunstâncias judiciais desfavoráveis impõe a redução da pena-base, não para o mínimo legal, porquanto restaram como desabonadoras a personalidade, as circunstâncias e as consequências do crime.

IV – Somente a certidão judicial com a expressa indicação de trânsito em julgado de sentença condenatória em momento anterior à prática delitiva deve servir para configuração da reincidência, nos termos do art. 63 do Código Penal.

V – Afastada a reincidência do recorrente, e atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, torna-se possível a fixação do regime prisional semiaberto, nos termos do art. 33, § 3° do Código Penal.

VI – Inoperável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista que, diante das circunstâncias do crime (quantidade de droga apreendida), esta não seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (art. 44, III, CP).

VII – Recurso a que se dá parcial provimento para, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver os recorrentes do delito previsto no art. 311, *caput*, do Código Penal, bem como para reduzir a pena-base e afastar a agravante da reincidência da pena do recorrente José Carlos Rodrigues da Silva, em relação ao delito de receptação (art. 180, caput, do CP) fixando-lhe, por via de consequência, o regime prisional semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com parecer, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por José Carlos Rodrigues da Silva e Michael Rodrigues da Silva, em face da r. sentença condenatória prolatada pelo douto Magistrado da 2ª Vara da Comarca de Camapuã/MS (f. 191-205) que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para:

condenar José Carlos Rodrigues da Silva como incurso nos artigos 180, caput e 311 c/c art. 29 e art. 69, todos do Código Penal, à pena total de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

condenar Michael Rodrigues da Silva como incurso no artigo 311 do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Em suas razões recursais (f. 130-61), a Defesa técnica pugna pela absolvição dos denunciados quanto ao delito tipificado no art. 311 do Código Penal, vez que a conduta por eles perpetrada não se amolda à figura típica do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, estatuído no mencionado dispositivo. Pleiteia, ainda, a redução da pena-base do sentenciado José Carlos da Silva para o mínimo legal, bem como o afastamento da agravante genérica da reincidência, com a consequente fixação de regime prisional mais brando, e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Ao final, prequestionou a violação do artigo 5°, incisos XXXIX, XLVI e LIV, da Constituição Federal, e dos artigos 59, 63 e 311, todos do Código Penal.

Em contrarrazões (f. 246-56), o Ministério Público Estadual propugna pelo improvimento do apelo defensivo, mantendo-se integralmente a r. sentença condenatória.

Com vistas, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento parcial da apelação criminal para absolver os apelantes da prática do delito capitulado no art. 311 do Código Penal, bem como para reduzir um pouco a pena-base imposta ao apelante José Carlos da Silva em relação ao crime de receptação. (f. 261-8).

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Narra a denúncia que (f. 2-6):

> [...] 1° FATO
>
> Consta do incluso Inquérito Policial n. 4.193/2010, que, no dia 12 de julho de 2010, por volta das 23 horas, na Rodovia Federal BR-163, nas proximidades do Posto da Polícia Rodoviária Federal, localizado na cidade de Jaraguari, Estado de Mato Grosso do Sul, o denunciado José Carlos Rodrigues da Silva conduziu, em proveito próprio e alheio, coisa que sabia ser produto de crime, consistente no veículo motocicleta marca Honda, modelo CG 125 Fan, cor azul, placa HSO-3042, chassi 9C2JCB0705R067667, de propriedade de Francisco Gomes Cardoso. [...]
>
> Revelam os autos que o denunciado Michael Rodrigues da Silva foi o autor do furto e, em seguida, entregou a motocicleta ao seu irmão e denunciado José Carlos Rodrigues da Silva para, juntos, se deslocarem até a cidade de Campo Grande/MS, sendo, porém, abordados pela Polícia Rodoviária Federal. [...]
>
> Assim agindo, o denunciado José Carlos Rodrigues da Silva incorreu na prática do crime de receptação dolosa, descrito no artigo 180, caput, do Código Penal Brasileiro.
>
> 2° FATO
>
> Consta do Inquérito Policial n. 4.193/2010, que, no período compreendido entre os dias 9 (data do furto) e 12 (data da prisão) de julho de 2010, em horário e local não determinado, na cidade de Camapuã, Estado de Mato Grosso do Sul, em concurso de pessoas e unidade de vontades, os denunciados José Carlos Rodrigues da Silva e Michael Rodrigues da Silva adulteraram o sinal identificador do veículo automotor marca Honda, modelo CG 125 Fan, cor azul, placa HSO-3042, chassi 9C2JCB0705R067667, de propriedade de Francisco Gomes Cardoso.
>
> Revelam os autos que, após a subtração da motocicleta, os denunciados José Carlos Rodrigues da Silva e Michael Rodrigues da Silva providenciaram a retirada da placa identificadora do automotor, no intuito de dificultar a identificação e apreensão.[...]

O d. magistrado *a quo* prolatou sentença (f. 191-205) julgando procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para:

a) condenar José Carlos Rodrigues da Silva como incurso nos artigos 180, *caput* e 311 c/c art. 29 e art. 69, todos do Código Penal, à pena total de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

b) condenar Michael Rodrigues da Silva como incurso no artigo 311 do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Inconformada com a r. sentença condenatória, a Defesa interpôs o presente recurso de apelação criminal pugnando, em suas razões recursais (f. 130-61) pela absolvição dos denunciados quanto ao delito tipificado no art. 311 do Código Penal, vez que a conduta por eles perpetrada não se amolda à figura típica do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, estatuído no mencionado dispositivo.

Pleiteia, ainda, a redução da pena-base do sentenciado José Carlos da Silva para o mínimo legal, bem como o afastamento da agravante genérica da reincidência, com a consequente fixação de regime prisional mais brando, e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Passo à análise do recurso.

I - DO PLEITO ABSOLUTÓRIO EM RELAÇÃO AO DELITO TIPIFICADO NO ART. 311 DO CÓDIGO PENAL

Pleiteia a defesa a absolvição dos apelantes, aduzindo que a conduta por eles perpetrada não se amolda à figura típica do art. 311 do Código Penal, uma vez que inexiste a modalidade de suprimir sinal identificador de veículo automotor, tratando-se, pois, de conduta atípica.

O tipo penal incriminador em análise dispõe que constitui infração penal o ato de adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento, cominando, em seu preceito secundário, pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Art. 311, *caput*, do Código Penal).

Acerca do delito em questão, esclarece Júlio Fabbrini Mirabete que:

> A conduta típica é a de adulterar, ou seja, mudar, alterar, modificar, contrafazer, falsificar, deformar, deturpar, ou remarcar, marcar de novo o número ou o sinal identificador do veículo de seu componente ou equipamento, pouco importando o processo utilizado.Objeto material é o veículo automotor, ou seja, o que se move mecanicamente, especialmente a motor de explosão, para transporte de pessoas ou carga (automóveis, utilitários, caminhões, ônibus, motocicletas etc.). A conduta pode incidir não só sobre o número do chassi do veículo como qualquer sinal identificador (números, marcas, placas logotipos etc.) de qualquer componente ou equipamento (motor, vidros, peças etc). (**Código Penal Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001).

Da doutrina de Magalhães de Noronha, transcreve-se:

> [...] o núcleo do novo tipo penal é representado pelos verbos adulterar ou remarcar. Adulterar significa fazer uma coisa transformar-se em outra, falseando-a, tirando-a de seu estado próprio, alterando-lhe a pureza; consiste em acrescentar, suprimir ou trocar parte verdadeira. Por seu turno, remarcar significa tornar a marcar, modificando a marca primitiva [...] (*in* NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, vol. 4, 23. ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 201-202).

No caso em apreço, consoante se infere da exordial acusatória, os apelantes trafegavam em via pública sem a placa identificadora do veículo automotor.

Muito embora se tenha cogitado na denúncia que os recorrentes teriam suprimido o sequencial identificador de chassi, nada restou comprovado nesse sentido. Pelo contrário, tanto a prova testemunhal quanto o Laudo Pericial de Exame em Motocicleta (f. 183-186) demonstram que a numeração estava em perfeito estado, não havendo qualquer indício de adulteração.

Atento a isso, o magistrado singular condenou os apelantes unicamente pela conduta de trafegar com a motocicleta sem as placas de identificação. Confira-se (f. 197):

Vale frisar, porém, que nada restou demonstrado nos autos de que a numeração do chassi da motocicleta tenha sido adulterado. Deste modo, só resta imaginar que, por erro material, a denúncia narra

fatos alheios a este processo, no particular. O que, no entanto, não invalida a configuração do mesmo delito, por outro modo de agir, que fora perfeitamente descrito na peça inaugural.

E tal conduta restou suficientemente demonstrada nos autos. Vejamos:

> [...] JUIZ: Ok. O senhor percebeu se os sinais identificadores dela estavam modificados ou o número do chassi?
>
> DEPOENTE: Não. Isso daí não estava não, não estavam modificados. Estava sem placa, eles tinham arrancado a placa né, só que a placa estava na cintura dos elementos que eles pegaram, a placa estava com eles, mas a parte da numeração estava normal. [...] (g.n.) - Depoimento de Francisco Gomes Cardoso (vítima) - f. 128-33;
>
> [...] Que, face ao reportado saíram em perseguição à dupla que se encontrava na motocicleta, igualmente notaram que o veículo não ostentava placa de identificação. [...] Que, foi localizada a placa identificadora do veículo presa na cintura de MICHAEL RODRIGUES DA SILVA, ou seja, o garupa da motocicleta, portanto os indigitados acima tinham perfeito conhecimento da orgiem ilícita da motocicleta, igualmente visando dificultar a idenfiticação do veículo estirparam a placa de identificação daquele [...] (g.n.) - Depoimento de Wagner Franco Cavalcanti (Policial Rodoviário Federal) - f. 8-9 -, ratificado em juízo às f. 155.
>
> [...] Que, o depoente ressalta que a placa de identificação da motocicleta não se encontrava acoplada no veículo, no entanto foi localizada presa à cintura do garupa da motocicleta [...] (g.n.) - Depoimento de Luciano Barros Godoy (Policial Rodoviário Federal) - f. 11 -, ratificado em juízo às f. 156.
>
> [...] MP: E você verificou se ela, a motocicleta, estava com a placa identificadora retirada?
>
> DEPOENTE: Ela estava sem placa. [...] (g.n.) - Depoimento de Fabiana Pereira Guimarães - f. 161.

Nesse direcionamento, é certo que os acusados retiraram a placa de identificação do ciclomotor, sem colocar outra em seu lugar, certamente para que o veículo não fosse identificado pela Polícia Militar, e que foram presos quando trafegavam em via pública com a referida motocicleta.

Entretanto, a simples conduta de retirar a placa do ciclomotor não é suficiente para caracterizar o delito previsto no artigo 311, *caput*, do Código Penal, porquanto inocorreu as elementares de "adulteração" ou "remarcação" do sinal identificador de veículo automotor, mas apenas a supressão da placa com o rompimento do lacre, situação que não se amolda ao tipo penal em comento.

A esse respeito, a Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deparando-se com caso análogo, decidiu que:

> Remarcar é marcar de novo, alterando. Adulterar é acrescer, suprimir ou trocar parte do original verdadeiro. A placa, uma vez lacrada, incorpora-se ao veículo, como elemento identificador externo, e com ele seguirá indefinidamente, até a baixa do registro. Quem quer que, mantida a placa, nela promover remarcação ou adulteração, será réu do crime definido no art. 311, do Código Penal. Se, ao invés disso, o agente suprimi-la, rompendo o lacre que a incorporava ao veículo, não incidirá tal conduta naquela figura típica, que não prevê a modalidade - suprimir. (TJSP, ACr n. 990.09.143963-0, 4317145, Cunha, Sexta Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Ericson Maranho, julgado em 28.1.2010, DJ de 15.3.2010) (g.n.)

No mesmo sentido, têm-se as jurisprudências nacionais:

> APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor (artigo 311, *caput*, do Código Penal). Sentença absolutória. Subtração da placa da motocicleta sem sua substituição por outra. Fato que não caracteriza o crime em questão. Ocorrência da raspagem do chassi. Materialidade e autoria comprovadas. Conjunto probatório que não deixa dúvidas acerca do cometimento do delito. Álibi não comprovado inviabilidade de manutenção da absolvição. Sentença reformada para condenar o acusado. Recurso conhecido e provido. (TJSC, ACr n. 2009.057698-4, Ascurra, Rel. Des. Hilton Cunha Júnior, julgado em 15.10.2010, DJ de 28.10.2010, p. 203) (g.n.)

> APELAÇÃO CRIMINAL. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO (ART. 311 DO CP). SIMPLES RETIRADA DA TARJETA DE IDENTIFICAÇÃO DO MUNICÍPIO DE REGISTRO E LICENCIAMENTO DO VEÍCULO AUTOMOTOR. NÃO COMPROVADA A INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE DE FALSIFICAR A PLACA. AUSÊNCIA DE ADULTERAÇÃO DA PLACA OU DE FALSIFICAÇÃO DO CHASSI. NÃO SUBSUNÇÃO DO FATO AO TIPO LEGAL. ESCORREITA A ABSOLVIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. Para o enquadramento da conduta na norma do artigo 311 do Código Penal, exige-se que o autor do fato, imbuído da sua vontade livre e consciente, tenha agido com o objetivo específico de adulterar ou remarcar o número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento. Destarte, a simples retirada da tarjeta de identificação do município onde o veículo automotor foi registrado e licenciado, sem qualquer outra adulteração na placa ou chassi, configura-se atípica frente ao art. 311 do código pena, pelo que se impõe a manutenção da r. Sentença de origem para absolver o apelado da pena prevista no preceito secundário do art. 331 do Código Penal. (TJMT, ACr n. 42948/2007, Juara, Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Roberto C. Pinheiro, julgado em 20.2.2008, DJ de 29.2.2008, p. 32) (g.n.)

> EMENTA: Delito do art. 311, do Código Penal - Não configuração - Desclassificação para o art. 336 do mesmo diploma - *Emendatio libelli* em segundo grau - Possibilidade - Furto mediante fraude - Delito configurado - Desclassificação para estelionato - Impossibilidade - Trânsito - Art. 309 - Ausência do perigo de dano - Crime não configurado - Absolvição - O rompimento do lacre e a retirada da placa de identificação de veículo automotor não caracterizam o delito do art. 311 do aludido Diploma - É cabível a *emendatio libelli* no juízo de segundo grau, consoante se infere do disposto no artigo 617 c/c o artigo 383, ambos do Código de Processo Penal [...] (TJMG, ACr n. 000.277.236-6/00, Relª. Desª. Jane Silva, julgado em 8.10.2002). (g.n.)

Destarte, a manutenção da condenação dos recorrentes pelo delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311 do CP) revolveria ampliação indevida do tipo penal incriminador, vez que a conduta de "suprimir" não constitui elementar do delito em evidência.

Nesta baliza, a absolvição dos apelantes pelo delito tipificado no art. 311 do Código Penal é medida que se impõe, face a inexistência de adulteração ou remarcação do sinal identificador do veículo automotor, nos moldes do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

> II - DA PENA E DO REGIME PRISIONAL IMPOSTOS AO APELANTE JOSÉ CARLOS RODRIGUES DA SILVA, EM RELAÇÃO AO DELITO DE RECEPTAÇÃO (ART. 180 DO CP)
>
> A defesa pleiteia, ainda, a redução da pena-base do sentenciado José Carlos da Silva para o mínimo legal, bem como o afastamento da agravante genérica da reincidência, com a consequente fixação de regime prisional mais brando.

A operação realizada pelo emérito julgador monocrático, parte que é objeto da presente irresignação recursal, restou assim redigida (f. 200-202):

a) Quanto ao réu José Carlos Rodrigues da Silva (art. 311 e 180 do CP)

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Culpabilidade: Tinha a plena possibilidade de agir em conformidade com a norma, não o fazendo por liberalidade própria, inexistindo nos autos qualquer causa que exclua sua culpabilidade (em relação aos dois crimes – 311 e 180 do CP).

Antecedentes: Que lhes são desfavoráveis, conforme se vê de f. 72, 75 à 82, 84 à 92, (em relação ao dois crimes – 311 e 180 do CP).

Conduta social: Desfavorável já se é dado ao uso de bebida alcoólica, f. 28, (em relação aos dois crimes – 311 e 180 do CP).

Personalidade: Voltada à prática delitiva, tendo em vista que estando em regime prisional extramuros, não se conteve à tentação da vida fácil, relegando o esforço do trabalho honesto,(em relação ao dois crimes – 311 e 180 do CP).

Motivos: sem elementos.

Circunstâncias: Que lhe desfavorecem, pois o veículo receptado estava sendo conduzido durante a noite, tendo o réu tentado empreender fuga da PRF (em relação aos dois crimes 180 do CP). Já em relação ao delito do 311 CP as circunstâncias não merecem relevo.

Conseqüências desfavoráveis, já que o veículo sofreu avaria, embora recuperado (em relação ao dois crimes – 311 e 180 do CP).

Vítima Incabível avaliação.

Assim, considerando a reprovabilidade de seis e cinco comemorativos do art. 59 quanto aos delitos previstos nos art. 180 e 311 do CP, respectivamente, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão quanto ao primeiro e em 3 (três) anos e 8 (meses) de reclusão.

CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS – AGRAVANTES E ATENUANTES.

Não vejo a presença de atenuante. Presente, porém, a agravante da reincidência, já que certidão da vida passada do réu dá conta de que o mesmo ao praticar os delitos pelos quais está sendo julgado já havia contra si sentença penal transitada em julgado (f. 72, 75 à 82, 84).

Em face da reincidência, com repercussão sobre a pena dos dois delitos, aumento a reprimenda em seis meses para cada um deles. Assim, vai a pena provisória fixada em 2 (DOIS) ANOS e 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO quanto ao crime de receptação (188 do CP) e, EM 4 (QUATRO) ANOS e 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO quanto ao crime de adulteração de sinal de veículo automotor (art. 311 do CP), as quais vão tornadas em definitivo em face da ausência de aumento e diminuição.

REGIME

O regime é o inicialmente fechado, forte no art. 33, § 3º, do CP. [...]

Daí verifica-se que, o magistrado singular considerou como desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade, das circunstâncias e consequências do crime e, por conta disso, fixou a pena-base do delito de receptação em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Com efeito, assiste razão parcial ao apelante.

A moduladora da culpabilidade, segundo os ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt[1]:

> [...] É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um *plus* de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.
>
> Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. [...]. (g.n.)

Assim, o fato de o apelante ter a "*plena possibilidade de agir em conformidade com a norma, não o fazendo por liberalidade própria, inexistindo nos autos qualquer causa que exclua sua culpabilidade*" definitivamente não deve autorizar a exasperação da pena-base, pois não demonstra a intensidade do dolo ou o grau da culpa que ensejam o recrudescimento da resposta penal, senão apenas descreve um dos pressupostos necessários à imposição da sanção punitiva.

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça é iterativa nesse sentido, como, *ad exemplum*, trago a colação:

> *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. CULPABILIDADE. ALUSÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. AGRAVAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PREMEDITAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO. CABIMENTO. 1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. Entretanto, a valoração negativa de elementares do tipo penal configura constrangimento ilegal. 2. Na hipótese, do modo como foi valorada, a culpabilidade não autoriza a exasperação da sanção. Isso porque não tivesse a paciente "efetiva consciência do caráter ilícito do fato" seria ela considerada inimputável. [...] (*HC* n. 136470/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 30.6.2010). (g.n.)
>
> *HABEAS CORPUS*. PENAL. FURTO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTARES DO TIPO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE. 1. Não pode ser considerado como fundamento apto a elevar a reprimenda acima do patamar mínimo a potencial consciência da ilicitude, elemento inerente ao dolo, necessário à caracterização do próprio delito, não pode servir como fundamento para majorar a pena-base. A culpabilidade descrita no art. 59 do Código Penal refere-se ao grau de censurabilidade da conduta. [...]. (*HC* n. 109.831/DF, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 7.12.2010, DJ de 1.2.2011) (g.n.)

1 **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 5. ed. Salvador: Podium, 2010, p. 88.

No tocante aos antecedentes, entendo que também não há fundamentação idônea para valorá-los negativamente, pois de acordo com a Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados em consideração como maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade.

Nessa linha, considerando que nas certidões de antecedentes criminais apontadas pelo d. Magistrado *a quo* não consta qualquer sentença penal condenatória (f. 72, 75 à 82, 84 à 92), de rigor o afastamento da valoração negativa dos antecedentes do recorrente.

Nesse diapasão:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. DOSIMETRIA DA PENA. [...]. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. SÚMULA N. 444/STJ. [...]. 2. Nos termos da Súmula n. 444 desta Corte: '[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.' [...]. (STJ, *HC* n. 161.197/PR, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 28.6.2011). (g.n.).

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA.MAJORAÇÃODAPENA-BASE.MAUSANTECEDENTESEPERSONALIDADE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 444 DESTA CORTE. [...] 1. Nos termos do entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados para fins de exasperação da pena-base, seja a título de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade. Súmula n. 444 desta Corte. (*HC* n. 163.993/SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 6.9.2011, DJ de 22.9.2011) (g.n.).

Já a conduta social, segundo os ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt[2]: "trata-se do comportamento social do agente no meio social, familiar e profissional, sem se confundir com os antecedentes e a reincidência, os quais são reservados para fatos ilícitos (criminosos). A conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do acusado no meio em que vive, perante a comunidade, a família e os colegas de trabalho."

Destarte, o simples fato de o recorrente ingerir bebida alcoólica não é indicativo automático de uma conduta social desfavorável, porquanto não restou demonstrado que tal circunstância seria deflagradora de mau comportamento no âmbito social, familiar ou profissional, razão pela qual deve ser afastada.

Nesse diapasão, é pacífica a jurisprudência da Corte Superior, *in vebis*:

> PENAL. ROUBOS QUALIFICADOS NA FORMA CONTINUADA. PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL. MOTIVOS INIDÔNEOS. IMPROPRIEDADE. 1 - A existência de processos penais anteriores, sem trânsito em julgado, não legitimam exasperação da pena-base, no tocante à personalidade. Da mesma forma, o fato de o réu consumir bebidas alcoólicas e drogas não é suficiente para considerar desfavorável a conduta social, se não há outras constatações a consignar. [...] 4 - Ordem concedida em parte, apenas para fixar a pena final em 4 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto. (*HC* n. 144.487/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Relª. p/Acórdão Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 27.9.2011, DJ de 14.11.2011) (g.n.)

2 **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática.** 5. ed. Salvador: Podium, 2010, p. 99.

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. 1. ANTECEDENTES. DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTO EM INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO CUJOS FATOS SÃO POSTERIORES À DATA DA PRESENTE IMPUTAÇÃO IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 2. CONDUTA SOCIAL. ADVERSA. ARGUMENTOS INADEQUADOS. 3. CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. 4. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 155, § 2º, DO CP. AGENTE PRIMÁRIO E DE PEQUENO VALOR A *RES FURTIVA*. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. 5. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA, COM *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.
>
> 1. Fixar a pena-base acima do mínimo legal ante a existência de inquéritos e ações penais em curso contra a paciente constitui fundamentação inadequada, eis que viola a garantia da presunção de inocência. *In casu*, conforme depreende-se da folha de antecedentes, os fatos citados nos demais feitos foram anteriores ao ocorrido neste processo. Precedentes. 2. A conduta social da agente não pode ser considerada desfavorável apenas por estar grávida, possuir uma filha em abrigo tutelar, cujo pai se desconhece, ingerir bebida alcóolica e usar drogas ilícitas, eis que são peculiaridades dissociadas do aspecto patrimonial do delito ora em apreço; assim como considerações de cunho ético e moral devem ser excluídas da avaliação.[...] 5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base e, de ofício, reconhecer o privilégio previsto no artigo 155, § 2º, do Código Penal. (*HC* n. 114.839/MS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16.3.2010, DJ de 5.4.2010) (g.n.)

De outro vértice, a moduladora da personalidade, segundo melhor corrente jurisprudencial: "*STJ: [...] deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito.*" (STJ, *HC* n. 50.331/PB, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, em 6.8.2007).

A propósito, Fernando Capez[3] destaca que a personalidade:

> [...] é a índole do agente, seu perfil psicológico e moral. Seu conceito pertence mais ao campo da psicologia e psiquiatria do que ao direito, exigindo-se uma investigação dos antecedentes psíquicos e morais do agente, de eventuais traumas de infância e juventude, das influências do meio circundante, da capacidade para elaborar projetos para o futuro, do nível de irritabilidade e periculosidade, da maior ou menor sociabilidade, dos padrões éticos e morais, do grau de autocensura etc. A intensificação acentuada da violência, a brutalidade incomum, a ausência de sentimento humanitário, a frieza na execução do crime, a inexistência de arrependimento ou sensação de culpa são indicativos de má personalidade. (CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 1, parte geral. 14. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 481). (g.n.)

Assim, a fundamentação lançada bem se amolda à intelecção da circunstância judicial em comento, não havendo qualquer reparo a ser realizado neste particular.

Quanto às circunstâncias do crime, Capez[4] elucida que: "*[...] podem dizer respeito, por exemplo, à duração do tempo do delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso, ao local do crime, que pode indicar a maior periculosidade do agente; à atitude de frieza, insensibilidade do agente durante ou após a prática da conduta criminosa. [...]*"

3 **Curso de Direito Penal**, vol. 1, parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 481.

4 **Curso de Direito Penal**, vol. 1, parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 481.

No caso em apreço, consoante bem enfatizado pelo e. julgador *a quo*, o veículo receptado estava sendo conduzido de uma cidade para outra em período noturno, com a nítida intenção de dificultar a descoberta do delito praticado pelo apelante, sendo que, posteriormente, empreendeu fuga da Polícia Rodoviária Federal. Logo, imperiosa a manutenção desta circunstância judicial.

Por fim, com relação às consequências do delito, restou demonstrado pelo Laudo Pericial de f. 183-186 que a motocicleta furtada fora restituída com avarias, devendo, pois, tal circunstância permanecer como desabonadora.

Nesse norte, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "*[...] 2. Na espécie, contata-se que a pena-base está concretamente fundamentada, destacando o juiz de primeiro grau, no tocante às consequências do crime, que o bem subtraído (veículo automotor) foi restituído com avarias à vítima.[...]*" (*HC* n. 182.709/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 14.4.2011, DJ de 2.5.2011) (g.n.)

Portanto, afastadas as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes e da conduta social, a pena-base fixada ao réu José Carlos da Silva, pelo delito de receptação (art. 180, do CP), deve ser reduzida, não para o mínimo legal, porquanto restaram como prejudiciais as moduladoras da personalidade, das circunstâncias e consequências do crime.

Assim, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria penal, o magistrado singular reconheceu a agravante genérica da reincidência.

Entretanto, nas certidões de antecedentes criminais acostadas às f. 72-3, 75-9 e 81-92 não consta qualquer registro de sentença penal condenatória definitiva, razão pela qual torna-se impossível manter a aludida agravante em desfavor do recorrente.

Frise-se que, as diversas anotações são superficiais e incompletas, revelando-se impróprio e temerário afirmar ser o apelante reincidente sem registro idôneo em certidão judicial competente.

Assim, de rigor a exclusão da agravante genérica da reincidência (art. 61, inciso I, do CP), pelo que mantenho a pena, na segunda etapa da dosimetria penal, em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, a qual torno definitiva, face a ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena.

Ato contínuo, pleiteia o recorrente a fixação de regime prisional mais brando, o que entendo ser possível.

Como se vê, foram afastadas da pena do recorrente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes e da conduta social, bem como a agravante genérica da reincidência, permanecendo em seu desfavor, tão somente, as moduladoras da personalidade, das circunstâncias e consequências do crime.

Frente a isso, entendo ser possível a fixação do regime prisional semiaberto, nos moldes do art. 33, § 3° do Código Penal.

III - DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS

Pleiteia, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em favor do recorrente José Carlos Rodrigues da Silva.

Neste particular, não assiste razão à defesa.

O artigo 44 do Código Penal dispõe que, *verbis*:

> 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 4 (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 agente, bem como os motivos e as circunstâncis indicarem que essa substituição seja suficiente; (g.n.)

Com efeito, muito embora a pena privativa de liberdade seja inferior a 4 (quatro) anos, e não se tenha registro idôneo da reincidência do recorrente, é fato que as circunstâncias judiciais da personalidade, das circunstâncias e consequências do crime, todas desfavoráveis ao apelante, indicam que a concessão da substituição não seria suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Assim, a pretensão defensiva encontra óbice no art. 44, inciso III, do Código Penal, pelo que deixo de substituir a pena corporal por restritivas de direitos.

V – DOS PRONUNCIAMENTOS FINAIS

Ante o exposto, em parte com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou parcial provimento ao recurso para;

a) com fundamento do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver os recorrentes José Carlos Rodrigues da Silva e Michael Rodrigues da Silva, do delito tipificado no art. 311, *caput*, do Código Penal, face a atipicidade da conduta por eles perpetrada;

b) reduzir a pena-base do apelante José Carlos Rodrigues da Silva, em relação ao crime de receptação (art. 180 do CP), não para o mínimo legal, pois permanecem como desfavoráveis as moduladoras da personalidade, das circunstâncias e consequências do crime, bem como para afastar da agravante genérica da reincidência (art. 61, inciso I, do CP), face a ausência de registro idôneo em certidão judicial competente, fixando-se, por via de consequência, o regime prisional semiaberto.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento aventado, entendo que a matéria foi integralmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

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 Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2010.013180-1 - Miranda
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO ATIVA – PAGAMENTO DE DINHEIRO À POLICIAIS PARA LIBERAÇÃO DE CARGA SEM NOTA FISCAL – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO FUNDADA NA AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – DECLARAÇÕES EM PROCESSO CONEXO ALIADAS À PROVA TESTEMUNHAL E DEPOIMENTO DE POLICIAIS – PROVAS PARA A CONDENAÇÃO – PENA-BASE – FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – SÚMULA N. 231 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em absolvição por insuficiência de provas, se essas estão consubstanciadas nas palavras do próprio réu, ouvido, por mais de uma vez, em processo conexo, em que houve a condenação dos policiais corruptos, proferidas de maneira uníssona e em conformidade com os depoimentos testemunhais, que perfazem um conjunto probatório seguro para dar azo à condenação.

Afasta-se a pretendida redução da pena-base, tendo essa sido fixada no mínimo legal, o que torna inviável a aplicação da atenuante da confissão espontânea, nos termos da súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 16 de janeiro de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Ítalo Victor Humberto Cavallini Saldana, contra a sentença que o condenou pelo cometimento do crime tipificado no art. 333, parágrafo único, do Código Penal, ao cumprimento de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, tendo sido substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) em favor da APAE de Miranda.

Argui preliminar de ocorrência da prescrição retroativa e nulidade da sentença por ausência de fixação do regime prisional.

No mérito, pretende ser absolvido, sob o argumento de que teria sido coagido por policiais civis e militares a lhes repassar uma quantia em dinheiro após sacá-lo da conta corrente.

Alternativamente, requer a redução da pena, em atenção à sua primariedade e confissão espontânea.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, pede a manutenção da sentença condenatória (f. 424-9-verso).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Ítalo Victor Humberto Cavallini Saldana foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, tendo sido substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) em favor da APAE de Miranda, pela prática do crime tipificado no artigo 333, parágrafo único, do Código Penal.

Consta dos autos que o Ministério Público Estadual ofereceu Denúncia contra o recorrente porque no dia 5 de abril de 2004, por volta das 14 horas, em um laticínio abandonado nesta cidade, teria oferecido vantagem indevida a policiais civis a fim de deixarem de praticar ato de ofício.

Segundo a Denúncia o acusado estaria carregando uma carga de óleo de cozinha e, ao ser abordado por vários policiais, foi constatado que a carga era irregular e os policiais teriam solicitado quantia em dinheiro para deixar de agir. Após uma negociação os policiais acompanharam o acusado até uma agência bancária nesta cidade, que efetuou o saque de R$ 3.000,00 (três mil reais) e entregou aos policiais, que liberaram a carga em seguida.

Por meio do presente recurso, arguiu, em preliminar, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, bem como a nulidade da sentença por ausência de fixação do regime prisional.

As preliminares devem ser rejeitadas.

Em primeiro lugar, porque não transcorreu o lapso superior ao previsto em lei para que houvesse a extinção da punibilidade do apelante, porquanto, sendo a pena superior a dois anos e inferior a quatro, e tendo havido o trânsito em julgado para a acusação, a prescrição é verificada em 8 (oito) anos (artigos 110, § 1º, e 109, inciso IV, ambos do Código Penal), cujo prazo não foi ultrapassado entre as causas interruptivas da prescrição, haja vista ter o fato ocorrido em 5 de abril de 2004 (f. 2), a denúncia recebida em 20 de outubro de 2008 (f. 157) e a sentença publicada no dia 17 de março de 2010.

Outrossim, equivocou-se o recorrente quanto à fixação do regime prisional, pois às f. 386 da sentença, já na primeira linha, o magistrado estabeleceu o regime aberto para o início do cumprimento da pena, caso haja o descumprimento da pena restritiva de direitos fixada.

No mérito, pretende ser absolvido sob o argumento de que houve coação moral irresistível para o cometimento do crime, pois os policiais civis e militares o obrigaram, mediante ameaça de morte e sob a mira de armas pesadas, a lhes repassar uma quantia em dinheiro após sacá-lo da conta corrente.

Não é o que se extrai do farto e coeso conjunto probatório carreado ao processo.

Isso porque, muito embora o recorrente tente se eximir da responsabilidade pelo delito, sob o falacioso argumento de que teria sido coagido a praticá-lo, o fato é que, apresentou a mesma versão quando ouvido na Delegacia de Polícia (f. 22-3), no Comando Geral de Polícia Militar (f. 306-311), na Auditoria Militar (f. 312-316), na Corregedoria da Polícia Civil (f. 317-319 e 320-325), bem como na condição de testemunha na ação penal de n. 015.04.000824-4, em que houve a condenação dos policiais envolvidos no episódio (f. 362-363), narrado com riqueza de detalhes, sem que tenha havido a menção de uma suposta coação sofrida.

Com efeito, segundo Ítalo Victor, os acusados lhe abordaram no local onde a carga estava sendo carregada e lhe exigiram a nota fiscal. Como não havia dito documento, os acusados lhe chamaram para uma conversa reservada e lhe pediram a importância de R$ 5.000,00 para liberar a carga; que o acerto acabou saindo por R$ 3.000,00, importância essa retirada pelo próprio Ítalo, mediante cartão, de sua conta corrente no Banco HSBC; disse também, que entregou o dinheiro para o policial militar que estava sentado consigo no banco de trás da viatura da polícia civil, enquanto os acusados, um dirigia e outro seguia ao seu lado. Da mesma, forma, disse que tão logo entregou o dinheiro, um dos acusados fez uma ligação para uma pessoa que chamou de "Doutor" e lhe informou que a carga estava legal e que havia examinado a nota fiscal. Em ato contínuo, afirmou que os acusados resolveram abastecer o veículo, sendo certo que para tanto fizeram nova ligação, pedindo autorização, o que foi concedida; que após abastecerem o veículo, rumaram para o local onde estava sendo carregada a carreta e liberaram a carga, sendo dito aos "chapas" e aos demais policiais militares que guarneciam a carga que esta era legal e que tinham examinado a respectiva nota fiscal. Por fim, disse que somente comentou o assunto na borracharia onde seu veículo foi consertado, empreendendo viagem rumo a Corumbá, MS.

A esposa do dono da borracharia, senhora Maria Lúcia de Souza, ouvida no processo que apurou o mesmo fato, confirmou: *"[...] que depois que Ítalo foi a borracharia arrumar o pneu, Ítalo disse que tinha dado R$ 3.000,00 reais para os policiais, que Ítalo não comentou mais nada com a depoente."* (f. 368).

Não bastasse isso, há, ainda, os depoimentos dos policiais rodoviários federais responsáveis pela abordagem do apelante, que, segundo eles, ao ser questionado sobre como havia sido liberado pela fiscalização, respondeu que havia negociado a liberação da carga (f. 278-279 e 365-366).

Denota-se, pois, que em nenhum depoimento, ou mesmo nas uníssonas declarações do recorrente, foi mencionada uma suposta coação por parte dos policiais, que por cuja ação delituosa foram condenados (f. 368-377), haja vista a comprovada negociação que resultou no recebimento da vantagem indevida, sendo a conduta contraposta – oferecimento da vantagem – pressuposto imprescindível para que haja a configuração da corrupção passiva, como bem observado nas contrarrazões ministeriais (f. 428-v).

Mantida a condenação, resta analisar a insurgência quanto à pena imposta, que, da mesma forma, não encontra guarida, tendo sido a reprimenda fixada no mínimo legal (f. 385), razão pela qual o pretendido reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não pode ser acolhido (Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça).

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

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, 16 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.008776-9 - Cassilândia
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – LOCAÇÃO DE VEÍCULO FEITA POR CONTRATO – VENDA DA *RES* PELO ACUSADO – DOLO ANTECEDENTE – HIPÓTESE DE ESTELIONATO – *EMENDATIO LIBELLI* NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO DE OFÍCIO.

Configura crime de estelionato a conduta do réu que realiza contrato de locação de veículo e, posteriormente, o vende, se comprovado nos autos ser antecedente o dolo.

Inexiste vedação à realização da *emendatio libelli* no segundo grau de jurisdição, já que se trata de simples redefinição jurídica dos fatos narrados na denúncia.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de janeiro de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Geferson Gomes Vilela, inconformado com a sentença que julgou procedente a denúncia para condená-lo pela prática do crime tipificado no art. 155, § 4º, II e IV, e § 5º, do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multa, em regime inicial aberto, interpõe o presente recurso objetivando a reforma do *decisum*.

O apelante pretende a desclassificação do delito para o previsto no art. 168 do Código Penal, bem como a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal (f. 142-146).

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual pediu o improvimento do recurso (f. 147-152).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo improvimento da apelação; porém, se manifesta para que a conduta seja desclassificada para o crime de estelionato, de ofício (f. 157-162).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra Geferson Gomes Vilela e Warle Aparecido Vieira pela prática do crime tipificado no art. 155, § 4º, incisos II e IV, e § 5º, do Código Penal, porque segundo narrou na exordial acusatória:

> No dia 13 de junho de 200, por volta das 18 horas, na empresa 'Braz Veículos e Locadora' localizada na Avenida Juraci Lucas, n. 410, Vila Pernambuco, nesta cidade, os denunciados GEFERSON GOMES VILELA e WARLE APARECIDO VIEIRA subtraíram, em benefício dos mesmos, mediante fraude, coisa alheia móvel consistente em um automóvel modelo Gol, branco, ano 2008, placa HTI-4271, pertencente à vítima Braz Marques da Rocha.
>
> Segundo apurado, no dia dos fatos, os denunciados se dirigiram até a empresa da vítima, uma locadora de veículos automotores, e, mediante meio fraudulento, furtaram o veículo acima descrito.
>
> Consta que, previamente ajustados, os denunciados celebraram um contrato de locação do aludido veículo com a vítima, objetivando ludibriá-la, após o que subtraíram a *res*, inclusive tomando rumo ignorado.
>
> O contrato (f. 9-11) foi firmado em nome do denunciado GEFERSON, com término previsto para 16 de junho de 2009, quando a vítima, então, em razão da não devolução do bem, percebeu ter sido vítima de furto. (*sic*, f. 4).

O corréu Warle Aparecido Vieira respondeu pelo crime nos autos da ação penal n. 007.7.09.001788-5, em razão do desmembramento do feito.

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença condenando Geferson Gomes Vilela pela prática do crime tipificado no art. 155, § 4º, inciso II e IV e § 5º do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multa, com regime inicial aberto.

Inconformado com a condenação pelo crime de furto, busca a desclassificação da conduta para apropriação indébita.

Passa-se à análise do recurso.

Conforme bem asseverou o douto Procurador de Justiça, deve ser procedida a *emendatio libelli*, já que a conduta delituosa se subsume ao delito de estelionato.

Como se sabe, o réu se defende dos fatos que lhe são atribuídos e não da classificação jurídica atribuída pelo Órgão Ministerial na denúncia.

Fernando Capez explica:

> No processo penal, o réu só se defende de fatos, sendo irrelevante a classificação jurídica constante da denúncia ou queixa. Segundo o princípio da correlação, a sentença está limitada apenas à narrativa feita na peça inaugural, pouco importando a tipificação legal dada pelo acusador. Desse modo, o juiz poderá dar aos eventos delituoso descritos explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa a classificação jurídica que bem entender, ainda que, em conseqüência, venha a aplicar pena mais grave, sem necessidade de prévia vista à defesa, a qual não poderá alegar surpresa, uma vez que não se defendia da classificação legal, mas da descrição fática da infração penal (**Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 394).

A respeito das diferenças entre o furto com abuso de confiança ou mediante fraude e a apropriação indébita, colho os ensinamentos de Fernando Capez, *verbis*:

Não há que se confundir o furto mediante fraude com a figura do estelionato. A confusão reside no fato de que em ambas as figuras o agente se utiliza de ardil, engodo, para apropriar-se do bem. No estelionato, é o próprio dono da coisa que, enganado pelo agente, entrega-lhe voluntariamente o bem (p. ex., a vítima que entrega seu computador ao agente, que se passa por técnico em informática). No furto mediante fraude, o agente, através de engodo, burla a vigilância do proprietário e se apodera da coisa, sem o conhecimento dele (p. ex., agente que, a pretexto de consertar computador, se passa por técnico em informática para lograr subtrair as jóias da dona da casa). Assim se a vítima iludida entrega voluntariamente o bem, há estelionato; se a vítima é distraída, e o agente subtrai a coisa, há furto mediante fraude.

Outrossim, não merece guarida a pretensão do apelante, de desclassificar a conduta para apropriação indébita, pois nesta, o dolo é subsequente, ou seja, o agente não tem a intenção preconcebida de tornar a coisa alheia sua.

Não houve a subtração do veículo pelo apelante, mas sim, a entrega da *res* mediante contrato de locação, pela própria vítima Sr. Braz Marques da Rocha (f. 105-106), contudo, a análise do conjunto probatório colhido no caderno processual mostra que o dolo era antecedente.

Colho do depoimento da vítima:

> MP: Jeferson é esse que está presente.
>
> DEPOENTE: Esse que está presente. Aí que precisava de um carro para locar, aí me ligou no telefone que estava no carro, que estava estragado, fui na oficina, realmente eu fui até lá, aí era um Golf. Aí pegou, veio, eu trouxe eles até a garagem, aí veio para fazer o documento no nome do Gabiru, o Gabiru não tinha documento, eu falei: 'assim não pode fazer locação no nome', ele falou: 'não, mas eu tenho meus documentos aqui', falei: 'aí sim', aí puxei o nome dele, fiz o documento no nome dele, que ele precisava de uma diária que ia fazer umas entregas de, que ele era veterinário, ia fazer umas entregas aqui na cidade. Aí eu fiz o documento e entreguei o carro. E esse carro ele consumiu com ele. (*sic*, f. 104).

Sucede, contudo, que no dia em que foi feita a locação o veículo Golf já estava consertado, ou seja, eles não precisariam de dois carros para voltar para o Estado de Goiás. Esse ponto foi bem observado na sentença, como asseverou o Procurador de Justiça em seu parecer, veja-se:

> [...] Há que se avaliar, para tanto, o interrogatório com maiores reservas, eis que traça rota contrária ao conjunto probatório, tamanha falta de harmonia, reduzindo-se o valor probatório e a credibilidade de sua versão.
>
> Ora, foi o acusado quem inicialmente procurou a locadora com a finalidade de locar a *res* furtiva.
>
> Estranhamente o acusado foi dirigindo o carro de Geferson até a cidade de Ituiutaba-MG sem maiores questionamentos, o que se figura incomum, pois se ele em seu interrogatório afirmou que não era amigo e tinha pouco contato com o acusado, como aceitou fazer uma viagem longa e sem razão aparente, de Cassilândia-MS à Ituiutaba-MG. (sic, f. 135-v).

Há, ainda, as declarações do corréu Warle Aparecido Vieira, no sentido de que o apelante locava os veículos já com intenção de vendê-los, além de estarem ambos respondendo por processo diverso na comarca de Mineiros (GO), por fatos idênticos ao aqui tratado.

Assim, a conduta imputada ao acusado na narrativa dos fatos na denúncia, conforme se pode observar, é aquela referente ao crime de estelionato, e não de furto ou apropriação indébita.

Por fim, somente para argumentar, é *mister* dizer que é possível a *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição, máxime porque a pena abstrata do estelionato é inferior à do furto qualificado, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no *HC* n. 92.181-MG, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa:

> EMENTA: *HABEAS CORPUS. EMENDATIO LIBELLI* NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE. MERA SUBSUNÇÃO DOS FATOS NARRADOS À NORMA DE INCIDÊNCIA. CRIME DE TORTURA. INCONSISTÊNCIA PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA AOS LAUDOS PERICIAIS OFICIAIS. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REGRA DO CONCURSO MATERIAL. APLICABILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. PERDA DE PATENTE E DO POSTO. CONSEQÜÊNCIA DA CONDENAÇÃO. AUSENTE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Inexiste vedação à realização da *emendatio libelli* no segundo grau de jurisdição, pois se trata de simples redefinição jurídica dos fatos narrados na denúncia. Art. 383 do Código de Processo Penal. O réu se defende dos fatos, e não da definição jurídica a eles atribuída. Ademais, tratou-se, apenas, da incidência de circunstância agravante, que veio a ser requerida por ocasião das alegações finais do Ministério Público.

Passo à dosimetria da pena: Analisando-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal observo: A culpabilidade do réu, que é o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta, é intensa, já que o mesmo saiu de Goiás para cometer o delito em Comarca tranquila de nosso Estado. Sem antecedentes. Personalidade e conduta social, sem elementos para aferição. Circunstâncias normais para o estelionato. Motivos, neutra. Consequências, normais ao tipo. A vítima não contribuiu para o evento criminoso. Diante disso, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, com valor diário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, a qual torno definitiva diante da ausência de outras causas modificadoras. Regime inicial aberto.

Em razão do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistente no pagamento de prestação pecuniária no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), em favor do Conselho de Segurança Pública de Cassilândia, e prestação de serviços à comunidade pelo tempo de duração da pena.

Pelo exposto, com o parecer, dou provimento para, de ofício, desclassificar a conduta para o delito de estelionato, crime menos grave em relação ao furto qualificado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

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, 9 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Agravo Criminal n. 2012.000950-0 - Campo Grande
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – EXECUÇÃO DE PENA – INDEFERIMENTO DE TRABALHO EXTERNO PARTICULAR – PREFERÊNCIA PELO TRABALHO EXTERNO OFERECIDO PELO PRÓPRIO REGIME – PRETENSÃO DE TRABALHO EM FAZENDA, LOCAL DE DIFÍCIL FISCALIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Nega-se provimento ao agravo que pretende o deferimento de trabalho externo particular, no regime semi-aberto, se já é oferecido trabalho externo, especialmente se o trabalho pretendido é em uma fazenda, local de difícil fiscalização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Fauzi Marques Gonçalves, inconformado com a decisão que indeferiu o seu pedido de trabalho externo particular, na guia de recolhimento n. 0027334-84.2009.8.12.0001, interpõe o presente agravo.

Requer, em suma, que lhe seja permitido cumprir trabalho externo em uma fazenda na zona rural de Campo Grande, denominada "Fazenda Quatro Irmãos", consoante "proposta de trabalho", na função de "serviços gerais", no cultivo de cana-de-açúcar, na Rodovia MS-080, Km 25, à esquerda, de segunda-feira a sábado, das 7:00 às 18:00.

O órgão ministerial, em contrarrazões, posicionou-se pela manutenção do decido (f. 5-8).

Em juízo de retratação, confirmou-se a decisão atacada (f. 3).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça fora pelo improvimento do recurso (f. 29-33).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Fauzi Marques Gonçalves, inconformado com a decisão que indeferiu o seu pedido de trabalho externo particular, na guia de recolhimento n. 0027334-84.2009.8.12.0001, interpõe o presente agravo.

Requer, em suma, que lhe seja permitido cumprir trabalho externo em uma fazenda na zona rural de Campo Grande, denominada "Fazenda Quatro Irmãos", consoante "proposta de trabalho", na função de "serviços gerais", no cultivo de cana-de-açúcar, na Rodovia MS-080, Km 25, à esquerda, de segunda-feira a sábado, das 7:00 às 18:00.

A decisão agravada, consultada via SAJ-PG, está fundamentada da seguinte forma, *verbis*:

> Nestes termos, presentes os requisitos objetivo e subjetivo, em observância ao artigo 122 da LEP, AUTORIZO a saída temporária pleiteada pelo prazo de 7 (sete) dias, a contar da intimação desta decisão, devendo permanecer por todo o período no endereço informado e sair apenas para se dirigir ao estabelecimento em que se encontra recolhido.
>
> Comunique-se à direção do estabelecimento prisional competente, inclusive para expedição da competente autorização de saída e de viagem, em sendo o caso.
>
> Quanto ao pedido de trabalho externo, verifica-se dos autos que o sentenciado já se encontra trabalhando externamente junto a empresa "COPREMOL" em convênio celebrado entre referida empresa e o Patronato Penitenciário.
>
> Importante ressaltar que, além de ser o apenado remunerado pelo trabalho quem vem prestando, o trabalho do preso, nos termos dos art. 31 e seguintes da LEP, constitui DEVER do preso e obrigação do Estado em fornecer trabalho.
>
> Consequentemente, se compete ao Estado o fornecimento do trabalho, também compete a efetiva fiscalização.
>
> Portanto, não é facultado ao sentenciado se pretende ou não trabalhar, assim como também não é de sua escolha a forma e o local em que acha por bem exercer o trabalho interno, dirá o trabalho externo que, nos termos dos art. 36 e art. 37 da LEP, emprega uma análise mais criteriosa na concessão da autorização.
>
> Ressalta-se, outrossim, que o oferecimento de vagas de trabalho externo, via convênio AGEPEN/Empresas, atinge a mesma finalidade – oportunidade de trabalho –, porém agrega possibilidade efetiva de fiscalização do poder estatal a respeito do trabalho desenvolvido pelo condenado.
>
> Desse modo, considerando que a finalidade do trabalho já foi atingida, inclusive mediante remuneração, levando ainda em consideração que constitui obrigação do preso e não uma faculdade, INDEFIRO o pedido de trabalho externo em empresa privada.

Tenho que a decisão agravada deve ser mantida.

Comungo do entendimento do parecer ministerial, o qual adoto como razão de decidir, quando afirma que:

> [...] o agravante já está trabalhando externamente, por meio do Patronato Penitenciário, sendo que o local em que pretende laborar localiza-se em Fazenda desta Comarca, o que impossibilitará qualquer espécie de fiscalização.
>
> Assim, o preso que trabalha externamente no regime semi-aberto já está em situação excepcional, muito mais benéfica a ele, por estar em situação similar ao regime aberto, em que apenas se recolhe no estabelecimento penal, no final do dia. Desse

> modo, autorização de trabalho em local distante do que cumpre a pena, em área rural, quando já exerce trabalho na área urbana, por meio de órgão penitenciário, se mostra ilegal e desproporcional, inviabilizando o próprio caráter punitivo e de ressocialização da pena. (f. 31).

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao agravo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

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, 27 de fevereiro de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Conflito de Competência n. 2011.035087-5 - Miranda
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – DENÚNCIA POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 308, DO CP OCORRIDO EM CAMPO GRANDE – LAUDO PERICIAL REVELANDO FALSIFICAÇÃO DO RENACH NA COMARCA DE MIRANDA-MS – CRIME DE AUTORIA INCERTA – REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL PELO MPE EM RELAÇÃO A TAL FATO – APLICAÇÃO DA REGRA DO ART.70, DO CP AFASTADA – DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DE JUÍZO ESTRANHO AO CONFLITO.

Como o delito descrito no artigo 308, do Código Penal tem autoria certa e foi cometido na Comarca de Campo Grande-MS, como consta na denúncia, a competência para processar e julgar o feito é de juízo estranho ao conflito, pois se trata de delito de menor potencial ofensivo.

Ainda que se vislumbre a suposta prática de delito atinente à falsificação do Registro Nacional de Carteira de Habilitação - Renach, o mesmo ocorreu na Comarca de Miranda-MS e tem autoria incerta, não incidindo a regra do artigo 70, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do conflito, para determinar competente o juízo diverso do suscitante e do suscitado, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de março de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Miranda-MS ora suscitante, e o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, ora suscitado.

Noticiam os autos que em 10 de julho de 2009, Fábio Rodrigues Dias usou CNH de terceiro como própria, sendo lavrado o TCO n. 966/09 - 5ª DOP distribuído à 4ª Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Campo Grande-MS (f. 2-4).

Posteriormente, o Ministério Público Estadual requereu a remessa dos autos à Justiça Comum, por vislumbrar que Fábio Rodrigues Dias havia cometido também o crime de falsa identidade, descrito no artigo 307, do Código Penal (f. 129-130).

Distribuído os autos para a 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, requerido pelo representante do Ministério Público Estadual a remessa dos autos à Delegacia de Polícia para complementação do inquérito policial (f. 132), o que foi deferido pelo juízo suscitado (f. 133).

Encerrado o inquérito policial, o representante do Ministério Público Estadual que atua perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS afirmou que não ocorreu o delito de falsidade ideológico e sim o delito descrito no artigo 308, do Código Penal, devendo os autos retornarem à 4ª Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Campo Grande-MS (f. 147-148), o que foi deferido pelo juízo suscitado, às f. 150.

Em 31.10.2010 pela representante do Ministério Público Estadual que atua na 4ª Vara do Juizado Especial da Comarca de Campo Grande-MS ofertada a denúncia contra Fábio Rodrigues Dias por ofensa ao artigo 308, do Código Penal (f. 2-4 e 176).

Em 13.9.2010, pelo Ministério Público Estadual requereu o desentranhamento de documentos referentes ao laudo pericial do Registro Nacional de Carteira de Habilitação - Renach, apontado como falsificado para abertura de novo inquérito policial, uma vez que a autoria de tal delito era incerta (f. 246).

A juíza titular da 4ª Vara do Juizado Especial da Comarca de Campo Grande-MS vislumbrou a ocorrência do delito de falsidade ideológica e remeteu os autos novamente à Justiça Comum em 15.10.2010 (f. 247).

O representante do MPE que atua perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande declinou da atribuição para apuração de delito atinente à falsificação do Renach, uma vez que o mesmo ocorreu na Comarca de Miranda-MS (f. 248).

Pelo juízo suscitado determinada a remessa dos autos à Comarca de Miranda-MS, nos termos do artigo 70, do Código Penal (f. 249).

Distribuído o feito à 2ª Vara da Comarca de Miranda-MS, pelo representante do Ministério Público Estadual requerido o desentranhamento dos documentos atinentes à falsificação do Renach para abertura de inquérito policial, por ser tal delito de autoria incerta, e a declaração de incompetência para processar e julgar o delito tipificado no artigo 308, do Código Penal (f. 255-257).

Pelo juízo 2ª Vara da Comarca de Miranda-MS suscitado o presente conflito de competência, às f. 258-261.

Para tanto, afirma que o delito descrito no artigo 308, do Código Penal, único constante na denúncia ocorreu na Comarca de campo Grande-MS e eventual prática do delito tipificado no artigo 299, do Código Penal ocorreu em Miranda-MS, mas sua autoria é incerta, não havendo qualquer conexão entre os mesmos, devendo a ação penal tramitar perante o juízo suscitado.

Informações do juízo suscitado, às f. 270, e do juízo suscitante, às f. 274-276.

Em parecer lançado pela Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 280-284, o Ministério Público Estadual manifestou-se pela procedência do conflito a fim declarar a competência do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS para processar e julgar o feito.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Miranda-MS ora suscitante, e o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, ora suscitado.

O presente conflito deve ser provido sem maiores delongas.

Na realidade o primeiro equívoco foi cometido pela juíza titular da 4ª Vara do Juizado Especial da Comarca de Campo Grande-MS quando vislumbrou a ocorrência do delito de falsidade ideológica e remeteu os autos novamente à Justiça Comum em 15.10.2010 (f. 247).

Com efeito. A representante do Ministério Público Estadual que atua no microssistema judicial deixou claro em sua cota de f. 246 que a falsificação do Registro Nacional de Carteira de Habilitação - Renach necessitava ser apurada, ante a autoria incerta, razão pela qual deveria haver tão somente o desentranhamento do laudo para ser encaminhado à Delegacia de Polícia para abertura de inquérito policial e prosseguimento da ação penal contra Fábio Rodrigues Dias, por infração ao artigo 308, do Código Penal.

Quando os autos foram novamente distribuídos ao juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS o imbróglio continuou com a indevida declinação da competência para o juízo suscitante.

É que o delito descrito no artigo 308, do Código Penal tem autoria certa e foi cometido na Comarca de Campo Grande-MS, local onde deve haver o processamento e julgamento da ação penal, aliás, como consta na denúncia de f. 2-4.

Já o delito atinente à falsificação do Registro Nacional de Carteira de Habilitação - Renach ocorreu na Comarca de Miranda-MS e tem autoria incerta, não incidindo a regra do artigo 70, do Código Penal, mormente por serem delitos autônomos e independentes, o que afasta qualquer possibilidade de concurso formal.

Se tal não bastasse, a autoria do delito atinente à falsificação do Renach é incerta, pois como constou na cota ministerial de f. 246 "*as diligências feitas até o momento não apontam o autor da referida falsificação*".

Ocorre ainda, que o caso em tela guarda uma peculiaridade, qual seja, como já foi definido que o delito de falsidade ideológica ocorreu na Comarca de Miranda-MS e tem autoria incerta, restando pendente a instauração de inquérito policial a esse respeito, tem-se que o único delito discutido na ação penal é o de infração ao artigo 308, do Código Penal, que prevê pena de detenção, de quatro meses a dois anos, e multa, ou seja, é crime de menor potencial ofensivo.

Desta forma, o juízo competente para processar e julgar a ação penal não é o suscitante e nem o suscitado, e sim o juízo da 4ª Vara do Juizado Especial da Comarca de Campo Grande-MS.

Como explica Nelson Nery Júnior[1] "*O tribunal deverá decidir qual o juízo competente, pronunciando-se, também, sobre a validade dos atos processuais praticados pelo juiz incompetente. É possível que o tribunal decida ser competente um terceiro juízo, distinto dos conflitantes.*"

Aliás:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE PROLATOU A SENTENÇA

1 NERY JÙNIOR Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 399.

> EXEQÜENDA. DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE TERCEIRO JUÍZO, ESTRANHO AO CONFLITO. POSSIBILIDADE. I - É competente para processar a execução de sentença o juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição, conforme o disposto no art. 575, II, do CPC, ainda que, posteriormente, norma constitucional estabeleça novas regras de distribuição de competência. Precedentes. - **Admite-se a declaração de competência de terceiro juízo, estranho ao conflito. Precedentes**. Conflito de Competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de Cuiabá - MT, juízo estranho ao conflito. (STJ, CC n. 89387 MT 2007/0208919-8, Segunda Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 8.4.2008, DJ de 18.4.2008, p. 1).
>
> PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PARA REGULAMENTAÇÃO DO REGIME DE VISITAS A MENOR. CONEXÃO COM AÇÃO EM QUE SE DISCUTE A GUARDA. EXCEPCIONALIDADE DA HIPÓTESE. RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DE JUÍZO ESTRANHO AO CONFLITO.
>
> [...] - A jurisprudência desta Corte admite a remessa dos autos a um terceiro juízo, estranho ao conflito, considerado competente. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Jundiaí, Estado de São Paulo, terceiro estranho ao conflito (STJ, CC n. 80266/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 12.2.2008).
>
> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO DE ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DE VERBAS DO FGTS. RESISTÊNCIA DA CEF. JURISDIÇÃO CONTENCIOSA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
>
> [...] 4. Constatada a competência de um terceiro Juízo, estranho aos autos, admite-se-lhe a remessa do feito. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Federal de Santos/SP, apesar de não integrar o presente conflito.(STJ, CC n. 105206/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26.8.2009, DJ de 28.8.2009)

Observo ainda que apesar de ter sido requisitado por duas vezes pelo Ministério Público Estadual, lamentavelmente, o feito já tramita há quase três anos e até o momento não houve o desentranhamento do Laudo Pericial de f. 226-244 para remessa à Delegacia de Polícia para abertura de Inquérito Policial, havendo excessiva morosidade no caso concreto.

Diante do exposto, conheço do presente Conflito de Competência para declarar competente um terceiro juízo, diverso do suscitante e do suscitado, qual seja, a 4ª Vara do Juizado Especial da Comarca de Campo Grande-MS (TCO n. 104.09.001557-9).

É como voto.

Transitado o presente acórdão em julgado determino que a serventia extraia cópia do mesmo, bem como do Laudo Pericial de f. 226-245 e das cotas do Ministério Público Estadual de f. 246 e 255-257, com a remessa das mesmas à Autoridade Policial da Comarca de Miranda-MS, para abertura de inquérito policial para apurar o delito de falsidade ideológica, conforme requisição do Ministério Público Estadual, de f. 256-257.

Dê-se ciência da presente decisão ao juízo suscitante e ao juízo suscitado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM DO CONFLITO, PARA DETERMINAR COMPETENTE O JUÍZO DIVERSO DO SUSCITANTE E DO SUSCITADO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 5 de março de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.037884-2 - Bonito
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ESTELIONATO – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO DE FRAUDAR – ILÍCITO CIVIL – ATIPICIDADE DA CONDUTA – SUBSIDIARIEDADE DA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Tendo em vista que entre as partes houve desavença resolvível na esfera civil, desnecessário acionar a esfera penal, ante o caráter fragmentário do Direito Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Ana Márcia de Lima Ferreira interpôs apelação criminal contra a sentença (f. 120-125) que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando a ora apelante, no crime capitulado no artigo 171, *caput*, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 15 (quinze) dias de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, em regime aberto.

Busca a reforma do *decisum* hostilizado, sustentando, em síntese, às f. 132-139 pela: (i) absolvição, pela razão de não constituir o fato infração penal; (ii) subsidiariamente, pede o afastamento da continuidade delitiva; (iii) e, por fim, a redução da pena base.

Em contrarrazões (f. 144-154), o *Parquet* pugna pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, opina às f. 160-165, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Ana Márcia de Lima Ferreira interpôs apelação criminal contra a sentença (f. 120-125) que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando a ora apelante, no crime capitulado no artigo 171,

caput, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 15 (quinze) dias de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, em regime aberto.

Narra a peça acusatória (f. 2-4), os seguintes fatos:

> [...] nos dias 15 e 22 de fevereiro de 2.007, nesta cidade, a denunciada obteve para si vantagem ilícita em prejuízo da empresa Auto Vidro Dourados Ltda., ao induzir funcionária dessa sociedade empresarial a erro mediante ardil. Infere-se que, nessas duas oportunidades, a denunciada entrou em contato telefônico com o departamento de televendas da referida empresa e comprou algumas peças de automóvel, descriminadas nas notas fiscais constantes as f. 6-7 e avaliadas em R$ 756,00. Depreende-se que em ambas as ocasiões a denunciada disse-se proprietária de uma locadora de veículos nesta cidade e forneceu o CNPJ dessa empresa à funcionária da vítima, pedindo que lhe fossem concedidos 30 dias de prazo para pagamento das peças a contar da compra e garantindo que nesse prazo efetuaria o pagamento. Extrai-se que diante das informações e promessas apresentadas pela denunciada, o negócio concretizou-se e as peças foram entregues a ela, mas, findo o prazo para pagamento, ela se absteve de realizá-lo. Consta que, então, uma das proprietárias da empresa vítima veio até esta cidade para tentar receber da denunciada, ocasião em que constatou que ela não possuía locadora de veículos, tendo dito isso somente para que acreditasse que tinha condições de pagar pelas peças e, dessa forma, fosse efetuada a venda. [...]

Conforme acima transcrito, a apelante Ana Márcia foi denunciada pela prática do crime de estelionato continuado, pois, nos dias 15 e 22 de fevereiro de 2007, a mesma obteve para si vantagem ilícita em prejuízo da empresa Auto Vidros Dourados, ao induzir a funcionária dessa sociedade (Rosângela Medeiros) a erro mediante ardil, via telefone, de que seria proprietária de uma locadora de veículos na cidade de Bonito e dessa forma efetuou compra, no prazo de 30 dias, de algumas peças, no total de R$ 756,00 (setecentos e cinquenta reais), conforme notas fiscais anexadas às f. 8-11.

A funcionária da empresa Auto Vidros Dourados, Rosângela Medeiros, na fase policial às f. 13 e f. 71-72 aduziu:

> [...] Eu sou televendas na Auto Vidro Dourados, trabalho como televendas, lá né, e a minha função é vender, através de telefone. E ela entrou em contato conosco, através do telefone, e solicitou algumas peças. Pediu um orçamento, eu fiz o orçamento, passei pra ela. E no outro dia, ela pediu pra que eu mandasse as peças. Como é de costume, a gente fecha a venda, e ela tinha, abriu o cadastro com... Pesquisei tudinho e tava tudo OK. Mandei as peças pra ela, através de transportadora, e o boleto junto com a nota fiscal. Ela recebeu as peças, e no boleto é 30 dias, passou-se 30 dias, a gente espera até 35, porque o boleto é cinco dias, né? Aí eu liguei, como ela não fez o pagamento, pra ela efetuar o pagamento, e ela foi sempre adiando [...] (grifei)

Prevê o artigo 171, do Código Penal:

> Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Sobre a conduta de induzir ou manter alguém em erro, diz Guilherme de Souza Nucci:

> Significa conseguir um benefício ou um lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima. Esta colabora com o agente sem perceber que está se despojando de seus

> pertences. Induzir quer dizer incutir ou persuadir e manter significa fazer permanecer ou conservar. Portanto, a obtenção da vantagem indevida deve-se ao fato de o agente conduzir o ofendido ao engano ou quando deixa que a vítima permaneça na situação de erro na qual se envolveu sozinha [1].

O elemento subjetivo geral do crime de estelionato é o dolo, que deve ser anterior ao emprego do meio fraudulento. Assim, há de se comprovar a intenção *ab initio* da apelante em obter vantagem indevida.

A propósito, julgado do Supremo Tribunal Federal:

> [...] Em se tratando de crime de estelionato, o dolo de obtenção de vantagem, mediante indução ou manutenção da vítima em erro, deve ser inicial. O intento lesivo deve coexistir com o início da execução, não se caracterizando o delito do art. 171 do Código Penal quando, como no caso concreto, a teórica intenção lesiva tenha nascido *a posteriori*, na busca de proveito indevido antes não visado, situação que se caracterizaria como mero inadimplemento contratual [...][2].

Em se tratando de atos negociais, a jurisprudência entende que a questão cinge-se em diferenciar se a conduta narrada na peça acusatória amolda-se à fraude civil ou fraude penal.

Dos autos extrai-se que houve uma desavença contratual, devendo a apelante ser absolvido, ante a aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Ora, a venda apenas se concretizou porque a funcionária da televendas da Auto Vidro Dourados, verificou que o cadastro da apelante estava correto e conforme notas fiscais datadas de 15.2 e 23.2 de 2007, anexadas às f. 8-11, vislumbra-se que os dados ali constantes são de Ana Márcia de Lima Ferreira e Cia, no endereço Rua Coronel Pilade Rebuá, 186, Centro, Bonito, CNPJ: 01.786.259/0001-72, ou seja, são os mesmos daqueles contidos no contrato social de 16 de janeiro de 1997, anexado às f. 114-117 e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, às f. 118.

Ademais, conforme auto de exibição e apreensão, às f. 14 e auto de entrega às f. 15, algumas das peças adquiridas da empresa vítima foram devidamente devolvidas, portanto, a diferença do valor devido pela apelante, caracteriza-se como um ilícito civil.

Nesse contexto, não se vislumbra o intuito prévio de fraudar o negócio jurídico por parte da apelante, tratando-se de um mero descumprimento contratual, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais pátrios:

> [...] De outra parte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o descumprimento de contrato sem elementos de ilícito penal não pode ensejar a persecução penal[3]. [...]
>
> [...] O simples descumprimento de uma obrigação contratual, sem que ocorra a indicação de elementos concretos do ilícito penal, não pode ensejar, como se deu *in casu*, uma *persecutio criminis in iudicio*[4]. [...]
>
> PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. INQUÉRITO POLICIAL. ESTELIONATO. EXERCÍCIO ILEGAL DE PROFISSÃO. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. (1) DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. TIPICIDADE.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 729.
2 STF, *HC* n. 87441/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16.12.2008, DJ de 12.3.2009.
3 STJ, *HC* n. 55889/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25.8.2009, DJ de 28.9.2009, RSTJ vol. 216, p. 663.
4 STJ, *HC* n. 84715/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 23.8.2007, DJ de 5.11.2007, p. 332.

NÃO RECONHECIMENTO. 1. O Direito Penal moderno é marcado pelo princípio da intervenção mínima, não sendo viável dele se servir para tratar de questões ligadas ao inadimplemento contratual. Ademais, chama a atenção a circunstância de passados quase quatro anos ainda não se ter encerrado o inquérito policial, sendo que o feito jaz há dois anos e seis meses na delegacia. 2. Recurso a que se dá provimento para trancar o inquérito policial[5].

PENAL. ESTELIONATO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA NÃO CUMPRIDO. ATIPICIDADE PENAL. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. Ressente-se de justa causa a ação penal sob a acusação de estelionato, na qual se acusa vendedor de empresa que descumpriu contrato de compra e venda de veículo, em face da evidente atipicidade penal da conduta. - Recurso ordinário provido. Habeas-corpus concedido. Ação penal trancada[6].

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DESCUMPRIDO. VALOR ANTECIPADO NÃO DEVOLVIDO. ESTELIONATO. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. I. Para a tipificação do delito de estelionato, faz-se necessário que o fato imputado ao acusado tenha sido praticado mediante artifício, ardil ou outro qualquer meio fraudulento. Inocorrendo qualquer dessas hipóteses, não se configura o tipo previsto no artigo 171 do Código Penal. Precedentes do STJ. lV. Apelação provida. Decisão unânime. (TJPE, ACr n. 0213751-1, Recife, Terceira Câmara Criminal, Relª. Desª. Alderita Ramos de Oliveira, julgado em 31.3.2011, DJ de 15.4.2011).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. ATIPICIDADE. ILÍCITO CONTRATUAL. ESFERA CIVIL. Inexistindo nos autos evidência de que o acusado tenha se utilizado de qualquer forma ardilosa ou meio malicioso para induzir a vítima em erro para que esta lhe entregasse vantagem pecuniária, não restou caracterizado a figura do estelionato previsto no art. 171 do CP. Comprovado mero descumprimento contratual, o prejudicado deve buscar seus direitos na esfera civil, diante da inocorrência de ilícito penal. Apelo conhecido e provido. (TJGO, ACr n. 219995-03.2004.8.09.0049, Goianésia, Rel. Des. Leandro Crispim, DJ de 8.7.2010, p 288)

Por oportuno, esclarece Alberto Silva Franco doutrina que:

[...] como adverte Antonio García-Pablos de Molina (Idem, p. 558/559), o Direito Penal não pode ser a *prima ratio*, em a *unica ratio* para fazer face às tensões sociais: 'é a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em casos de estrita necessidade, para defender os bens juridicamente fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantia de êxito as demais estratégias de natureza não penal'.

O princípio da intervenção mínima encontra expressão em duas perspectivas diversas: o princípio da fragmentariedade e o princípio da subsidiariedade. [...]

Já o princípio da subsidiariedade põe em destaque o fato de que o Direito Penal não é único controle social formal dotado de recursos coativos, embora seja o que disponha, nessa matéria, dos instrumentos mais enérgicos e traumáticos. A gravidade intrínseca desse instrumental, posto à disposição do Direito Penal, recomenda, no entanto, que só se faça dele uso quando não tenham tido êxito os meios coativos menos gravosos, de natureza não penal. 'A cirurgia penal, por seus efeitos traumáticos e

5 STJ, *HC* n. 21.006, Proc. 2007/0049593-3 SC, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em 18.8.2010, DJ de 6.9.2010.

6 STJ, *HC* n. 11.846/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 28.5.2002, DJ de 1.7.2002, p. 395.

> irreversíveis - por sua nocividade intrínseca - só pode ser prescrita *in extremis*, isto é, quando não se dispõe de outras possíveis técnicas de intervenção ou estas resultam ineficazes como ultima ratio. O princípio da subsidiariedade expressa, portanto, uma exigência elementar: a necessidade de hierarquizar, otimizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente. Uma autêntica exigência de economia social que optará sempre a favor do tipo de intervenção menos lesiva ou limitativa dos direitos individuais dado que o Direito Penal é o último recurso de uma sã política social' (Antonio Garcia-Pablos de Molina, Idem, p. 563). O princípio da subsidiariedade limita, portanto, o *ius puniendi* na medida em que só autoriza a intervenção penal se não houver outro tipo de intervenção penal [...] menos custosa aos direitos individuais. (Código Penal e sua interpretação. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. **RT**, 2007, p. 49)[7].

Portanto, desnecessária a intervenção penal, pois de acordo com as idéia de Claus Roxin, "*[...] Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. (STJ, REsp n. 922.475, Proc. 2007/0026705-0, RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Vital Naves, julgado em 13.8.2009, DJ de 16.11.2009)*".

Sobre o mesmo tema, Francisco de Assis Toledo[8] explana que "*fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever de estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial. [...] Eis aí o caráter fragmentário do direito penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns - os mais graves - são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal*"**.**

Nesse sentido, a jurisprudência:

> O caráter fragmentário do Direito Penal significa que este não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes... A exigência da lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, consubstanciada na efetiva lesão ou no perigo concreto ou idôneo de dano ao interesse jurídico, é própria de um Direito Penal decorrente do Estado Democrático de Direito, visando restringir ao máximo o poder punitivo estatal, reconduzindo o Direito Penal a sua verdadeira função, a de exclusiva proteção dos bens jurídicos mais importantes da vida em coletividade. Art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Atipicidade. Recurso provido. Absolvição. (TREMG, ACr n. 34052002 (660/2003), Governador Valadares, Relª. Sônia Diniz Viana, julgado em 3.6.2003, DJ de 26.6.2003, p. 76)

> Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da conseqüente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal. (STJ, AgRg em REsp n. 984.712 (2007/0210260-7), Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 22.6.2009, p. 994)

Ante o exposto, contra o parecer, voto pelo provimento da apelação criminal interposta por Ana Márcia de Lima Ferreira a fim de absolvê-lo da imputação, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

---

7 Citado no corpo do voto: STJ, *HC* n. 21.006, Proc. 2007/0049593-3, SC, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18.8.2010, DJ de 6.9.2010)

8 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**, 1994, 5. ed., p. 14.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

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, 27 de fevereiro de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.000011-7 - Paranaíba
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – REBELIÃO EM PRESÍDIO DE SEGURANÇA MÁXIMA EM 2002 – DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA EM 2010 – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – REQUISITO ESVAÍDO AO LONGO DO TEMPO – LIBERDADE PROVISÓRIA – NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES – ORDEM CONCEDIDA.

Tendo em vista que os delitos pelo qual o paciente é acusado de ter cometido remonta do ano de 2002, não há como se sustentar o decreto de sua prisão preventiva quase dez anos após a ocorrência do fato criminosa, pois o requisito garantia da ordem pública se esvaiu ao longo do tempo.

Com o advento da Lei n. 12.403/2011, *mister* se faz maior reflexão na imposição da segregação cautelar, já que possível a adoção medidas cautelares alternativas, quando se revelam ausentes os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, que, no caso concreto, em relação ao paciente, foram diluídos ao longo do tempo.

Presentes os requisitos das medidas cautelares elencados no artigo 282, do Código de Processo Penal, a liberdade provisória deve ser concedida, mediante a imposição de condições a serem cumpridas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Defensoria Pública Estadual, em favor de Flávio de Jesus Capela, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Paranaiba.

Narra que o paciente teve sua prisão preventiva decretada em 11.11.2010 pela autoridade apontada como coatora, por fato delituoso ocorrido em 10.2.2002.

Entende que tal prisão é arbitrária, posto que já se passaram quase dez anos da data do cometimento do delito e não há dado concreto que respalde o decreto de segregação cautelar do paciente.

Afirma que o paciente compareceu a todos os atos do processo e não há qualquer indicação no sentido de que volte a delinquir.

Discorre sobre os requisitos da liminar.

Requer a concessão de liminar para que seja expedido o alvará de soltura do paciente e, ao final, a sua confirmação com a concessão definitiva da ordem. Documentos de f. 14-60.

Liminar indeferida, às f. 63-64.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 67-68, com documentos de f. 69-79.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 83-87, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Defensoria Pública Estadual, em favor de Flávio de Jesus Capela, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Paranaiba.

De uma análise detida dos autos verifico que a ordem deve ser concedida, pois não mais subsistem os requisitos da prisão preventiva, sendo descabível a manutenção do paciente no cárcere. Vejamos.

Dos autos extrai-se o seguinte:

1) O paciente foi denunciado juntamente com Alessandro de Souza, Amarildo Ferreira, Aparecido Rodrigues Vieira, Denivaldo Pereira da Silva, Eliezer Vieira Póvoas, Marcelo Henrique Fernandes Duarte, Ricardo de Souza, Rogério de Oliveira Figueira, Silvio Cezar Lourenco e Wilson Silva Cortes porque, **em 10.2.2002**, no Estabelecimento Penal de Paranaíba se amotinaram, renderam agentes penitenciários e outros detentos, causaram danos no montante de R$ 150.000,00, incendiaram colchões, tentaram matar o detento Fábio Antônio Alves empurrando-o para o fogo e decapitaram o detento Izalino Lemes Soares.

2) A denúncia foi ofertada em 15.5.2007 (f. 15-22) e em 11.11.2010 (f. 26-36) requerida à prisão preventiva do paciente e corréus, pelo representante do Ministério Público Estadual na Comarca de Paranaíba-MS, ante o alto grau de periculosidade dos agentes, havendo necessidade da garantia da ordem pública e também devido ao risco de frustração da aplicação da lei penal.

3) No mesmo dia, 11.11.2010, pela autoridade apontada como coatora foi decretada a prisão preventiva do paciente e dos co-denunciados para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, ante a periculosidade dos agentes, reiteração criminosa e intenção de se eximir à aplicação da lei penal (f. 31-3), sendo o paciente preso em 23.5.2011 (f. 42).

Colhe-se que o paciente foi encontrado, bem como os delitos em questão foram cometidos em 2002, ou seja, o requisito garantia da ordem pública se esvaiu ao longo do tempo.

Por outro lado, com o advento da Lei n. 12.403/2011, *mister* se faz maior reflexão na imposição da segregação cautelar, já que possível a adoção medidas cautelares alternativas, quando se revelam ausentes os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, que é o caso telado.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. RECEPTAÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES COMPROVADOS. CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA VINCULADA AO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES. Concede-se a liberdade provisória vinculada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão (comparecimento periódico em juízo e proibição de ausentar-se da Comarca), quando não está demonstrado, por fatos consistentes, precisos e determinados a indispensabilidade da medida constritiva cautelar imposta ao paciente, comprovadamente primário e detentor de bons predicados pessoais. Inteligência do artigo 321 do código de processo penal, com redação dada pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Ordem concedida. (TJGO, *HC* n. 228154-38.2011.8.09.0000, Alexânia, Rel. Des. Itaney Francisco Campos, DJ de 5.8.2011, p. 186)
>
> TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CPP. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. POSSIBILIDADE. Diante da nova redação do art. 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), dada pela Lei n. 11.464/07, que excluiu a vedação legal de concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, foi restituído aos acusados o direito de esperar o julgamento em liberdade, caso ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. - E, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, de acordo com a nova redação do art. 321 do CPP, dada pela Lei n. 12.403/11, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, observados os critérios constantes no art. 282 do CPP. (TJMG, *HC* n. 0338936-04.2011.8.13.0000, Araxá, Sétima Câmara Criminal, Rel. Des. Duarte de Paula, julgado em 14.7.2011, DJ de 3.8.2011)

No caso telado presentes os requisitos para imposição das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus comissi delicti,* o *periculum libertatis* e a necessidade de se evitar novas infrações, uma vez que o paciente é reincidente.

Frise-se que pelo lapso temporal decorrido desde a suposta prática dos delitos pelo paciente em 2002 até a presente data, as medidas são adequadas.

Deixo de aplicar o artigo 580, do Código de Processo Penal e conceder a liberdade provisória aos corréus, pois não há nos autos elementos de que estejam em situação idêntica.

Ante o exposto, contra o parecer, **defiro a ordem para conceder liberdade provisória a Flávio de Jesus Capela se por outro motivo não estiver preso, mediante as seguintes medidas cautelares impostas, levando em conta a situação peculiar da paciente, sem prejuízo de outras condições a serem estabelecidas pelo MM. Juiz de primeiro grau, caso entenda necessário:**

1) Compromisso de comparecimento a todos os atos processuais e mantença atualizada de seu endereço quinzenalmente;

2) Proibição de ausentar-se da Comarca de Paranaíba-MS sem prévia autorização do juízo processante;

3) Obrigação de se recolher à sua residência até às 22 horas e recolher-se à sua residência em dias de folga, finais de semana e feriados;

4) Proibição de ingerir bebidas alcoólicas e frequentar casas noturnas e bares;

O desrespeito a tais condições implica em revogação automática da concessão da liberdade provisória e recolhimento da paciente ao cárcere e, ainda, sem prejuízo, de novo decreto de prisão preventiva do paciente pelo MM. Juiz de primeiro grau, por novos fundamentos, caso a situação de fato objetiva assim o recomende.

Expeça-se o alvará de soltura, devendo o mesmo constar as medidas cautelares impostas e a advertência acerca da revogação das mesmas.

Comunique-se de imediato tal decisão nos autos do processo n. 018.02.004836-7 - Paranaíba, para que o juízo processante implemente a verificação do cumprimento das medidas cautelares impostas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

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, 30 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.030333-3 - Dourados
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DUPLICATA SIMULADA – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – INOCORRÊNCIA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA BASE AO MÍNIMO LEGAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA – INCABÍVEL – CRIME CONTINUADO E DE GRANDE VULTO – RECURSO IMPROVIDO – COM O PARECER.

Não há falar em atipicidade da conduta do crime de duplicata simulada se a confissão do apelante, e os depoimentos dos gerentes dos bancos, são uníssonos em afirmar que o apelante emitiu duplicatas que não correspondiam ao serviço nelas descritos.

Não há falar em redução da pena ao mínimo legal, ou mesmo em substituição desta por restritivas de direitos, se o apelante percorreu longo *iter*, e insistiu na conduta, causando prejuízo de grande monta aos bancos (mais de R$ 800.000,00), e às empresas envolvidas que tiveram que despender recursos para não serem protestadas.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2012.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

Jairo Roberto Bruxel foi condenado a 3 anos e 9 meses de reclusão, no regime aberto, pelo crime de duplicata simulada, art. 172 do Código Penal, em concurso de agentes.

Inconformado, recorre alegando que a conduta é atípica, e, alternativamente, que a pena seja fixada no mínimo legal e substituída por restritiva de direitos.

O *Parquet* contra-arrazoa pela mantença da decisão.

O Parecer Ministerial opina pelo conhecimento e improvimento recursal.

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Jairo Roberto Bruxel foi condenado a 3 anos e 9 meses de reclusão, no regime aberto, pelo crime de duplicata simulada, art. 172 do Código Penal, em concurso de agentes.

Inconformado, recorre alegando que a conduta é atípica, e, alternativamente, que a pena seja fixada no mínimo legal e substituída por restritiva de direitos.

Da atipicidade da conduta:

O apelante sustenta que a conduta é atípica sob o argumento de que foi orientado pelos próprios gerentes dos bancos a emitir as duplicatas simuladas.

O art. 172 do Código Penal prescreve que:

> [...] Art. 172 – Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.
>
> Pena – Detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa [...].

Pois bem, no caso em tela, o apelante foi condenado por que no período concernente entre os meses de abril a julho de 2002, emitiu, em concurso com terceira pessoa, várias duplicatas simuladas e outros títulos de crédito em nome das empresas denominadas Imafi Indústria e Comércio de Máquinas para Frigoríficos Ltda., localizada na BR 163, Km 01, e Compaço Indústria e Comércio de Máquinas e Peças de Aço Ltda., situada à rua Coronel Ponciano, n. 880, Vila Industrial, ambas nesta cidade, e os descontou no Banco Bradesco e Banco de Crédito Nacional S/A-BCN, agências desta cidade.

Ouvido em juízo, às f. 511 dos autos, o recorrente confessou que realmente foram emitidas duplicatas sem o correspondente negócio real, contudo, procurou justificá-las arguindo tê-lo feito sob sugestão das próprias entidades financeiras, vez que suas empresas estavam passando por dificuldades financeiras, agravadas com a doença de sua esposa, veja-se:

> O interrogando sempre esteve à frente da empresa Imaf e sua esposa Lara a frente da empresa Compaço. Em tais atividades comerciais sempre trabalharam com bancos, notadamente BCN e Bradesco. Operavam com duplicadas descontadas em banco, caucionadas, até o limite que lhes havia sido estabelecido. Até então as duplicatas correspondiam ao efetivo negócio, sem qualquer irregularidade. O interrogando e suas empresas passaram a enfrentar séria crise financeira que se agravou com a enfermidade de sua esposa Lara, verificando dificuldade quanto ao cumprimento de tais obrigações. Foi chamado aos bancos e tanto BCN quanto Bradesco ouviu a sugestão de que poderia continuar valendo-se de duplicatas, ainda que não correspondessem a um negócio real. No BCN ouviu tal recomendação do Sr. Ueno, gerente das contas em questão, e no Bradesco do Sr. Jair, também gerente de contas. Como havia expectativa de negócio com as empresas especificadas na denúncia, quais sejam, Reta, SG e Seara, o interrogando passou a utilizar-se de duplicatas, levadas e descontadas nos bancos, sem que correspondessem ao negócio concreto e real, que justificasse a emissão das mesmas. Reafirma entretanto que isso ocorrera com anuência dos próprios bancos, através dos representantes acima mencionados. A esposa do interrogando, Lara Costa, tinha conhecimento disso tudo. No que se refere à empresa Copacol, nega, ao contrário do que lhe fora imputado, ter pessoalmente comparecido visando antecipação noticiada nas investigações. Tal situação perdurou de maio a julho de 2002, aproximadamente. As duas empresas Imaf e Compaço entraram em processo de falência a partir de 2002, consoante pedidos formulados em junho de 2002. Nos termos do art. 188, foi dada a palavra às partes: reperguntas do Ministério Público: nada foi reperguntado. Reperguntas da defesa: várias foram as duplicatas emitidas sem origem ou atrelada a um negócio real, não se recordando quantas exatamente. Não foram reemitidas. As duplicatas em questão tinham por finalidade unicamente cobrir saldos

> devedores das contas dos bancos BCN e Bradesco. No que concerne às empresas Reta e SG, embora as duplicatas versassem sobre obras não iniciadas, havia precontratos na ordem de R$ 231.000,00, com expectativa de se alcançar R$ 600.000,00. Tais obras, entretanto foram realizadas em 2003 por outra empresa. Ressalta que em relação à empresa Seara, ao contrário do que foi dito por seu representante, até abril de 2002 aproximadamente verificou-se a realização de serviços e obras que justificassem a emissão de duplicatas.

Pois bem, tais gerentes, em juízo, ao serem ouvidos em juízo, não confirmaram ter aconselhado o recorrente neste sentido, e ratificaram que as duplicatas foram emitidas sem que o serviço fosse feito ou que já havia pago veja-se:

Antonio Carlos Ueno (f. 644-646), na condição de ex-gerente do banco BCN, já aposentado, cuja instituição financeira foi posteriormente adquirido pelo Banco Bradesco afirmou que realmente as duplicatas eram **"frias**" e que teve conhecimento que o apelante, através de suas empresas IMAFI e COMPAÇO, fizeram o mesmo tipo de transação enganosa em outras instituições bancárias.

Jair Fernandes da Silva **(**f. 655-656), depois de confirmar o relato inicial, esclareceu que à época era gerente do banco Bradesco, e por isso tomou conhecimento do ocorrido, reafirmando que realmente que a apresentação das duplicatas simuladas pelas empresas operadas pelo recorrente, COMPAÇO e IMAFI, se deu próxima ao pedido de falência e que o banco, em razão disso, experimentou prejuízo em torno de quinhentos mil reais**.**

No mesmo sentido as declarações de Marcelo Ferreira de Souza (f. 689).

Valter Pitol (f. 603), atual presidente da Copacol, uma das empresas vitimadas, externou que a empresa adquiriu equipamentos aviários da IMAFI, efetuando o correspondente pagamento. Recentemente teria ficado sabendo que, depois que a Copacol efetuou esse pagamento, surgiu nova duplicada, no mesmo valor da aquisição anterior, salvo engano R$ 125.000,00, tendo o banco BCN, atual Bradesco, comparecido à empresa querendo receber dessa segunda duplicata "fria". A Copacol notificou extrajudicialmente o BCN, esclarecendo que aqueles títulos não eram devidos, vez que já haviam sido pagos**.**

Aloisio Grunow (f. 739), de igual sorte, confirma o quadro descrito na vestibular, ressaltando que à época trabalhava como gerente na unidade da empresa Seara em Dourados, onde trabalhou por 15 anos, até agosto de 2003, sendo que a mencionada empresa recebeu na oportunidade cobrança, ao que se lembra, do banco Bradesco, de duplicatas que não correspondiam a nenhum operação comercial entabulada, razão pela qual participou da elaboração de notificação de que referidos títulos não eram reconhecidos, especialmente porque sem o aceite e sem a correspondente contração dos serviços das empresas do acusado. Afirmou que o casal ostentava luxo e frequentava a alta sociedade, tinha bom relacionamento com os bancos, sendo que o acusado mantinha *'status'* muito grande e Lara, ao que sabe, era advogada.

E mais, o aludido artigo, para sua tipificação, apenas exige que sejam emitidas duplicatas que não correspondam ao serviço prestado, o que, como confessado, ocorreu através do apelante, sendo desnecessário para configuração deste crime se o banco induziu o recorrente a erro ou não.

Neste ponto, é salutar registrar que sua esposa, sócia das empresas, é advogada, ou seja, detém o conhecimento técnico necessário acerca do crime em tela, podendo evitá-lo.

Dessa forma, não há falar em atipicidade da conduta, moldando-se os fatos perfeitamente ao que dispõe o art. 172 do Código Penal.

Acerca do pedido de redução da pena ao mínimo legal, tenho que a pena foi bem ponderada e dosada, para tanto faço minha as bem lançadas palavras do magistrado singular, *in verbis:*

> [...] deferido acusado atuou com significativo grau de culpabilidade, face à premeditação e ao longo *iter* que percorreu. Persistiu na conduta por expressivo lapso temporal e causou prejuízos vultosos, superiores a R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), em detrimento não só de instituições financeiras como de demais empresas, as quais, inclusive, também tiveram que lançar mão de medidas para não terem seus nomes levados a protesto e a cobranças indevidas. Aliás, prejuízos não ressarcidos, dimensionando as negativas conseqüências ensejadas pelas ilicitudes em comento. Por tais razões, fixo a pena-base em três (3) anos de reclusão e pagamento de trinta (30) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.
>
> Considerando que o acusado, embora argumentando conluio com os bancos, culminou por admitir em juízo que as duplicatas que emitira e que foram postas em circulação realmente não correspondiam a mercadorias vendidas ou a serviços prestados, atenuo-lhe as reprimendas, à luz do art. 65, III, "d", do Código Penal, em 1/6, fixando-as em dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de vinte e cinco (25) dias-multa, à razão unitária citada.
>
> Fulcrado no art. 71 do Código Penal, e considerando o expressivo número de duplicatas frias, dezenas, assim como significativo grau de malicia e culpabilidade do acusado, aumento tais penas em metade, fixando-as definitivamente em três (3) anos e nove (9) meses de reclusão e pagamento de trinta e sete (37) dias-multa, à razão unitária já mencionada.
>
> A despeito do limite da pena privativa de liberdade fixada, reputo inaplicável a sua substituição pela restritiva de direitos, ou sursis, justamente porque os pressupostos subjetivos inerentes assim não o recomendam. A culpabilidade do acusado, bem como as negativas conseqüências, a gravidade e os desdobramentos da infração, consoante alhures ressaltado, deixam claro que tal possibilidade redundaria em insuficiência da reprimenda, inobservando-se o disposto no inciso III do art.44, assim como no inciso II do art. 77, do Código Penal.[...].

Ante o exposto, com o Parecer Ministerial, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

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, 13 de fevereiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.030829-2 - Campo Grande
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CASA DE PROSTITUIÇÃO – RECURSO VISANDO A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE ANTE A NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME – PROCEDENTE – RECURSO PROVIDO – CONTRA O PARECER.

Se não restou comprovado nos autos que o apelante lucrava diretamente dos programas sexuais feitos em seu estabelecimento, e se também não restou comprovado a habitualidade das garotas de programas naquele estabelecimento, tal situação não caracteriza o crime de manter casa de prostituição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 9 de janeiro de 2012.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

Enoque Campos Silva foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, no regime aberto, e a 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 preliminarmente, que a entrega de cópias dos depoimentos das testemunhas no salão de espera para audiências fere o princípio da ampla defesa e contraditório, e pede a anulação da sentença;

No mérito, alega que o crime em tela não restou caracterizado, devendo, portanto, ser absolvido.

O *Parquet* contra-arrazoa pela mantença da decisão lançada.

O Parecer Ministerial opina pelo afastamento da preliminar, e, no mérito, pelo improvimento recursal.

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Enoque Campos Silva foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, no regime aberto, e a 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 preliminarmente, que a entrega de cópias dos depoimentos das testemunhas no salão de espera para audiências fere o princípio da ampla defesa e contraditório, e pede a anulação da sentença;

No mérito, alega que o crime em tela não restou caracterizado, devendo, portanto, ser absolvido.

Acerca da preliminar lançada, consigno que o procedimento em questão não fere o princípio da ampla defesa nem do contraditório, pois às partes, em audiência, é oportunizada a formulação de perguntas às testemunhas sobre todos os fatos passados envolvendo o caso em julgamento.

Outrossim, a testemunha no caso está compromissada a dizer a verdade, sob pena de cometer o crime de falso testemunho. Ademais, não se pode olvidar o que se busca dentro do processo penal, isto é, a verdade real, sendo certo que a leitura das declarações em questão, permite que ela, normalmente policial que atende a inúmeras ocorrências, possa se lembrar do ocorrido relatar, com fidelidade sobre o que realmente aconteceu.

Por fim, registro que é permitida a leitura dos autos em audiência, não havendo falar, portanto, em cerceamento de defesa, razão pela qual, rejeito a preliminar lançada.

No mérito, constato que Marisa Marinho, às f. 17, prostituta que foi flagrada com um cliente em um dos quartos do bar, afirma, que:

> [...] vai a bares e boates a fim de tentar escolher parceiros, estando nesta data na boate "TOA TOA", local onde não freqüenta muito, bebendo em uma mesa, quando um rapaz se aproximou e a convidou a praticar sexo com ele, tendo aceito a oferta, dizendo que poderia sair mediante o pagamento de R$: 50,00[...] Que diz a declarante que não faz ou recebe nenhum pagamento do proprietário da boate em que estava, ou de quem quer que seja dali, esclarecendo que nem sabe que é o dono de lá [...].

O usuário de serviços sexuais, às f. 19, declara que abordou Marisa para fazer um programa sexual, e pagou à casa apenas R$ 30,00 pela bebida que consumiu, não mencionando aluguel de quarto ou mesmo que tenha pago à casa pelo programa sexual.

E mais, Valdir Soriano, às f. 29, declara que alugava os quartos para mulheres que iam ali fazer programas sexuais, sem que tivessem habitualidade para isso.

Ante o exposto, contra o parecer, absolvo o recorrente por falta de provas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

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, 9 de janeiro de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.001692-1 - Sidrolândia
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ABORTO CONSENTIDO QUALIFICADO PELA MORTE DA GESTANTE E OCULTAÇÃO DE CADÁVER – LIBERDADE PROVISÓRIA – REITERAÇÃO DE PEDIDO – AUSÊNCIA DE FATO NOVO – INADMISSIBILIDADE – NÃO–CONHECIMENTO – EXCESSO DE PRAZO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – EXCESSO JUSTIFICADO – ORDEM DENEGADA.

Em se cuidando de *habeas corpus,* a mera reiteração de pedido sem o advento de fato novo é causa impeditiva ao conhecimento da pretensão liberatória.

O prazo para a conclusão da instrução processual não é absoluto, fatal e improrrogável, e pode ser dilatado ante a peculiaridade do caso concreto, o que torna razoável e justificada a demora no encerramento da instrução criminal, de modo a afastar o alegado constrangimento ilegal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, conhecer parcialmente da ordem e nessa parte, denegá-la.

Campo Grande, 12 de março de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Em substituição legal

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

O advogado David Moura de Olindo impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Jodimar Ximenes Gomes, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sidrolândia.

O impetrante afirma, em breve relato, que o paciente sofre constrangimento ilegal por excesso de prazo, já que o mesmo está preso desde 13 de setembro 2011 e até a presente data a instrução processual não foi encerrada.

Argumenta, ainda, que o paciente nega a autoria dos crimes, preenche os requisitos da liberdade provisória e que não estão presentes os da prisão cautelar.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 31-32)

As informações foram anexadas às f. 37-39.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 44-56).

VOTO (EM 27.2.2012)

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado David Moura de Olindo em favor do paciente Jodimar Ximenes Gomes, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sidrolândia.

O impetrante afirma, em breve relato, que o paciente sofre constrangimento ilegal por excesso de prazo, já que o mesmo está preso desde 13 de setembro 2011 e até a presente data a instrução processual não foi encerrada.

Argumenta, ainda, que o paciente nega a autoria dos crimes, preenche os requisitos da liberdade provisória e que não estão presentes os da prisão cautelar.

Com relação à decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, constato que o impetrante este formulou pedido idêntico no *Habeas Corpus* n. 2011.027044-3, julgado pela Primeira Turma Criminal, que denegou a ordem, por unanimidade, *in verbis*:

> *HABEAS CORPUS* – ABORTO CONSENTIDO QUALIFICADO PELA MORTE DA GESTANTE E OCULTAÇÃO DE CADÁVER – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – SEGREGAÇÃO NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS DA PRISÃO CAUTELAR – PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS – NÃO COMPROVAÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

Não há falar em liberdade provisória se a prisão cautelar é devidamente justificada pela garantia da ordem pública, porquanto a mesma foi abalada pela morte da vítima, na época com 19 anos de idade, resultado de um aborto mal sucedido, sendo que o lapso entre o desaparecimento da vítima e a confissão da suposta autoria efetivada pelo cunhado, foi amplamente divulgado na imprensa falada, escrita e *sites* de noticiais deste Estado, que cobravam solução positiva sobre as investigações.

Ao contrário do afirmado, após consultar o SAJ, verifiquei que o paciente não possui condições pessoais favoráveis, tendo em vista que é condenado definitivamente pela prática do crime de furto na Comarca de Jardim.

Quanto à conveniência da instrução criminal, o paciente deu sumiço na maca e instrumentos cirúrgicos utilizados na prática do crime de aborto, além de ameaçar de morte testemunha e familiares.

As razões do presente remédio constitucional são exatamente as mesmas expostas anteriormente e suficientemente combatidas e, em vista de tal circunstância, entendo que a pretensão delineada nestes autos não merece prosperar, já que o conhecimento de novo pedido de *habeas corpus* somente é possível quando houver novos fundamentos, de fato ou de direito, não analisados no pedido anterior.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS* – REITERAÇÃO DE PEDIDO – PEDIDO JÁ APRECIADO ANTERIORMENTE – NÃO-ACOLHIMENTO – MERA REITERAÇÃO – INADMISSÍVEL – NÃO CONHECIDO.
>
> Não se admite *habeas corpus* quando se tratar de mera reiteração de pedido já apreciado anteriormente, diante da ausência de fundamentos novos de fato e direito. [1]

1 TJMS, *HC* n. 2007.008919-3, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 22.5.2007.

No mesmo diapasão, colaciono julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS* – REITERAÇÃO DE PEDIDO – MATÉRIA EXAMINADA E JULGADA PELO STJ.
>
> 1. Configura-se inadmissível o conhecimento de *habeas corpus* formulado com o mesmo pedido e causa de pedir deduzidos em impetração anteriormente julgada.
>
> 2. *Writ* não conhecido. [2]

Consigno, por oportuno, que o impetrante ingressou com *habeas corpus* em favor do paciente no Superior Tribunal de Justiça, tendo a Corte Superior mantido a prisão cautelar do mesmo, *in verbis*:

> CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ABORTO CONSENTIDO QUALIFICADO PELA MORTE DA GESTANTE. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. AMEAÇA A TESTEMUNHAS E DESTRUIÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PARA RESGUARDAR A INSTRUÇÃO CRIMINAL. INDÍCIOS DA AUTORIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO DEDUZIDA NO *WRIT* ORIGINÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESSA EXTENSÃO DENEGADA.
>
> I. Em que pese o fato de o abalo social e a gravidade genérica do delito não justificarem a custódia preventiva, verifica-se que o decreto prisional foi devidamente fundamentado, pois a liberdade do acusado representa sério risco à instrução criminal, considerando as ameaças a testemunhas e a destruição de provas.
>
> II. No tocante à reincidência do réu e à necessidade de manutenção da custódia para garantia da ordem pública, embora o impetrante sustente a nulidade do processo-crime que tramitou na Comarca de Jardim, o reputado cerceamento do direto de defesa não restou comprovado.
>
> III. Se as instâncias ordinárias reconheceram a existência de provas da autoria dos crimes pelo paciente, tal afirmação não poder ser refutada em sede de *writ*, já que maiores incursões acerca da matéria demandaria revolvimento do conjunto fático-comprobatório.
>
> IV. Morosidade excessiva na tramitação processual que não restou aventada na ordem originária, não tendo sido objeto de análise e julgamento pela Corte de origem, sobressaindo a incompetência deste Tribunal para a apreciação do tema, sob pena de indevida supressão de instância.
>
> V. Ordem parcialmente conhecida, e nessa extensão, denegada, nos termos do voto do Relator. [3]

Logo, não conheço da impetração nessa extensão.

Quanto ao alegado excesso de prazo, a autoridade apontada como coatora prestou as seguintes informações, *in verbis*:

> [...] informo que ação penal encontra-se aguardando o retorno das cartas precatórias para oitivas das testemunhas arroladas na denúncia e defesa prévia dos réus.

2 HC n. 28.429, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18.7.2003.

3 HC n. 224.577, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 2.2.2012.

Vê-se, portanto, que a defesa, como o órgão ministerial, arrolou testemunhas fora da comarca, sendo necessária a expedição de carta precatória para oitivas delas.

É pacífico o posicionamento no sentido de que os prazos indicados para encerramento da instrução criminal não são absolutos e servem, especialmente, como parâmetros gerais, variando conforme as peculiaridades de cada processo.

Em casos tais, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela inexistência de constrangimento ilegal, como no julgamento do *Habeas Corpus* n. 46.718, Relator Ministro Félix Fischer, *in verbis*:

> [...].
>
> II – O prazo para a conclusão da instrução criminal não é absoluto, fatal e improrrogável, e pode ser dilatado diante das peculiaridades do caso concreto. (Precedentes).
>
> [...].

Nesse sentido relatei o *Habeas Corpus* n. 2007.009297-0, julgado pela Primeira Turma Criminal, no qual a ordem foi denegada, por unanimidade, *in verbis*:

> [...].
>
> Não há que falar em constrangimento ilegal a ser suportado pelos pacientes, quando o excesso de prazo for ocasionado por peculiaridades do processo.

Por fim, verifica-se que a autoridade coatora não ficou inerte, portanto não deu causa ao retardamento da instrução processual, tendo em vista que realizou o que lhe cabia, determinando a expedição das cartas precatórias.

Logo, resta devidamente justificada eventual elasticidade na conclusão da instrução criminal.

Diante do exposto, em parte com o parecer, conheço parcialmente da ordem e, nessa extensão, denego-a.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. DORIVAL), APÓS A RELATORA CONHECER PARCIALMENTE DA ORDEM E, NESSA EXTENSÃO, DENEGÁ-LA. O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 12.3.2012)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal)

Após detida análise dos autos, acompanho o voto da i. relatora, a fim de denegar a ordem ao *writ*. Trata-se de paciente que responde, em tese, pelo delito de Aborto Consentido qualificado pela morte da gestante e ocultação de cadáver. Quanto ao pleito de liberdade, trata-se de reiteração de pedido já analisado no *HC* n. 2011.027044-3, portanto superada a questão.

No que se refere ao alegado excesso de prazo para a formação da culpa, resta evidente que o processo encontra-se em regular andamento, não se podendo constatar qualquer desídia por parte do Juízo processante, sendo que eventual demora decorreu das circunstâncias próprias do feito, diante da expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas da acusação e da defesa, conforme informou o magistrado as f. 38-39.

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (2º Vogal)

De acordo com o voto da relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, CONHECERAM PARCIALMENTE DA ORDEM E NESSA PARTE, DENEGÁ-LA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

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, 12 de março de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.031691-4 - Itaquiraí
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PENA-BASE – MAUS ANTECEDENTES – RÉU QUE POSSUI CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO – FATO POSTERIOR – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AFASTADA – PENA REDUZIDA – CONDENAÇÃO INFERIOR À PENA DE DOIS ANOS – DECORRIDO LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A QUATRO ANOS ENTRE A DATA DO FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – PRESCRIÇÃO RETROATIVA RECONHECIDA *EX OFFICIO* – RECURSO PROVIDO.

Não há falar em maus antecedentes se a condenação definitiva refere-se a fato praticado em data posterior ao crime em questão.

Decorridos mais de quatro anos entre a data do fato e o recebimento da denúncia, deve-se declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva retroativa se a pena aplicada ao réu é inferior a dois anos. Reconhecimento *ex officio*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O acusado José Vitorino de Andrade foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, posteriormente substituída por duas penas restritivas de direitos, e ao pagamento de 236 (duzentos e trinta e seis) dias-multa, como incurso no art. 168, caput, do Código Penal, porque, segundo consta:

> [...] no ano de 2000, no Assentamento Lua Branca, sede da Associação dos Pequenos Produtores, nesta cidade, o denunciado, na qualidade de presidente da Associação dos Pequenos Produtores Rurais do Assentamento Lua Branca, recebeu o montante de R$ 72.845,00 (setenta e dois mil, oitocentos e quarenta e cinco reais), a título de repasse efetivado em razão de convênio firmado com o Governo de Mato Grosso do Sul, através de seu Instituto de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural - IDATERRA para compra de um trator e implementos agrícolas. Ocorre que o denunciado apropriou-se indevidamente de grande parte desses valores, na medida em que gastou a importância de R$ 52.300,00 (cinquenta e dois mil e trezentos reais) na compra de um trator usado, dando destino desconhecido ao restante do repasse, o qual soma a quantia de R$ 20.545,00 (vinte mil, quinhentos e quarenta e cinco reais). O acusado sequer prestou contas do que

> fez com a quantia desviada ao IDATERRA, limitando-se a alegar, quando ouvido em sede policial, que com ele adquiriu equipamentos usados e de terceiros, tendo enviado recibos ao IDATERRA, a título de prestação de contas, os quais teriam sido extraviados.

Irresignado com a sentença condenatória, o acusado recorre a este Sodalício aduzindo, preliminarmente, a nulidade da sentença: i) face à atipicidade do crime de apropriação indébita, prevista no art. 168, § 1º, III, do Código Penal, ante a falta de adequação à norma jurídica; ii) em razão de a decisão ser extra e ultra *petita*, não havendo sequer a hipótese de aplicação da pena de multa. Como questão prejudicial de mérito, alega a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa. No mérito, pleiteia sua absolvição, alegando insuficiência de provas e, alternativamente, a redução da pena imposta, reduzindo-a ao mínimo previsto no art. 168 do Código Penal.

Em sede de contrarrazões, o apelado requer a rejeição das preliminares arguida, afastando-se a prescrição e, no mérito, o improvimento do recurso defensivo.

Já a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo parcial provimento do recurso, apenas para que seja afastada a condenação de reparação de danos.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Bate-se o apelante José Vitorino de Andrade contra a sentença proferida pelo juiz de instância singela, que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando-o à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, posteriormente substituída por duas penas restritivas de direitos, e ao pagamento de 236 (duzentos e trinta e seis) dias-multa, como incurso no art. 168, *caput*, do Código Penal.

Permita-me, antecipar, antes da análise das preliminares arguidas pelo recorrente, que inevitavelmente deve ser declarada extinta a sua punibilidade face à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa. Explico.

Vê-se da parte dispositiva da sentença que o juiz fixou a reprimenda base do apelante José Vitoriano de Andrade em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, ou seja, 1 (um) ano e 2 (dois) meses acima do mínimo legal, justificando a necessidade da elevação pelos seguintes fundamentos:

> PRIMEIRA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: A culpabilidade do réu é exacerbada, uma vez que se valeu da qualidade de presidente de associação criada para auxiliar pequenos produtores rurais recém assentados na difícil missão de prosperar com o exercício da agricultura familiar, apropriando de dinheiro público destinado para fomentar a produção dos associados. O réu é portador de maus antecedentes, pois possui condenação transitada em julgado que não se presta ao reconhecimento da reincidência (f. 377-80). Não há elementos suficientes para se aferir a conduta social e a personalidade do agente (circunstâncias subjetivas neutras). Os motivos e as circunstâncias do crime não o prejudicam. As consequências do crime prejudicam o réu, tendo em vista que o dinheiro apropriado indevidamente não foi recuperado pela vítima, configurando lesão superior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais) em valores do ano de 2002, os quais atualizados atingirão soma bem superior. Por fim, o comportamento da vítima não influiu para que o crime fosse praticado. Assim, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 236 (duzentos e trinta e seis) dias-multa. (destaquei)

Com relação aos maus antecedentes, se a condenação transitada em julgado não se presta ao reconhecimento da reincidência, como afirmou o ilustre juiz, também não se presta ao reconhecimento dos maus antecedentes.

Denota-se que o juiz considerou como maus antecedentes a incidência de n. 006, um estelionato cometido no ano de 2005, com condenação transitada em julgado em 12.12.2007 (f. 379).

Ora, nos presentes autos, embora a denúncia seja de 4 de julho de 2007, o fato ilícito teria ocorrido no mês de novembro de 2002, data que a Associação dos Pequenos Produtores recebeu a importância de R$ 20.545,00, objeto do crime de apropriação indébita.

Assim sendo, é impossível o reconhecimento da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes se a condenação anterior definitiva, é dizer, transitada em julgado, refere-se a fato praticado em data posterior ao crime em tela.

Nesse sentido:

> TACRSP: Maus antecedentes – Certidões referentes a fatos praticados em data posterior ao crime em questão – Reconhecimento – Impossibilidade: É impossível o reconhecimento de maus antecedentes se as certidões apresentadas se referem a fatos praticados em data posterior ao crime em questão (RJTACRIM 37/264).
>
> TACRSP: Pena. Antecedente. Condenação definitiva anterior por fato que sucedeu ao crime objeto da demanda sob exame. Não cabimento da estimativa como circunstância agravante. No plano de um direito penal preponderantemente do fato, não deve considerar-se como antecedente condenação por ilícito que sucedeu o delito em pauta, até mesmo para evitar a indiciação respectiva da culpa (RJDTACRIM 33/203-4).

Com efeito, afasto da pena-base os maus antecedentes, reduzindo-a em 4 (quatro) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, ficando definitiva em 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 176 (cento e setenta e seis) dias-multa.

E, nos termos do que dispõe o art. 110, § 1º, do Código Penal, a prescrição, depois da sentença condenatória com o trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. (grifei).

In casu, não houve recurso ministerial, tendo transitado em julgado a sentença para a acusação.

Atento ao disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal, tem-se que a prescrição na hipótese dos autos ocorreria em 4 (quatro) anos, *verbis*:

> Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
>
> V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano, ou, sendo superior não excede a 2 (dois);

Conclui-se, pois, que transcorreu período suficiente para extinguir a punibilidade do recorrente pela prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa, considerando a data do fato (21.11.2002), e a do recebimento da exordial (4.7.2007), lapso temporal superior àquele previsto no art. 109, VI, do Código Penal, operando-se, dessa forma, a prescrição.

À vista destas considerações, acolho a preliminar arguida e declaro extinta a punibilidade do apelante José Vitoriano de Andrade, pela prática do crime descrito no art. 168, *caput*, do Código Penal, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa, com fulcro nos artigos 107, IV, primeira figura, do Código Penal, c.c art. 109, V, do mesmo *Codex*. Decisão contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 30 de janeiro de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.000193-7 – Ponta Porã
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – RECEPTAÇÃO – LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA MEDIANTE ARBITRAMENTO DE FIANÇA – PACIENTE COMPROVADAMENTE POBRE – DISPENSA DA FIANÇA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 325, § 1º, I, C.C ART. 350, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES – ORDEM CONCEDIDA.

Tratando-se de paciente pobre, com situação financeira precária, não se mostra recomendável o arbitramento de fiança como condição para a liberdade provisória, medida a ser adotada no presente caso com base no artigo 325, § 1º, I, c.c art. 350, ambos do Código de Processo Penal, devendo ser aplicadas as medidas cautelares previstas no artigo 319 do mesmo *Codex*. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Vistos, etc...

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor do paciente Márcio de Freitas Cristado, preso em flagrante pela prática, em tese, do crime de receptação, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito de Plantão da Comarca de Ponta Porã, que manteve o pagamento da fiança.

Alega que o paciente não tem condições financeiras de arcar com a fiança arbitrada no valor de dois salários mínimos como condição para a liberdade provisória.

Assim sendo, requer, liminarmente, a dispensa do pagamento da fiança ou a sua substituição por medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal; em sendo negada a liminar, requer, subsidiariamente, a redução do valor da fiança em 2/3. No mérito, espera seja ratificada a liminar deferida.

A liminar foi indeferida (f. 15), tendo sido requisitadas as informações da autoridade impetrada.

As informações foram anexadas às f. 18-19.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O *writ* visa obter a dispensa da fiança arbitrada pela juíza como condição para que o paciente se livre solto.

Assiste razão à impetrante.

Não obstante a precariedade de documentos anexados com a inicial, notadamente no que diz respeito à sua condição econômica, o paciente declarou não a possuir para arcar com o valor da fiança arbitrada, já que está desempregado e morando com os pais (f. 13).

Assim, se o paciente é pessoa pobre, parece-me equivocado e incoerente o arbitramento de fiança como condição para a concessão da liberdade provisória, independentemente do seu valor.

Ocorre que o art. 325, § 1º, I combinado com o art. 350, ambos do estatuto processual penal, referem expressamente que a fiança poderá ser dispensada, se assim recomendar a situação financeira do preso, medida que deve ser adotada no presente caso.

Vale reproduzir, a seguir, o teor dos aludidos dispositivos legais:

> Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm[...]
>
> § 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htmI - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;
>
> Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos artigos 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Desta feita, dispenso o paciente do pagamento da fiança arbitrada, com base no art. 325, § 1º, I combinado com o art. 350, ambos do Código de Processo Penal, concedendo-lhe a liberdade provisória.

Todavia, entendo aplicáveis as medidas cautelares previstas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal, senão vejamos:

> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).
>
> I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).
>
> [...]
>
> IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei n. 12.403, de 2011).

Com efeito, determino o comparecimento mensal do paciente no juízo de origem, a fim de informar e justificar suas atividades, ficando o mesmo proibido de ausentar-se da comarca quando sua permanência seja conveniente ou necessária para a prática de qualquer ato processual.

Ante ao exposto, contra o parecer, concedo a ordem pleiteada, mediante as condições estabelecidas no voto, determinando a imediata soltura do paciente, se por *al* não estiver preso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

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, 30 de janeiro de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.000507-6 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – PACIENTE GESTANTE – PROXIMIDADE DO PARTO – CONDIÇÃO INSALUBRE DOS PRESÍDIOS – NECESSIDADE DE COLOCAÇÃO EM REGIME DOMICILIAR – CABIMENTO NAS HIPÓTESES DO ART. 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – ORDEM CONCEDIDA – LIMINAR RATIFICADA.

Tratando-se de paciente em estágio final de gravidez, não é recomendável que dê à luz no cárcere onde se encontra, tendo em vista as péssimas condições de higiene das penitenciárias brasileiras, beirando a insalubridade. Assim, ainda que presentes os requisitos e pressupostos da prisão cautelar, preenchidos os requisitos do art. 318 do Código de Processo Penal, é de se conceder a prisão domiciliar, preservando-se a saúde e a vida não só da paciente, mas, sobretudo, da criança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Vistos, etc...

O advogado Paulo Henrique Silva Pelzl Bitencourt impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor de Maria Izidia Norberto dos Santos, presa por suposto envolvimento no delito disciplinado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da Juíza de Direito Plantonista, que indeferiu o pedido de prisão domiciliar.

Alega que a decisão carece de fundamentação, devendo ser revista aplicando-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porquanto a paciente é gestante (aproximadamente 39 semanas), e apenas quer ter seu parto e receber os cuidados da família, sendo que assim poderá obter melhores cuidados de sua saúde e da criança.

Sustenta não estarem presentes os pressupostos da segregação cautelar, estampados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Assim sendo, requer a concessão da ordem, a fim de que a paciente responda ao crime em regime domiciliar, comprometendo-se a retornar à prisão logo após o período de dieta ou solicitado pelo juízo.

A liminar foi deferida pelo ilustre Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (f. 23-v), oportunidade em que foram requisitadas as informações da autoridade impetrada.

As informações vieram anexadas às f. 30.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela concessão da ordem de *habeas corpus.*

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Já antecipo que a ordem de habeas corpus deve ser concedida, ratificando-se a liminar deferida nos seguintes termos (f. 30), *in verbis*:

> É inegável que a paciente encontra-se presa pela suposta prática de delito extremamente grave (tráfico ilícito de drogas), desencadeador de diversos outros crimes, como furto, roubo, homicídio, estupro, dentre outros. Todavia, a gravidade do delito não pode, ou melhor, não deve afrontar o maior dos princípios constitucionais, que é a dignidade da pessoa humana.
>
> *In casu*, a paciente é gestante de aproximadamente 39 semanas (doc - f. 16-17), não sendo recomendável que dê à luz onde se encontra, devido as péssimas condições de higiene das penitenciárias brasileiras, beirando a insalubridade. Aliás, ao indeferir pedido dessa natureza, a juíza corre sério risco de ser responsabilizada em caso de eventual complicação com o nascituro, o que não pode ser descartado, principalmente pelo fato de o lugar não ser apropriado para esse tipo de procedimento.
>
> Não é por outro motivo que o Código de Processo Penal, em seu art. 318, facultou ao juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar nos casos de "gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco" (inciso IV). É bem verdade que o juiz "poderá", como bem frisou a magistrada, e não "deverá", embora a prudência recomende a substituição. Já o parágrafo único do referido dispositivo, dispõe que "para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo**"**, o que, a meu juízo, encontra-se comprovado pelo documento de f. 16-17.
>
> Ademais, a paciente ostenta bons antecedentes, sendo tecnicamente primária, bem como reside no distrito da culpa, não havendo qualquer risco de empreender fuga, frustrando a aplicação da lei penal em caso de eventual condenação, mormente se levarmos em consideração a situação em que se encontra.
>
> Destarte, não tenho dúvida em conceder a liminar pleiteada, para revogar a prisão cautelar decretada em desfavor da paciente Maria Izidia Norberto dos Santos, estabelecendo-se o regime domiciliar, ficando a cargo da juíza determinar as condições do seu cumprimento. Comunique-se imediatamente a autoridade impetrada, servindo o presente como mandado**.**

Assim sendo, ainda que presentes os requisitos e pressupostos da prisão cautelar, tal circunstância sucumbe à real necessidade de se preservar a saúde e a vida não só da paciente, mas, sobretudo, da criança. Afinal, como dito nas linhas acima, *"a paciente é gestante de aproximadamente 39 semanas (doc - f. 16-*

17), não sendo recomendável que dê à luz onde se encontra, devido as péssimas condições de higiene das penitenciárias brasileiras, beirando a insalubridade".

O art. 318 do CPP, em seu inciso IV, facultou ao juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar nos casos de gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Já o parágrafo único do referido dispositivo, dispõe que *"para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo"*, o que, a meu juízo, encontra-se comprovado pelo documento de f. 16-17, que confirma que a paciente está em fase gestacional, contando com aproximadamente 39 semanas de gravidez.

Por tais considerações, ratificando os termos da liminar anteriormente deferida, concedo a presente ordem de *habeas corpus*, a fim de que a paciente Maria Izidia Norberto dos Santos seja mantida em regime domiciliar. Decisão com o parecer.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Ab initio, deve-se destacar a impossibilidade de concessão da liberdade provisória aos processados por tráfico de drogas, pois o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e o art. 44, da Lei n. 11.343/06, são claros ao vedar o benefício, sendo que tal argumento basta para a denegação da ordem, conforme já se pronunciaram o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII). Precedentes. [1]
>
> **A proibição de concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que é, por si, fundamento suficiente por se tratar de norma especial especificamente em relação ao parágrafo único, do art. 310, do CPP.**
>
> Além do mais, o art. 5º, XLIII, da Carta Magna, proibindo a concessão de fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida.
>
> Precedentes do c. Pretório Excelso (AgReg no *HC* n. 85711-6/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; *HC* n. 86118-1/DF, Primeira Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso; *HC* n. 83468-0/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; *HC* n. 82695-4/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso). [2] (Destaques não originais)

Nesse diapasão:

> Não caracteriza constrangimento ilegal a negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei n. 11.343/06, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tal infração. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.
>
> Evidenciada a gravidade concreta do crime em tese cometido, diante da natureza e grande quantidade de entorpecentes apreendidos, mostra-se necessária a continuidade da sua segregação cautelar, para o bem da ordem pública. [3]

1 STF, *HC* n. 100.644/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 2.2.2010.

2 *HC* n. 26.680/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 6.10.2009.

3 STJ, *HC* n. 177.183/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 7.12.2010.

Não fosse o suficiente, contata-se que a paciente já foi presa anteriormente justamente pela prática do tráfico de drogas (f. 20). Aliás, conforme destaca o Juiz Plantonista a mesma alega ter voltado a traficar justamente por conta da gravidez (f. 34).

Neste caminhar, sua soltura – ainda que em prisão domiciliar – representaria a aquiescência do Estado com a prática criminosa, que não seria obstaculizada com a mera permanência da paciente em sua casa, onde poderia continuar comercializando drogas impunemente.

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *habeas corpus* em favor de MARIA IZIDIA NORBERTO DOS SANTOS.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

Também concedo a prisão domiciliar, em razão da gravidez.

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL.

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, 30 de janeiro de 2012.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO

Tribunal lança hoje ferramenta de videoconferência - 09/03/2012

O presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS), Des. Luiz Carlos Santini, lança oficialmente nesta sexta-feira (9) às 10 horas, diretamente do Salão Pantanal do TJMS, a ferramenta de videoconferência para a realização de diversas ações no Poder Judiciário Estadual como cursos aos servidores e magistrados, interrogatórios judiciais, inquirições de testemunhas, reuniões, entre outros atos processuais e administrativos.

Em 2011 foram adquiridos 30 terminais de videoconferência de alta tecnologia, além de servidores para suportar esse mecanismo de videoconferência. No início de janeiro de 2012 foi concluída a fase de instalação de 23 terminais, oito em Campo Grande e 15 nas comarcas do interior.

Nesta primeira videoconferência, o Presidente falará com juízes do interior do Estado onde a ferramenta foi instalada sobre a importância da adoção da tecnologia além de testar o correto funcionamento dela.

Na sequência, o diretor-geral da Escola Judicial de Mato Grosso do Sul (EJUD/MS), Des. Ruy Celso Barbosa Florence, explicará como será utilizada a videoconferência para a realização de capacitações pela EJUD.

Em um primeiro momento, a nova tecnologia será utilizada pela Escola Judicial que ministrará cursos e outros treinamentos por meio de videoconferência. A adoção da tecnologia reduzirá custos e trará comodidade aos servidores e magistrados do interior que não precisarão se deslocar até Campo Grande para participar dos treinamentos.

O sistema permite que as videoconferências sejam gravadas. Também é possível plugar um computador e não apenas exibir a imagem da câmera, como também o material que está armazenado no computador, como uma apresentação de slides, por exemplo. A videoconferência é uma transmissão com áudio e vídeo, semelhante a uma ligação telefônica. São diversos ramais instalados e, para realizar uma videoconferência com determinado local, basta chamar o seu ramal. Já a sala de videoconferência, com diversos participantes, funciona a exemplo dos chats de bate-papo, cria-se uma sala e os participantes entram nela.

Foram instalados terminais de videoconferência na Secretaria de Tecnologia de Informação, Corregedoria-Geral de Justiça, Presidência do TJ, Salão Pantanal e Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul (EJUD/MS). Além de Campo Grande, foram instalados terminais nas comarcas de Dourados, Corumbá, Três Lagoas, Ponta Porã, Jardim, Nova Andradina, Coxim, dentre outras.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

Videoconferência é marco na história do Judiciário de MS - 09/03/2012

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Luiz Carlos Santini, lançou na manhã desta sexta-feira (9) a videoconferência, uma ferramenta disponibilizada em Campo Grande e em 22 comarcas para agilizar algumas ações da justiça como, por exemplo, inquirições de testemunhas, interrogatórios judiciais, e principalmente cursos para juízes e servidores.

No total, foram adquiridos 30 terminais de videoconferência de alta tecnologia. Oito pontos de equipamentos foram instalados em Campo Grande (entre o Fórum, o TJMS e a EJUD-MS) e o restante nas comarcas de Dourados, Corumbá, Três Lagoas, Ponta Porã, Paranaíba, Dois Irmãos do Buriti, Chapadão do Sul, Jardim, Nova Andradina, Coxim, Bandeirantes, Terenos, Cassilândia e Miranda.

Durante a solenidade de inauguração, o Des. Santini conversou com juízes de 15 localidades diferentes para reafirmar a disposição desta administração em abraçar as iniciativas que resultem na facilitação do trabalho tanto de magistrados quanto de servidores.

"*Com a videoconferência teremos um trabalho mais eficaz e isso significa dizer uma prestação jurisdicional mais eficiente. E isso tudo com grande economia não só de verbas, mas de tempo também. Este é mais um passo importante para a modernização do judiciário sul-mato-grossense, que será o primeiro no país a ter 100% de suas comarcas digitalizadas. Das 54 comarcas, 37 já são totalmente digitais e estimamos que até outubro as restantes também o sejam*", disse ele.

Os juízes apontaram a qualidade do equipamento disponibilizado, confirmaram sua eficiência e agradeceram a iniciativa, que resultará em mais uma ferramenta para mostrar à sociedade que a imagem de justiça morosa não mais existe.

"*Precisamos mostrar à população qual é o nosso trabalho, pois nem todos sabem que um juiz trabalha 24 horas por dia na resolução de problemas dos cidadãos. Os juízes esquecem seus próprios problemas e até a família para se debruçar sobre os conflitos que afligem os cidadãos que buscam na justiça a solução de seus problemas. Investimos nesta ferramenta porque sabemos que o maior beneficiário de seus resultados será a população*", completou o presidente do TJMS.

O diretor-geral da Escola Judicial de Mato Grosso do Sul (EJUD/MS), Des. Ruy Celso Barbosa Florence, lembrou que este é um importante passo na história do Poder Judiciário de MS e ressaltou o uso da videoconferência no aprimoramento da aprendizagem de juízes e servidores.

"*A tecnologia que hoje é útil, amanhã será indispensável. Por meio de convênios e parcerias firmadas em todo o país, mais de 200 magistrados e mais de quatro mil servidores serão alcançados pela nova ferramenta. Estamos em uma nova sociedade que exige o uso do som e da imagem. Juízes e servidores capacitados, juntos, usufruindo desta visão de futuro. Caminharemos juntos até que todos nós nos tornemos caminhos. Nossas palavras são de agradecimento à administração do Tribunal de Justiça e servidores da área de tecnologia, por disponibilizar esta ferramenta*", avaliou o diretor-geral.

O vice-presidente do TJMS, Des. Hildebrando Coelho Neto, que assume o comando da justiça de MS em abril, afiançou que sua administração continuará a implantar e desenvolver ações da mesma magnitude para imprimir mais eficiência e qualidade na prestação jurisdicional.

Ao falar da qualidade dos profissionais que atuam no judiciário sul-mato-grossense, ele citou o relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que reconheceu ter o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul a 2ª maior produtividade dos magistrados do país tanto em 1º quanto em 2º graus.

"*Continuem com este ânimo, com esta força em prol da justiça porque os frutos virão. Mantenham esta força jovem voltada a uma justiça mais rápida. Já pudemos colher resultados no Justiça em Números. Continuaremos trabalhando para isso*", anunciou o desembargador.

A nova tecnologia já está sendo utilizada pela Escola Judicial para ministrar cursos e outros treinamentos, mas a videoconferência também será usada para outros atos processuais e administrativos, garantindo a economia, pois não haverá necessidade de gastos para deslocamento nem diárias, além de outras despesas.

Importante ressaltar que o sistema permite que as videoconferências sejam gravadas, além da transmissão com áudio e vídeo, semelhante a uma ligação telefônica. São diversos ramais instalados e, para realizar uma videoconferência com determinado local, basta chamar o ramal desejado.

Além dos juízes conectados nas comarcas e na EJUD, também participaram do lançamento os desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Tadeu Barbosa Silva, João Carlos Brandes Garcia, os juízes Flávio Saad Peron, Luiz Gonzaga Mendes Marques, Marcos Brito, Elizabete Anache, além da diretora-geral do TJMS, Syrene Barcelo de Souza Falleiros, e dos diretores de Secretaria do Tribunal de Justiça.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

TJMS declara ilegal cobrança de ponto extra de TV por assinatura - 15/03/2012

A 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento do dia 14 de março, negou provimento ao recurso interposto pela Net Campo Grande e também pelo Ministério Público Estadual, mantendo a sentença de 1º grau que declarou ilegal a cobrança do ponto extra nas assinaturas de TV a cabo.

A Net foi condenada a restituir os valores pagos pelos consumidores a título de ponto adicional a partir da vigência da Resolução da Anatel nº 488, de 3 de dezembro de 2007 e, em caso de cobrança indevida após a publicação da Súmula nº 9, também da Anatel, a restituir em dobro os valores, acrescido de juros e correção monetária.

A Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor ajuizou Ação Civil Pública em face da Net Campo Grande alegando que a cobrança do ponto adicional é ilegal e abusiva e que constitui afronta aos direitos dos consumidores, diante da ausência de dispositivo legal que permita a cobrança do serviço. Requereu a nulidade da cláusula contratual que aborde a possibilidade de cobrança como também a devolução em dobro de todas as parcelas pagas pelos consumidores.

Por um lado, a Net recorre da sentença alegando que em abril de 2009 alterou sua política comercial justamente para deixar de realizar a referida cobrança. Por outro lado, o Ministério Público narra que, em diligência, verificou que a empresa apelada não ativa o ponto extra se o conversor/decodificador não for o de sua propriedade e se o consumidor não locar o uso do aparelho. Para o MP, a cobrança do aluguel pelo equipamento nada mais é do que um eufemismo para a cobrança do ponto adicional.

Na sessão de julgamento dos recursos, por unanimidade, a 1ª Câmara Cível rejeitou as preliminares, e, no mérito, por maioria, negou provimento a ambos. Primeiramente, o relator do processo, Des. Sérgio Fernandes Martins, destacou que a TV a cabo enquadra-se nos serviços de telecomunicações, ou seja, um serviço público que somente pode ser explorado mediante concessão e por isso, a prestação do serviço sofre controle estatal, submetendo-se a ingerência de agência reguladora, no caso, a Anatel.

Para o relator, "o ponto extra, ao contrário do afirmado pela empresa apelante, não representa uma nova prestação de serviço ao consumidor, pois o sinal transmitido é único, o que ocorre é uma redistribuição interna do mesmo, de modo que possa ser transmitido em outros pontos na mesma residência, não implicando em nenhum custo para a empresa". O relator destacou que a cobrança se mostra ilegal e abusiva e proporciona enriquecimento ilícito do concessionário e coloca o consumidor numa situação de extrema desvantagem.

Quanto à alegação do Ministério Público de que a Net continua cobrando pelo serviço de forma dissimulada, o relator analisou que a própria Súmula nº 9 da Anatel estabeleceu que é permitido que a prestadora disponha livremente sobre a forma de contratação do equipamento conversor/decodificador, quer por meio de venda, aluguel, comodato, etc., desde que não haja abuso do poder econômico. Assim, entendeu o desembargador que a cobrança pelo aluguel dos equipamentos é legal desde que seja pactuada entre as partes.

Com isso, a sentença foi mantida em sua íntegra, até mesmo quanto ao valor de R$ 1.000,00 de multa diária para cada caso, na hipótese da empresa descumprir a decisão, a qual será revertida para cada consumidor lesado.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa

Judiciário de MS terá 70% de suas comarcas digitalizadas - 16/03/2012



A partir de segunda-feira (19) o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul passa a contar com 70% de suas comarcas operando com processos eletrônicos, isto porque a Comarca de Fátima do Sul se tornará a 38ª comarca digital do Estado. Restarão apenas 16 comarcas para que todo o judiciário estadual seja digitalizado.

O peticionamento também passará a ser eletrônico, portanto, os advogados devem atentar para a necessidade de certificado digital para fazer uso da nova tecnologia. O uso de certificado digital proporciona segurança, integridade dos dados, confiabilidade e transparência ao sistema processual eletrônico.

O protocolo das petições para as varas digitais é feito diretamente pelo Portal e-SAJ (http://www.tjms.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000), que pode ser acessado pela página inicial do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. A petição e os documentos são encaminhados em formato PDF, por meio do software "PDF Creator", disponível para download no próprio Portal e-SAJ.

Migração - Em virtude de migração de dados do sistema SAJ da Comarca de Fátima do Sul, o sistema está indisponível na comarca até as 8 horas de segunda-feira (19).

O SAJ e todos os serviços do portal e-SAJ também estarão indisponíveis no período das 19 horas desta sexta-feira (16) às 8 horas de segunda-feira (19) para as seguintes comarcas:

- SAJPG5: Água Clara, Amambai, Anastácio, Anaurilândia, Angélica, Aparecida do Taboado, Aquidauana, Bandeirantes, Bataguassu, Batayporã, Bonito, Brasilândia, Caarapó, Camapuã, Cassilândia, Chapadão do Sul, Corumbá, Costa Rica, Coxim, Deodápolis, Dois Irmãos do Buriti, Ivinhema, Jardim, Maracajú, Miranda, Naviraí, Nioaque, Nova Alvorada do Sul, Nova Andradina, Paranaíba, Ponta Porã, Ribas do Rio Pardo, Rio Negro, Rio Verde de Mato Grosso, São Gabriel do Oeste, Sidrolândia, Sonora, Três Lagoas. E, também os seguintes Juizados Especiais: 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª e 11ª Vara do Juizado Especial de Campo Grande, Juizado Especial de Três Lagoas e Juizado Especial de Corumbá;

- SAJPG3: Bela Vista, Eldorado, Glória de Dourados, Iguatemi, Inocência, Itaporã, Itaquiraí, Mundo Novo, Pedro Gomes, Porto Murtinho, Rio Brilhante e Sete Quedas.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de Segurança n. 2011.034750-0 32

Divoncir Schreiner Maran

Agravo n. 2011.034394-2 41

Apelação Cível n. 2011.037588-4 46

Apelação Cível n. 2012.002701-0 51

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2012.001158-1 55

Apelação Cível n. 2012.001351-6 66

Apelação Cível n. 2012.006522-3 74

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n 2011.025962-1 82

Apelação Cível n. 2011.032918-6 90

Apelação Cível n. 2012.000844-3 95

João Batista da Costa Marques

Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2011.029456-0/0001-00 100

Apelação Cível n. 2011.030627-4 105

Apelação Cível n. 2011.035780-0 115

João Maria Lós

Mandado de Segurança n. 2009.027961-9 121

Apelação Cível n. 2011.033312-3 128

Apelação Cível n. 2011.034584-3 132

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2011.029742-5 139

Apelação Cível n. 2011.031455-6 144

Apelação Cível n. 2012.000823-0 147

Josué de Oliveira

Apelação Cível n. 2010.027721-7 150
Mandado de Segurança n. 2012.002435-1 159
Apelação Cível n. 2012.003715-2 162

Julio Roberto Siqueira Cardoso

Agravo n. 2011.036532-6 169
Apelação Cível n. 2011.037749-3 173
Apelação Cível n. 2012.006551-5 177

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2011.033437-6 180
Apelação Cível n. 2012.001249-7 183
Apelação Cível n. 2012.001846-8 189

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Agravo Regimental em Agravo n. 2011.034167-0/0001-00 194
Apelação Cível n. 2011.036784-9 199
Apelação Cível n. 2012.005597-8 203

Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível n. 2011.037382-8 209
Apelação Cível n. 2012.000719-7 222
Apelação Cível n. 2012.001917-8 233

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação Cível n. 2011.029260-7 241
Apelação Cível n. 2011.032978-4 246
Apelação Cível n. 2012.002954-0 254

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2011.023496-6 261
Apelação Cível n. 2011.037850-5 272
Apelação Cível n. 2012.005553-8 277

Paulo Alfeu Puccinelli

Apelação Cível n. 2011.025627-8 283
Apelação Cível n. 2011.033683-7 289
Apelação Cível n. 2011.036723-4 295

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2012.002534-6 299
Apelação Cível n. 2012.004154-6 307
Apelação Cível n. 2012.006372-4 314

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Cível n. 2011.032251-5 321
Apelação Cível n. 2011.036119-1 325
Apelação Cível n. 2012.002864-1 330

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2010.001165-7 336
Apelação Cível n. 2010.012801-7 340
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2011.035209-9/0001-00 344

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2012.004501-8 349
Apelação Cível n. 2012.005530-1 353
Apelação Cível n. 2012.006386-5 357

Tânia Garcia de Freitas Borges

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2008.033596-9/0001-00 360
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2009.013613-7/0001-00 367
Apelação Cível n. 2009.025972-7 374

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2011.025846-1 377
Apelação Cível n. 2011.032585-8 379
Apelação Cível n. 2011.036527-8 385

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Ação Penal n. 2008.028454-5 392
Mandado de Segurança n. 2011.036671-3 417
Agravo Criminal n. 2012.006242-3 420

Claudionor Miguel Abss Duarte

Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2011.028736-9/0001-00 423
Apelação Criminal n. 2011.036088-3 429

Dorival Moreira dos Santos

Carta Testemunhável n. 2011.030768-5 433
Pedido de Desaforamento n. 2011.035657-8 436
Habeas Corpus n. 2012.002793-1 440

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação Criminal n. 2009.009509-9 446
Apelação Criminal n. 2011.013094-3 450
Apelação Criminal n. 2011.026920-6 457

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2010.013180-1 469
Apelação Criminal n. 2011.008776-9 473
Agravo Criminal n. 2012.000950-0 477

Manoel Mendes Carli

Conflito de Competência n. 2011.035087-5 480
Apelação Criminal n. 2011.037884-2 485
Habeas Corpus n. 2012.000011-7 491

Marilza Lúcia Fortes

Apelação Criminal n. 2011.030333-3 495
Apelação Criminal n. 2011.030829-2 499
Habeas Corpus n. 2012.001692-1 501

Romero Osme Dias Lopes

Apelação Criminal n. 2011.031691-4 506
Habeas Corpus n. 2012.000193-7 510
Habeas Corpus n. 2012.000507-6 513

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação cautelar fiscal

Dissolução irregular da empresa. Indisponibilidade dos bens dos sócios. Hipótese autorizativa. Artigo 135, III, do Código Tributário Nacional (2012.002701-0) 051

Ação civil pública

Medida antecipatória. Suspensão de lei municipal. Projeto de lei votado em desrespeito aos princípios da impessoalidade e moralidade (2011.034394-2) 041

Ação de atentado

Composse. Ilegitimidade ativa. Não configurada. Legitimidade de um dos posseiros para a propositura da ação (2011.025846-1) 377

Ação de cobrança

Banco. Pagamento de cheque falsificado. Lucros cessantes. Prescrição. Interrupção pela citação. Prazo quinquenal do artigo 27 do CDC (2012.003715-2) 162

Ação reivindicatória

Imóvel adquirido em leilão extrajudicial. CEF. Direito de imissão na posse. Indenização. Taxa de fruição. Retenção das benfeitorias (2008.033596-9/0001) 360

Simulação. Má-fé. Aquisição do imóvel após registro em cartório. Perdas e danos. Fruição do imóvel. Devido (2011.037850-5) 272

Ação revisional

Contrato imobiliário. Contrato de adesão. Código de Defesa do Consumidor. Tabela *Price*. Afastada. Saldo devedor. Amortização. Incidência de encargos financeiros (2012.001158-1) 055

Desconto de débitos do falecido. Conta bancária da viúva. Possibilidade. Autorização da titular. Dano moral. Não configurado. Multa por litigância de má-fé. Afastada (2011.032585-8) 379

Alienação judicial

Bem indivível. Imóvel comum entre ex-casal. Venda judicial. Direito de preferência. Benfeitorias realizadas no imóvel (2011.036723-4).....295

Cartão de crédito

Cancelamento de limite. Ausência de comunicação prévia. Dano moral. Indenização devida (2012.006372-4) 314

Citação

Edital. Cumprimento. Necessidade de esgotamento (2011.032251-5) 321

Citação por hora certa

Nulidade. Ausência de correspondência para confirmar a citação. Irrelevância. Comparecimento espontâneo em juízo (2011.036784-9) 199

Compra e venda

Imóvel. Sentença de interdição. Incapacidade mental do autor à época da prática do ato. Nulidade (2011.036119-1) 325

Concurso público

Exame médico. Exclusão de candidato de forma desmotivada. Não cabimento (2009.027961-9) 121

Habilitação. Licenciatura plena. Exigência do edital. Posse. Impossibilidade (2011.035209-9/0001) 344

Condomínio

Taxa condominial. Ação de cobrança. Responsabilidade do proprietário do bem. Multa de 2% (2010.001165-7) 336

Consumidor

Remoção de poste de energia elétrica. Restrição à utilização do imóvel. Ônus da concessionária (2012.005597-8) 203

Contrato de seguro

Automóvel. Sinistro. Valor da indenização. Preço do veículo novo. Cobertura integral do seguro (2011.037588-4) 046

Veículo. Cancelamento automático. Ausência de pagamento. Cláusula nula. Perda total. Indenização integral. Sub-rogação do veículo à seguradora (2012.001846-8) 189

Dano moral

Cartão de crédito não solicitado. Cobrança de anuidade. Danos morais configurados. Indenização devida (2011.033437-6) 180

Cobrança indevida. Utilização da prestação do serviço. Aceitação tácita. Dano moral não comprovado (2012.006551-5) 177

Fraude no hidrômetro. Ausência de prova. Cobrança indevida. Suspensão do serviço de abastecimento de água. Dano moral configurado. Indenização devida (2011.037749-3) 173

TV por assinatura. Contratação fraudulenta. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito. Existência de outros registros. Indenização. Possibilidade (2011.033683-7) 289

Embargos à execução

Código de Defesa do Consumidor. Aplicação da tabela *price*. Afastada. Multa contratual de 10%. Ilegalidade (2009.013613-7/0001) 367

Nota promissória. Caução. Internação hospitalar. Discussão da *causa debendi*. Possibilidade (2010.012801-7) 340

Embargos de terceiro

Alienação judicial. Imóvel rural. Adjudicação. Direito de preferência. Arrendatário. Impossibilidade. Ônus sucumbenciais. Princípio da causalidade (2011.032978-4) 246

Aquisição de imóvel. Terceiro de boa-fé. Ausência de averbação na matrícula do imóvel. Presunção de boa-fé (2012.000823-0) 147

Ausência de posse. Inadmissibilidade. Rejeição dos embargos. Possibilidade (2009.025972-7) 374

Bem móvel. Certificado de registro no Detran. Prova insuficiente. Transferência que se dá com a tradição. Ônus da prova (2012.002954-0) 254

Cônjuge. Adjudicação de sacas de soja pertencentes ao casal. Regime de comunhão universal (2012.004501-8) 349

Execução. Penhora. Meação. Dívida contraída pelo falecido marido. Benefício da família. Ônus da prova (2011.029742-5) 139

Penhora. Não comprovação da posse ou propriedade do imóvel. Ilegitimidade ativa (2011.025627-8) 283

Erro médico

Conduta negligente. Concessão de alta médica. Necessidade de intervenção cirúrgica. Dano moral. Indenização devida (2011.036527-8) 385

Execução fiscal

Executado falecido antes do ajuizamento da ação. Incapacidade de estar em juízo. Modificação da CDA. Sujeito passivo. Impossibilidade (2011.031455-6) 144

Imposto de renda

Servidora pública aposentada. Isenção. Doença grave. Rol taxativo. Art. 111 do CTN. Vedação à interpretação extensiva (2011.034167-0/0001) 194

Indenização

Assinaturas de revistas não solicitadas. Débito lançado indevidamente em seu cartão de crédito. Dano moral. Indenização devida (2011.030627-4) 105

Contrato de transporte. Assalto à mão armada. Força maior. Responsabilidade da transportadora. Exclusão (2011.025962-1) 082

Justiça gratuita. Indeferimento. Falta de prova da hipossuficência econômica. Xingamento em via pública. Dano moral caracterizado. Indenização devida (2012.005530-1) 353

Morte por eletroplessão. Rede de energia elétrica clandestina**.** Concessionária de serviço público. Danos material e moral. Indenização devida (2011.037382-8) 209

Supermercado. Abordagem por segurança. Suspeita de furto. Dano moral. Dano *in re ipsa.* Indenização devida (2012.000719-7) 222

Suspensão de fornecimento de energia elétrica. Débito quitado. Demora na religação. Serviço de natureza essencial. Dano moral caracterizado. *Quantum* mantido (2012.001351-6) 066

Inventário

Ausência de herdeiros necessários. Irmã do *de cujus*. Herdeira universal. Testamento público (2011.036532-6) 169

União estável. Ônus da prova. Artigo 333 do CPC. Ação própria. Desnecessidade (2011.029260-7) 241

Mandado de segurança

Concessão de liminar. Servidor estável. Execução provisória. Verba de caráter alimentar (2011.029456-0/0001) 100

Emissão de certificado de conclusão do ensino médio. Idade mínima. Aprovação no Enem. Aptidão intelectual comprovada. Ordem concedida (2012.002435-1) 159

ICMS. Substituição tributária. Compensação de valores pagos a menos. Impossibilidade (2011.034750-00).....032

Medida cautelar fiscal

Responsabilidade de terceiros. Art. 135 do CTN. Mero adimplemento. Sócio constante da CDA. Irrelevância. Ausência de *fumus boni iuris* (2010.027721-7) 150

Passagem forçada

Encravamento não natural. Alienação parcial de imóvel rural. Direito sob condição de indenizar. Passagem de cabos de energia. Falta de interesse processual (2012.002864-1) 330

Penhora

Extinção da sociedade conjugal. Meação. Bem indivisível. Alienação (2011.033312-3) 128

Faturamento da empresa. Possibilidade. Percentual (2011.035780-0) 115

Plano de saúde

Cláusula contratual. Área de cobertura. Abusiva. Emergência. Dano moral. Indenização devida (2012.005553-8) 277

Prestação de serviço de enfermagem 24h. Programa de Atenção Domiciliar - PAD. Exclusão de cobertura. Código de Defesa do Consumidor. Abusividade (2011.034584-3) 132

Previsão contratual. Suspensão do serviço. Inadimplência. Cancelamento direto do contrato. Reativação do plano de saúde (2012.006522-3) 074

Reajuste abusivo da mensalidade. Faixa etária. Impossibilidade. Restabelecimento do contrato (2012.000844-3) 095

Redução de jornada de trabalho

Servidora pública. Filho com necessidades especiais. Dois vínculos de trabalho. Um perante o Estado e outro perante o Município. Dignidade da pessoa humana. Possibilidade (2012.001917-8) 233

Rescisão contratual

Aquisição de lote parcelado. Reconvenção. Retenção por benfeitorias. Má-fé não caracterizada (2012.006386-5) 357

Seguro de vida

Ação de cobrança. Invalidez permanente. Configurada. Ocorrência de acidente durante procedimento cirúrgico. Juros de mora. Citação válida (2011.032918-6) 090

União estável

Ausência de conversão quando do casamento. Imóvel adquirido por um dos cônjuges antes do casamento. Direito à meação. Inexistente. Indenização das benfeitorias. Devida (2012.002534-6) 299

Transporte aéreo

Indenização. Dano material e moral. Extravio de bagagem. Código de Defesa do Consumidor. Fixação do *quantum* (2012.004154-6).....307

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Adulteração de sinal identificador de veículo

Absolvição. Atipicidade da conduta. Acolhida. Receptação. Substituição da pena por restritivas de direito. Circunstâncias judiciais desfavoráveis (2011.026920-6) 457

Apropriação indébita

Pena-base. Maus antecedentes. Condenação transitada em julgado. Fato posterior. Pena reduzida. Prescrição retroativa. Reconhecimento *ex officio* (2011.031691-4) 506

Carta testemunhável

Agravo. Intempestividade. Processo eletrônico. Intimação. Carta não provida (2011.030768-5) 433

Casa de prostituição

Absolvição. Não caracterização do crime. Procedente (2011.030829-2) 499

Concussão

Estagiário vinculado ao Juizado Especial Cível. Exigência de vantagem indevida. Dosimetria. Pena-base. Retificação. Indenização. Afastamento (2011.013094-3) 450

Conflito de competência

Infração ao art. 308 do CP. Falsificação do Renach. Crime de autoria incerta. Delito de menor potencial ofensivo. Competência. Juízo estranho ao conflito (2011.035087-5) 480

Corrupção ativa

Policiais militares. Liberação de carga sem notas fiscais. Absolvição. Ausência de provas. Impossibilidade. Pena-base. Fixação no mínimo legal (2010.013180-1) 469

Crime de responsabilidade

Prefeito municipal. Vereadores. Falsidade ideológica. Confissão de dívidas fictícias. Extorsão indireta. Crime continuado. Perda do mandato eletivo (2008.028454-5) 392

Desaforamento

Júri. Ampla divulgação da imprensa. Suspeita de parcialidade dos jurados. Meras suposições de parcialidade. Pedido indeferido (2011.035657-8) 436

Duplicata simulada

Atipicidade da conduta. Inocorrência. Redução. Pena-base. Substituição da pena. Incabível. Crime continuado e de grande vulto (2011.030333-3) 495

Execução penal

Condenação oriunda da Justiça Federal. Execução provisória em presídio estadual. Modificação da sentença. Impossibilidade. Usurpação da competência. Nulidade (2012.006242-3) 420

Trabalho externo particular. Indeferimento. Regime semiaberto. Impossibilidade (2012.000950-0) 477

Estelionato

Ilícito contratual. Esfera civil. Atipicidade da conduta. Absolvição (2011.037884-2) 485

Furto

Princípio da insignificância. Possibilidade. Ausência de prejuízo para a vítima. Periculosidade do agente não demonstrada. Absolvição (2011.028736-9/0001) 423

Furto qualificado

Veículo. Contrato de locação. Venda da res pelo acusado. Hipótese de estelionato. *Emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição. Possibilidade (2011.008776-9) 473

Habeas corpus

Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Periculosidade do agente. Péssimos antecedentes infracionais. Ordem denegada (2012.002793-1) 440

Rebelião em presídio. Prisão preventiva. Liberdade provisória. Imposição de medidas cautelares. Ordem concedida (2012.000011-7) 491

Reiteração de pedido. Ausência de fato novo. Não conhecimento. Excesso de prazo. Princípio da razoabilidade (2012.001692-1) 501

Tráfico de entorpecentes. Paciente gestante. Regime domiciliar. Ordem concedida (2012.000507-6) 513

Mandado de segurança

Efeito suspensivo. Recurso em sentido estrito. Recurso de apelação (2011.036671-3) 417

Receptação

Liberdade provisória. Arbitramento de fiança. Paciente comprovadamente pobre. Dispensa da fiança. Aplicação de medidas cautelares (2012.000193-7) 510

Restituição de bem apreendido

Crime contra as relações de consumo. Corrupção de produtos destinados a fins medicinais. Bem que interessa ao processo. Recurso improvido (2011.036088-3) 429

Roubo majorado

Cumprimento de decisão do STJ. Dosimetria da pena. Ausência de circunstâncias desfavoráveis. Pena-base. Concurso entre reincidência e confissão espontânea (2009.009509-9) 446