Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 34 - n. 187
Janeiro a Março de 2013



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 34 - n. 187 - Janeiro-Março de 2013

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 34, n. 187

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. 187 (2013)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2013 - .

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria de Comunicação
Departamento de Relações Públicas

Revisão

Léa Maria Freire Palhano Goncalves

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

Diretoria

Presidente - Des. Joenildo de Sousa Chaves

Vice-Presidente - Des. João Batista da Costa Marques

Corregedora-Geral de Justiça - Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

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

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Desª Maria Isabel de Matos Rocha

Juiz Designado Vilson Bertelli

SUMÁRIO

Doutrina

SEPARAÇÃO DE IRMÃOS NO ACOLHIMENTO E NA ADOÇÃO

Maria Isabel de Matos Rocha 007

Jurisprudência Cível 012

Jurisprudência Criminal 346

Noticiário 457

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 477

Jurisprudência Criminal 480

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 483

Jurisprudência Criminal 488

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



SEPARAÇÃO DE IRMÃOS NO ACOLHIMENTO E NA ADOÇÃO

Maria Isabel de Matos Rocha [1]

1. A SEPARAÇÃO DE IRMÃOS NO ACOLHIMENTO E NA ADOÇÃO: PARÂMETROS LEGAIS

É intuitivo que os irmãos devem ficar juntos. Se as crianças vão sair de sua família de origem, mesmo que por breve espaço de tempo, será mais fácil enfrentarem o desconhecido juntas. E a instituição de acolhimento é o desconhecido para estas crianças. Esse irmão está na mesma situação, tem os mesmos medos e inseguranças. Sofreu idênticas violências, abandonos, omissões, ou negligências. Chorou junto nas noites de abandono, teve o mesmo pavor quando levado para a instituição.

E pode ser mais que um companheiro, pode ser um irmão mais velho, protetor e cuidador. Podem ter sido companheiros de rua, um cuidando do outro, ensinando as artes da sobrevivência. E na instituição, os mais velhos protegem e consolam os irmãos mais novos.

Se os irmãos vão para adoção, ocorrerão muitas mudanças radicais: crianças vão perder definitivamente todos os laços com familiares e o ambiente onde cresciam, e vão enfrentar um desconhecido ainda maior: uma nova família. Eles vão ter medos e inseguranças. O irmão é o único laço que os liga ao mundo que conhecem até então, o último afeto que lhes restou.

Mesmo na adoção bem sucedida, no futuro, este irmão será companheiro para lembrar o passado e tentar entender como e por que toda a sua vida mudou e foram para um novo lar.

A realidade das entidades de acolhimento mostra grupos grandes de irmãos, de várias idades, que é difícil colocar juntos em adoção.

O que fazer? O que a lei diz sobre este tema? Ora, é intuitivo que irmãos não devem ser separados. Nem precisava a lei dizer.

Mas ela hoje diz claramente. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) desde sempre colocou isso como princípio, no artigo 92, V. As instituições de acolhimento (e hoje também as famílias de acolhimento) estão obrigadas a seguir o princípio do não desmembramento de grupos de irmãos.

Mas não havia no ECA uma regra expressa quanto à adoção de irmãos, nada se falava sobre a obrigação de manter os irmãos juntos na mesma família adotiva. Hoje há essa regra. A Lei 12.010/2009 introduziu esse texto expresso no §4º do artigo 28:

> "Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais."

Não devem ser separados os irmãos na adoção, e hoje isso é mais do que um princípio a seguir, é uma obrigação expressa na lei.

Mas a lei não aponta solução mágica para a vida real.

1 Desembargadora do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Coordenadora da Infância e Juventude do Estado de Mato Grosso do Sul, Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra, Portugal.

2. AS DIFICULDADES PRÁTICAS DE MANTER OS IRMÃOS JUNTOS

Irmãos costumam ser acolhidos juntos em instituições, por imposição legal e também porque quase sempre estão sujeitos à mesma situação de fato: os mesmos motivos pelos quais seus pais negligenciam, descuidam, maltratam, abusam, levam a seu acolhimento quase sempre numa mesma oportunidade e no mesmo processo.

Algumas situações têm dificultado a estada dos irmãos na mesma instituição, sobretudo quando há diferença de sexo e idade [2]. Por outro lado, irmãos de idades muito diversas podem trazer algumas dificuldades às instituições que não atendem público da sua faixa etária. [3] Quando estão separados em instituições diferentes, os irmãos têm direito à preservação do seu vínculo, e as entidades têm dever de promover encontros entre eles, procurar matriculá-los na mesma escola e que passem férias e fins de semana juntos. Obviamente isso gera dificuldades financeiras (prover transporte, veículos etc) que a instituição terá de suprir.

A não separação de irmãos é ainda mais necessária em casos de adoção, por seu caráter definitivo. E também mais difícil de realizar na prática.

Na vida real, nem sempre os irmãos estão juntos, e nem sempre eles podem ficar juntos na mesma família adotiva. Há casos de irmãos que já foram separados pelos pais, entregues a vizinhos, a parentes, ou simplesmente abandonados, irmãos que não se conheceram e nem construíram vínculo de afeto mútuo. E o juiz muitas vezes os reúne numa mesma instituição quando analisa o processo. É gratificante poder reunir irmãos que os pais tinham separado.

Mas nem sempre se consegue que esse final feliz perdure até a adoção conjunta. É comum os candidatos visitarem instituições e se encantarem e quererem adotar os irmãos caçulas, sem aceitar os irmãos mais velhos. Há variadas e legítimas motivações, inclusive as econômicas, para não adotar mais que uma ou duas crianças. Para estes, porém, a solução, mais evidente é adotar criança que não tem irmãos precisando de adoção. Para os irmãos, há que se procurar a adoção conjunta na mesma família.

3. QUAIS AS SOLUÇÕES POSSÍVEIS?

A procura pela adoção conjunta deve estar sujeita a um tempo de busca razoável, para que não se eternize o impasse. O Juiz da Infância irá procurar em todos os cadastros uma família que aceite adotar os irmãos, se necessário até chamará família estrangeira habilitada e cadastrada para adotar. É o que diz a lei.

Enfim, e se não for possível os irmãos ficarem juntos na mesma família adotiva? Há grupos numerosos de irmãos, de idades e necessidades diversas, que demandam uma família preparada para assumir maiores encargos financeiros, como também administrar situações explosivas de ciúme, insegurança, disputa entre irmãos, lutando pelo afeto dos adultos.

Se as condições reais não são as ideais, poderão ser separados os irmãos, poderão ir para famílias adotivas diversas ou poderá um deles ser adotado e seus irmãos ficarem numa instituição?

São perguntas difíceis. É fácil responder que não se separam irmãos, mas uma decisão dessas pode ser comodista e pode afinal condenar todos os irmãos a crescerem numa instituição, sem família.

2 Outras situações são dos adolescentes usuários de drogas ou meninas que foram vítimas de abusos e exploração sexual, que podem ser inseridos em outra instituição especializada.

3 Pela demora dos processos, há o caso de crianças que vão crescendo, e um dos irmãos atinge a adolescência dentro da instituição, e ali tende a permanecer, mesmo estando fora da faixa etária que a entidade se propõe atender.

Não é isto que a lei quer. Se não for possível a adoção dos irmãos juntos, será melhor que sejam adotados, ainda que por famílias diversas, como única forma de evitar que os irmãos cresçam juntos numa instituição, juntos na tragédia da falta de família. É que crianças podem viver sem irmãos, mas não sobrevivem bem emocionalmente sem terem tido pais ou quem cumpra esse papel.

Quando as decisões judiciais decretam a separação de irmãos, geralmente o fazem quando o vínculo entre eles não é tão forte a ponto de ser desastrosa a separação, significando uma perda muito grande para crianças que já perderam tanto. Mas seria só neste caso que poderia ser feita a separação de irmãos? E se uma criança tem um irmão que, por sua deficiência física ou mental, por sua drogadição, por sua doença grave ou meramente por suas características de idade, não é aceite por candidatos à adoção? Ficaria ela condenada a ficar sem família, apenas porque seu irmão não encontra família adotiva?

A criança tem direito a uma família e esse direito não deve ser embaraçado porque a criança tem um irmão que não pode ser adotado pela mesma família. Defendemos então que em certos casos os irmãos podem ser separados para adoção por famílias diferentes ou mesmo alguns serem entregues para adoção e outros permanecerem em entidades de acolhimento.

4. O CASO DOS IRMÃOS SEPARADOS ADOTADOS EM FAMÍLIAS DIVERSAS E O CASO DOS IRMÃOS ADOTADOS SEPARADOS DE IRMÃOS INSTITUCIONALIZADOS

Se é difícil decidir para separar irmãos, ainda mais difícil é decidir para dar uma família adotiva a um e não dar a outro, porque este outro não tem família que o aceite.

Mesmo assim isto vem sendo feito.

A Justiça da Infância muitas vezes tem entregado irmãos a famílias diversas, para cada uma adotar alguns dos irmãos, com compromisso de manter vínculos entre os irmãos. Costuma-se processar estas adoções em processos paralelos, promovendo encontros e visitas periódicas entre as famílias e as crianças, para garantir o vínculo entre irmãos. A adoção em separado é melhor do que sentenciar essas crianças a serem institucionalizadas para sempre.

Juízes e equipes devem estar cientes de que esses compromissos afetivos que se tenta estabelecer e reforçar durante o processo poderão ou não ser cumpridos no futuro, representam pouco mais que um bom propósito que dificilmente poderá ser cobrado judicialmente. É necessário ponderar sobre o grande risco de não se cumprir tal compromisso no futuro, até por impossibilidades e afastamentos geográficos, tão previsíveis no mundo atual.

Tive o privilégio de passar muitos anos como Juíza da Infância na Vara Especializada de Campo Grande, e muitas vezes vi estes bons propósitos de visitação mútua, mesmo assumidos sinceramente de boa fé, se desmoronarem com o tempo, perante a rude rotina do dia a dia, com a falta de empatia e disponibilidade afetiva de cada família abrir mão de sua privacidade para partilhar sua vida íntima com outra família muitas vezes de outra origem social e sem grandes afinidades humanas e relacionais. Várias vezes tentamos intermediar esses encontros pós – adoção, a pedido de uma das crianças, até entre famílias que moravam na mesma cidade, mas esbarrávamos com respostas negativas e

comportamentos evitativos, talvez escondendo, nessa aparente frieza, inseguranças ou medos, ainda mais que simples comodismos.[4]

Também os adultos poderão adotar uma criança, assumindo compromisso de apadrinhar, apoiar ou simplesmente visitar irmãos de seu filho que ficarão acolhidos em instituições. É um compromisso que vai demandar da família que esteja preparada para apoiar seu filho nesse contato com suas origens e laços biológicos.[5]

Hoje em dia, a facilidade de comunicações não presenciais, via redes sociais e ferramentas de diálogo pela internet, até com som e imagem, torna menor o drama do afastamento. Mas também vai evidenciar quando o distanciamento se der por motivações subjetivas, pois ficará difícil a justificação dos adultos, quando querem evitar esses contatos. Pois agora as facilidades são imensas, com possibilidades ilimitadas de comunicações gratuitas, instantâneas e completas a qualquer momento. Não haverá mais como recorrer a desculpas externas e ficará mais fácil perceber a falta de vontade e interesse de manter vínculos afetivos, quase sempre debitada aos adultos mais do que aos irmãos, que por regra desejam manter o contato mútuo.

Na vida real há muitas histórias comoventes acerca do relacionamento adultos – crianças. Testemunhei vários casos de adultos que adotaram irmãos de grupo numeroso, deixando alguns na instituição, por impossibilidade financeira de acolher todos, porém mantiveram vínculos entre os irmãos, visitando a instituição por anos. Também houve um caso de estes adultos, ao fim de alguns anos, numa situação mais estável, acabarem adotando também os restantes irmãos institucionalizados[6].

Questões pungentes e dramas humanos estarão sempre presentes quando se separarem irmãos. Isto precisa ficar claro para os que adotam irmãos, sobretudo para os que trabalham nas Varas da Infância, que devem relatar aos interessados todo este delicado contexto de sentimentos afetivos que serão testados por uma realidade de separação.

É aí que a atuação de todos os adultos pode transformar estes dramas em situações de vida enfrentadas com humanidade, coragem, altruísmo, afeto e senso da realidade.

O Poder Judiciário tem muitos desafios para minimizar esses dramas:

1) agilizar os processos de perda do poder familiar e de adoção, reduzir o tempo de espera processual e o tempo de acolhimento, para que se possa decidir rapidamente se a adoção for necessária, e assim ampliar as possibilidades de as crianças irem para adoção em idade mais tenra;

2) garantir às crianças acolhidas um atendimento de qualidade, que preserve nelas a saúde física e psíquica, e facilite a aceitação e a coragem dos adultos de adotar irmãos;

3) preparar candidatos à adoção para aceitarem realizar adoções sem romper os vínculos entre os irmãos, quer adotando-os em conjunto, quer mantendo um vínculo afetivo posterior entre aqueles que forem adotados e os demais.

4 Também presenciei casos em que esse compromisso não se sustentou logo após a sentença de adoção, pois é comum que a família sinta que "a criança já é sua" , está no seu espaço privado doméstico, e por isso não mais haverá necessidade de "dar satisfação" à Justiça da Infância. Ainda hoje lembro que, após deferir uma adoção internacional, enviei a equipe técnica buscar uma criança que já estava se preparando para viajar a um país europeu, adotada por família estrangeira, para que a família cumprisse o compromisso que tinha feito de levarem a menina de oito anos para se despedir de seu irmão de dez anos de idade que permaneceu na instituição. O encontro dos dois irmãos foi emocionante (o menino incentivou a irmã a partir, esta o abraçou sem palavras). Certamente esta despedida ficou para sempre na vivência dos dois, para alimentar sua saudade infinita. Em parêntese, anoto que assim determinei porque o compromisso que os adultos tinham assumido não era só perante mim como Juíza da Infância, mas perante as duas crianças, e isso precisava ser respeitado.

5 Neste capítulo há histórias comoventes de pais que apoiam seus filhos neste delicado contexto de construir seu futuro sem "virar a página" do passado, mantendo laços com familiares biológicos, sobretudo irmãos. Fui testemunha de vários casos de famílias estrangeiras que de longe custearam estudos e apoios materiais a irmãos de seus filhos que ficaram no Brasil, custearam viagens de volta ao Brasil, para seu filho visitar os irmãos, assim como viagens dos irmãos para todos passarem juntos férias escolares na Europa.

6 Este é um caso real de uma família de Campo Grande, MS, a família Chiapetta, que contou publicamente sua história e apresentou seus filhos no 15º Enapa realizado nesta cidade em 2010.

Tarefas do Poder Judiciário que demandam boa estruturação das Varas da Infância, sobretudo com equipes técnicas privativas adequadas à demanda concreta em cada local, tarefas essas que não prescindem, antes exigem, outras tantas atuações e tarefas básicas por parte da rede de atendimento e dos órgãos de garantia de direitos e da sociedade, que também pressupõem:

Uma cultura da sociedade de denúncia da violência, abandono e negligência contra a infância, legitimando a intervenção Estatal no espaço privado da família, pois ele é o espaço privilegiado onde ocorre a maior parte das violações de direito das crianças;

A mesma cultura entre os profissionais da educação e da saúde, fazendo realidade o comando do art. 13 do ECA, o qual inclusive gera responsabilidade para os profissionais que se omitirem na denúncia (art. 245 do ECA);

O cumprimento pelos profissionais da saúde dos comandos do ECA quanto ao apoio à gestante e parturiente, inclusive no que tange ao seu desejo de entregar o filho em adoção (art. 8º e sobretudo seu parágrafo 5º e art. 13 parágrafo único).

A estruturação racional e suficiente e a eficiente atuação técnica dos serviços e da rede de atendimento da infância e adolescência, que vai desde as entidades de acolhimento e de atendimento, aos órgãos de garantia e responsabilização.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação n. 0001910-95.2009.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – ALTERAÇÃO DO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA REJEITADA – COMPROVAÇÃO DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS RELATIVOS À DEMANDA SECURITÁRIA – CORREÇÃO MONETÁRIA COM INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS MENCIONADOS – SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, 5 de março de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Delphos Serviços Técnicos S/A com relação à sentença proferida na ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT ajuizada por Maria da Silva Marcos, consistente na procedência do pedido para condenar a recorrente ao pagamento de R$ 13.500,00, acrescido de correção monetária pelo IGPM, a partir da data do sinistro, e de juros moratórios, na razão de 1% ao mês, a partir da citação, além do pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Pede a reforma da sentença para que seja alterado o pólo passivo da demanda, constando como representante processual da apelante a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT.

Afirma, também, que não houve comprovação por parte da recorrida de ser ela a única herdeira do de cujus, razão pela qual o pedido deve ser julgado improcedente.

Ao final, pede que a sentença seja reformada quanto à incidência da correção monetária, a partir da data da propositura da ação.

Prequestiona os artigos 3º, inciso II e 5º, § 5º, ambos da Lei 6.194/74, assim como o art. 5º, inciso LV, da CF.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Delphos Serviços Técnicos S/A com relação à sentença proferida na ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT ajuizada por Maria da Silva Marcos, consistente na procedência do pedido para condenar a recorrente ao pagamento de R$ 13.500,00, acrescido de correção monetária pelo IGPM, a partir da data do sinistro, e de juros moratórios, na razão de 1% ao mês, a partir da citação, além do pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Pede a reforma da sentença para que seja alterado o pólo passivo da demanda, constando como representante processual da apelante a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT.

Afirma, também, que não houve comprovação por parte da recorrida de ser ela a única herdeira do de cujus, razão pela qual o pedido deve ser julgado improcedente.

Ao final, pede que a sentença seja reformada quanto à incidência da correção monetária, a partir da data da propositura da ação.

Prequestiona os artigos 3º, inciso II e 5º, § 5º, ambos da Lei 6.194/74, assim como o art. 5º, inciso LV, da CF.

Com relação ao pedido de alteração do pólo passivo da demanda, não assiste razão ao apelante.

Isso porque as seguradoras integrantes do convênio do seguro obrigatório DPVAT possuem solidariedade, podendo qualquer delas ocupar o pólo passivo das demandas ajuizadas.

A jurisprudência deste Tribunal já está pacificada com relação à discussão, conforme se observa:

> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – IRREGULARIDADE NO PREPARO AFASTADA - SUBSTITUIÇÃO PÓLO PASSIVO REJEITADA - CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE – SISTEMA MEGADATA - NÃO COMPROVAÇÃO DA QUITAÇÃO DO DÉBITO – INVALIDEZ PARCIAL PERMANENTE DE MEMBRO INFERIOR – ACIDENTE OCORRIDO EM OUTUBRO/2010 - APLICAÇÃO DA TABELA INTRODUZIDA PELA LEI 11.945/09 - VALOR DA INDENIZAÇÃO – REDUÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO SINISTRO - SUCUMBÊNCIA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Não há se falar em irregularidade do preparo, quando a documentação apresentada comprova a vinculação ao respectivo pagamento.
>
> 2. A legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de cobrança do seguro DPVAT, consoante entendimento já consolidado no âmbito da jurisprudência pátria, é de todas as seguradoras conveniadas, sendo solidariamente responsáveis pelo pagamento da indenização do seguro obrigatório".
>
> [...]
>
> (TJMS – Apelação Cível n. 2012.018664-4, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, DJ. 07.08.2012).

> "APELAÇÃO CÍVEL – DPVAT INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL – PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA – SUBSTITUIÇÃO DO PÓLO PASSIVO – REJEITADA – VALOR DA INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL À EXTENSÃO DO DANO SOFRIDO PELA VÍTIMA – APLICAÇÃO DA TABELA DE GRADUAÇÃO INSERIDA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 451/2008 (CONVERTIDA NA LEI 11.945/09) – MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – PROVIDO RECURSO DO AUTOR – IMPROVIDO RECURSO DA RECORRIDA.
>
> Não se procede à substituição do pólo passivo da demanda, em razão da evidente solidariedade entre as seguradoras integrantes do convênio do seguro obrigatório DPVAT.
>
> A indenização do seguro obrigatório DPVAT deve ser fixado de acordo com a proporção da incapacidade sofrida pelo segurado. Se o quantum indenizatório fixado pelo magistrado singular não atender satisfatoriamente a proporção da invalidez sofrida pela vítima, o valor deve ser majorado".
>
> (TJMS – Apelação Cível n. 2012.004861-2, 3ª Câmara Cível,

Quanto à afirmação segundo a qual a recorrida não comprovou ser a única herdeira do de cujus, novamente não assiste razão ao recorrente.

Conforme destacou o Magistrado na sentença, à f. 115, a recorrida comprovou a cessão de direitos dos outros dois herdeiros, filhos do de cujus e da própria recorrida, devendo-se afastar o referido argumento.

No que tange ao termo inicial da correção monetária, deve ter sua incidência a partir do evento danoso, e não a partir da propositura da ação como requer o recorrente.

Nos termos da Súmula 43 do STJ, a correção monetária, por configurar a recomposição do valor real da moeda em razão de sua desvalorização, deve incidir a partir do evento danoso.

Nesse sentido:

> "E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DPVAT – PRESCRIÇÃO NÃO ACOLHIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos (Súmula 405 do STJ), enquanto o termo inicial da correção monetária deve ser a data do evento danoso".
>
> (TJMS – Apelação Cível n. 2012.019732-4, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, DJ. 08.08.2012).

Por fim, quanto ao prequestionamento explícito sobre os dispositivos legais mencionados, esclarece-se que quando analisadas minuciosamente as alegações do recurso, mostra-se desnecessária expressa manifestação sobre determinados dispositivos legais prequestionado pelo recorrente.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 05 de março de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0010215-42.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ALEGADA CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA – NÃO OCORRÊNCIA – DANO MORAL – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL – SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DEDUÇÃO DO VALOR DO SEGURO OBRIGATÓRIO RECEBIDO – SÚMULA 246 DO STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Semalo e dar parcial provimento ao de Walter Cáceres, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Semalo Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. recorre da sentença de procedência em parte do pedido proferida nos autos de Indenização por Danos Morais e Materiais por Lesão Corporal ajuizada por Walter Cáceres de Souza, decorrente de acidente de trânsito.

A sentença consiste na improcedência do pedido de indenização de danos materiais e procedência em parte do pedido de indenização de danos morais, para condenar o recorrente ao pagamento de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

O recorrente pede a reforma da sentença com relação à condenação ao pagamento de danos morais, sob os argumentos de que não deve prevalecer a presunção de culpa do motorista da recorrente, uma vez considerada a confissão do próprio recorrido em depoimento pessoal, além de ser fato incontroverso que era o recorrido quem trafegava atrás do veículo da recorrente e o acidente ocorreu no momento em que ele iniciava uma manobra de ultrapassagem.

Em consequência, a recorrente não praticou ilícito algum que pudesse estabelecer nexo de causalidade com os danos que o recorrido alega ter sofrido.

Sustenta, ainda, que resta configurada a culpa concorrente do recorrido para afastar a obrigação de indenizar, e o montante indenizatório seja calculado de forma proporcional com base no grau de culpa de cada, podendo as partes eximirem-se de pagar quaisquer quantias umas a outras.

Por fim, requer a improcedência do pedido com inversão do ônus da sucumbência, por não ter havido culpa do preposto da recorrente, e o recorrido ter contribuído de maneira efetiva para o sinistro.

Em pedido sucessivo, seja dado provimento parcial ao recurso para minorar o valor fixado, invertendo-se o ônus sucumbencial de forma proporcional, ou a reforma da sentença na parte do ônus de sucumbência para não ser aplicado ao caso o *caput* do art. 20 do CPC.

Walter Cáceres de Souza também recorre com relação à compensação entre o valor arbitrado pelo dano moral e o valor do seguro DPVAT, e à improcedência do pedido de dano material e quanto aos juros de mora a partir da prolação da sentença.

Aduz em seu primeiro argumento que não comporta amparo a fundamentação do Magistrado singular que determinou a dedução de eventual verba recebida pelo apelante do seguro obrigatório DPVAT, uma vez que os apelados não se desincumbiram do ônus de comprovar o recebimento da indenização securitária.

Sustenta, ainda, que a indenização civil e o seguro obrigatório possuem naturezas distintas que não se compensam.

Aduz, também, que quanto ao dano material comprovou nos autos seus gastos no importe de R$ 15.958,47 (quinze mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e sete centavos).

Referente à incidência dos juros de mora, estes devem ser a partir do ato ilícito, uma vez que nas indenizações de atos ilícitos os juros fluem desde a data do evento danoso, conforme constata a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer a reforma da sentença para reconhecer a impossibilidade de se deduzir do valor da indenização civil o valor do seguro DPVAT, sejam os condenados ao pagamento das despesas que totalizam em R$ 15.958,47 (quinze mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e sete centavos) e o valor arbitrado de indenização por danos morais incidam juros de mora a partir da data do evento danoso em 21/02/2008 nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Contrarrazões pelo improvimento dos recursos.

Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros apresentou contrarrazões ao pedido do recorrente Walter Cáceres de Souza com relação à compensação do valor do seguro DPVAT.

VOTO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Semalo Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. recorre da sentença de procedência em parte do pedido proferida nos autos de Indenização por Danos Morais e Materiais por Lesão Corporal ajuizada por Walter Cáceres de Souza, decorrente de acidente de trânsito.

A sentença consiste na improcedência do pedido de indenização de danos materiais e procedência em parte do pedido de indenização de danos morais, para condenar o recorrente ao pagamento de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

O recorrente pede a reforma da sentença com relação à condenação ao pagamento de danos morais, sob os argumentos de que não deve prevalecer a presunção de culpa do motorista da recorrente, uma vez considerada a confissão do próprio recorrido em depoimento pessoal, além de ser fato incontroverso que

era o recorrido quem trafegava atrás do veículo da recorrente e o acidente ocorreu no momento em que ele iniciava uma manobra de ultrapassagem.

Em consequência, a recorrente não praticou ilícito algum que pudesse estabelecer nexo de causalidade com os danos que o recorrido alega ter sofrido.

Sustenta, ainda, seja configurada a culpa concorrente do recorrido para afastar a obrigação de indenizar, e o montante indenizatório seja calculado de forma proporcional com base no grau de culpa de cada, podendo as partes eximirem-se de pagar quaisquer quantias umas a outras.

Por fim, pede seja julgado improcedente o pedido com inversão do ônus da sucumbência, por não ter havido culpa do preposto da recorrente, e o recorrido ter contribuído de maneira efetiva para o sinistro.

Em pedido sucessivo, seja dado provimento parcial ao recurso para minorar o valor fixado, invertendo-se o ônus sucumbencial de forma proporcional, ou a reforma da sentença na parte do ônus de sucumbência para não ser aplicado ao caso o *caput* do art. 20 do CPC.

Walter Cáceres de Souza, também, recorre, com relação à compensação entre o valor arbitrado pelo dano moral e o valor do seguro DPVAT, da improcedência do pedido de dano material e dos juros de mora a partir da prolação da sentença.

Aduz em seu primeiro argumento que não comporta amparo a fundamentação do magistrado singular que determinou a dedução de eventual verba recebida pelo apelante do seguro obrigatório DPVAT, uma vez que os apelados não se desincumbiram do ônus de comprovar o recebimento da indenização securitária.

Sustenta, ainda, que a indenização civil e o seguro obrigatório possuem naturezas distintas que não se compensam.

Aduz, também, que quanto ao dano material comprovou nos autos seus gastos no importe de R$ 15.958,47 (quinze mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e sete centavos).

Referente à incidência dos juros de mora, estes devem ser a partir do ato ilícito, uma vez que nas indenizações de atos ilícitos os juros fluem desde a data do evento danoso, conforme constata a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer a reforma da sentença para reconhecer a impossibilidade de deduzir do valor da indenização civil o valor do seguro DPVAT, sejam os condenados ao pagamento das despesas que totalizam em R$ 15.958,47 (quinze mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e sete centavos) e o valor arbitrado de indenização por danos morais incidam juros de mora a partir da data do evento danoso em 21/02/2008 nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Passo a apreciar o recurso da recorrente Semalo Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.

A recorrente alega que o pedido deve ser julgado improcedente por não ter praticado ato ilícito para ensejar a condenação dos danos morais.

Não assiste razão à recorrente.

Pelo que se observa nos autos o acidente é fato incontroverso.

Consta dos autos que Walter Cáceres de Souza sofreu lesões corporais, em razão de sinistro automobilístico, ocorrido em 21 de fevereiro de 2008, entre sua motocicleta e o veículo da recorrente.

Restou comprovada a conduta do preposto da recorrente que, com seu veículo ao realizar manobra de retorno à esquerda, deu causa ao sinistro.

Na sentença o Magistrado bem analisou a ocorrência do acidente e a questão do cabimento da indenização por danos morais (fls. 605/612):

> "Ademais, deve ser levada em consideração a grande diferença de porte entre o veículo da ré e a motocicleta do autor, de modo que nesse caso caberia ao motorista do caminhão redobrar o cuidado e realizar a manobra com a certeza de que nenhum outro automotor trafega na via".
>
> [...]
>
> "A partir desses elementos, considerando que o acidente ocorreu no exato instante em que o caminhão da ré realizava uma manobra de retorno, fica presumido que o motorista em questão não agiu com o cuidado necessário exigido pela lei, tanto que se assim o fizesse jamais ocorreria o abalroamento com a motocicleta conduzida pelo réu."

Verifica-se que só os documentos de fls. 20 e 25 já comprovam que o veículo da recorrente abalroou o veículo do recorrido, no momento exato em que realizava manobra de retorno à esquerda.

Quanto às provas testemunhais, Clotildes de Freitas Ramires afirmou:

> "[...] Que não tem conhecimento se a empresa requerida fez algum procedimento administrativo para apurar as circunstâncias do acidente. Que tomou conhecimento do acidente por documentos existentes na empresa, que são os mesmos que foram juntados pela empresa no processo".

Por sua vez, a outra testemunha apresentada pela recorrente, Jefferson Lucas Rachel, não soube relatar os fatos do sinistro:

> "[...] Que o depoente recebeu um telefonema da empresa sobre o acidente e foi até o local do acidente. Que quando o depoente chegou no local o requerente já tinha sido removido para o hospital e os veículos já tinham sido retirados do local. Que o depoente teve contato com o requerente tratando do conserto da moto pela seguradora e possível indenização pelos danos físicos sofridos por ele [...]".

Desse modo, a necessidade de indenização no caso se deu em decorrência dos transtornos das lesões sofridas pelo recorrido, inclusive, o laudo pericial apresentado às fls. 31/38 conclui que o recorrido apresenta limitação parcial e permanente com perda 75% da capacidade funcional do punho esquerdo, resultante do acidente.

Não prospera a alegação do recorrente de que o autor teria confessado sua culpa pelo acidente.

Isso porque em seu depoimento o autor apenas narra o ocorrido, afirmando, inclusive, que o caminhão conduzido pelo apelante realizou conversão à esquerda sem acionar a seta indicadora, o que provocou o acidente, conforme se verifica à f. 597.

Nesse sentido, comprovada a culpa do condutor do veículo da recorrente, resta caracterizado o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano para configurar o ato ilícito e o dever de indenizar.

Quanto ao valor arbitrado de R$ 25.000,00 entende-se que é razoável pelos sofrimentos do autor.

Em nosso ordenamento jurídico inexiste um critério de fixação para os danos morais. No entanto, a doutrina e jurisprudência vêm aplicando o binômio compensação/punição.

Verifica-se, também, segundo o prudente arbítrio do magistrado, as condições sócio econômicas das partes, de modo que a indenização não seja pequena a ponto de levar o ofendido a se sentir injustiçado, nem tão grande a ponto de gerar o seu locupletamento ilícito.

Assim a quantia fixada na sentença de primeiro grau encontra-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

Quanto à questão do ônus da sucumbência, observa-se que o Magistrado agiu com bom senso em razão de que o autor decaiu de parte mínima do pedido, uma vez que a pretensão à indenização por dano material foi julgada improcedente.

Portanto, considerando os danos sofridos, deve-se manter a condenação da recorrente ao pagamento de indenização por danos morais.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso da empresa Semalo Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.

O inconformismo do recorrente Walter Cáceres de Souza refere-se à compensação entre o valor arbitrado pelo dano moral e o valor do seguro DPVAT, e a improcedência do pedido de dano material, bem como que os juros de mora incidam a partir da prolação da sentença.

O magistrado decidiu com acerto ao aplicar a Súmula 246 do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que "*o valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.*"

Neste caso, o recorrente, anteriormente, ajuizou ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT, a qual foi julgado procedente em parte, fixando-se indenização no valor de R$ 10.800,00 (f. 561/569).

Além disso, conforme bem observou o magistrado, as partes realizaram composição amigável, extinguindo o processo de cobrança de seguro DPVAT.

Dessa forma, sem razão o recorrente ao afirmar que não recebeu a indenização do seguro DPVAT.

Quanto ao pedido de indenização por danos materiais, também não prospera.

O recorrente afirma ter comprovado seus gastos materiais no valor de R$ 15.958,47 (quinze mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e sete centavos).

Observa-se nos autos que o autor é militar e beneficiário do plano de saúde FUSEX - Fundo de Saúde do Exército e que seu tratamento médico foi realizado pela Santa Casa (f. 26) e pelo Hospital Geral de Campo Grande do Ministério da Defesa do Exército Brasileiro, conforme se denotam nos documentos de fls. 45/331.

Ocorre que inexistem nos autos comprovantes que as despesas médicas (f. 45/331) cobertas pelo plano de saúde do FUSEX foram suportadas pelo autor, pois os descontos nos holerites dos apelantes não especificam quais despesas se referem, f. 40-42.

Quanto ao termo inicial dos juros de mora, o recorrente alega que deve ocorrer a partir do evento danoso.

O Magistrado fixou como termo inicial para a incidência dos juros de mora, a data da prolação da sentença.

Por tratar-se o caso de responsabilidade extracontratual, a incidência dos juros de mora deve ser considerada partir da data do efetivo prejuízo, de acordo com os termos da Súmula 54 do STJ, "o*s juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*".

Neste sentido, colaciono o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. DANO MORAL. INDENIZÁVEL. MAJORAÇÃO. JUROS DE MORA. SÚMULA 54/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.
>
> 1. A agravante não trouxe argumento capaz de alterar o decisum recorrido, o qual elevou a quantia fixada a título de indenização por dano moral decorrente de inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito para R$ 10.000,00, de acordo com os precedentes desta Corte.
>
> 2. O termo inicial dos juros de mora é a data do evento danoso, por se tratar, no caso, de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54 do STJ.
>
> Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa." (AgRg no REsp 1320755/RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL n.º 2012/0090295-3 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 19/06/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 28/06/2012)

Posto isso, conheço dos recursos, nego provimento ao recurso da requerida, para manter a condenação pelo dano moral no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), e dou parcial provimento ao recurso interposto pelo autor, a fim de que o termo inicial dos juros incida a partir da data do evento danoso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Semalo e deram parcial provimento ao de Walter Cáceres, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4001524-03.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – DEPÓSITO DAS PARCELAS NO VALOR QUE ENTENDE DEVIDO – MORA NÃO AFASTADA – POSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – POSSE DO BEM – VALOR DA CAUSA CORRESPONDENTE AO MONTANTE DO CONTRATO – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, 12 de março de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Elisangela dos Santos interpôs agravo regimental em face da decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento n. 40011524-03.2013.8.2012.0000, movido contra BV Financeira S.A.

Aduz que há entendimento jurisprudencial autorizando a manutenção do devedor na posse do bem enquanto tramita ação revisional de contrato; que o depósito das parcelas no valor que entende devido afasta a mora, o que impede a inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito e, por fim, que o valor do contrato deve corresponder apenas ao efetivo benefício buscado.

Postula a reconsideração da decisão ou sua apreciação pelo colegiado.

VOTO

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

Elisangela dos Santos interpôs agravo regimental em face da decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento n. 40011524-03.2013.8.2012.0000, movido contra BV Financeira S.A.

Aduz que há entendimento jurisprudencial autorizando a manutenção do devedor na posse do bem enquanto tramita ação revisional de contrato; que o depósito das parcelas no valor que entende devido afasta a mora, o que impede a inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito e, por fim, que o valor do contrato deve corresponder apenas ao efetivo benefício buscado.

A decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos:

> "Elisangela dos santos interpôs agravo de instrumento com relação à decisão proferida nos autos da ação de revisão contratual c.c consignação em pagamento e pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada em face do Banco BV Financeira S/A, consistente no indeferimento do pedido de antecipação de tutela.
>
> Requer o recebimento do agravo no efeito suspensivo para garantir a sua manutenção na posse do veículo durante o trâmite da presente ação e que seja determinado ao Banco agravado abster-se de inscrever o nome da recorrente nos órgãos de proteção ao crédito enquanto efetuar os depósitos do financiamento no valor que entende devido.
>
> Sem razão a recorrente.
>
> É sabido que, conforme posicionamento deste Tribunal, não cabe a antecipação dos efeitos da tutela nas causas de revisão de cláusula contratual, salvo nos casos em que houve o pagamento do valor contratado ou a prestação de caução idônea.
>
> Assim, o depósito das parcelas em valor inferior ao do contrato não é suficiente para garantir que a contratante permaneça na posse do veículo até o final da ação de revisão de cláusula contratual, bem como, não impede que o contratante inscreva seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, conforme se verifica dos seguintes julgados:
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – REVISIONAL DE CONTRATO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – DEPÓSITO DO VALOR INCONTROVERSO – INAFASTABILIDADE DOS EFEITOS DA MORA – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Para se afastar os efeitos da mora, mantendo o agravante na posse do bem e obstando ou excluindo as anotações restritivas de crédito realizadas em seu nome, é necessário que os depósitos correspondam às prestações pactuadas, sob pena de, contra legem, declarar-se a nulidade de cláusulas contratuais sem o devido processo legal e, ainda, restringir-se o direito do credor de valer-se da ação de busca e apreensão que a alienação fiduciária a ele garante. (Agravo Regimental em Agravo n. 2010.036702-8/0001-00, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, 1ª T., Publ.: 20.01.2011).
>
> "E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE MEDIDAS EXCEPCIONAIS – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – DECISÃO ADEQUADA À NOVA ORIENTAÇÃO DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Consoante súmulas editadas recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como decisão proferida em incidente de recurso repetitivo, nas controvérsias instauradas para definir iniquidade ou abusividade do pacto, a simples alegação de quitação do débito ou eventual depósito estranho ao contratado não afasta a mora nem autoriza a concessão de medidas acautelatórias para impedir a inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes ou o desapossamento do bem." (Agravo - N. 2012.010584-0/0000-00, Rel. Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgamento em 5.6.2012)
>
> Posto isso, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, nega-se seguimento ao presente recurso."

Ressalte-se que a recorrente não apresentou novos argumentos capazes de alterar a decisão recorrida, tampouco que demonstrem a ilegalidade, injustiça ou desacerto da decisão de modo a ensejar a sua reforma, mostrando apenas o seu descontentamento com o julgamento contrário aos seus interesses.

Ademais, verifica-se que as jurisprudências apresentadas na inicial deste recurso são todas antigas, sendo a mais recente do ano de 2004, o que não reflete o entendimento atual dos tribunais.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 12 de março de 2013.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 0603429-96.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – ESCRIVÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA – EXONERAÇÃO – REPROVAÇÃO NO PROCESSO DE AVALIAÇÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO – CONDUTA INCOMPATÍVEL COM O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO – INTIMAÇÃO PARA DEFESA NO MOMENTO ADEQUADO – INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO – SEGURANÇA DENEGADA.

No estágio probatório, se analisa não apenas o desempenho puro e simples da função, mas também a conduta social, idoneidade, aptidão em seu sentido amplo e acima de tudo, a ética, por isso, constatado que o servidor não preenche tais requisitos, o ato de exoneração é a medida que se impõe.

O Decreto n.º 12.119/2006 implantou o regimento interno do Conselho Superior da Polícia Civil e, em seu artigo 40, §1º, estabeleceu a instauração do contraditório apenas quando a Comissão Permanente de Avaliação propor a exoneração do servidor, logo, antes disso, não há que se falar em cerceamento de defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e, com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Declarou-se impedido o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2013.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Jorge Luiz Ruiz da Silva, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, em face de ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na edição do Decreto "P" n.º 4.108, de 05.10.12, que o exonerou do cargo de escrivão de Polícia Judiciária.

Alega que o procedimento de avaliação do seu estágio probatório tramitou à sua revelia, sendo notificado para apresentar defesa escrita somente após o julgamento do Conselho Superior da Polícia que, por maioria, decidiu pela reprovação.

Acrescenta que o julgamento foi realizado de forma contrária ao relatório e voto da Comissão Permanente de Avaliação da Carreira de Polícia Judiciária – CAD, que conclui pela aptidão necessária à estabilidade, nos termos do artigo 41, da Constituição Federal, razão pela qual propôs a aprovação do estágio probatório.

Entende ser nula a decisão que homologou a reprovação, devido ao cerceamento de defesa.

Vislumbrando ofensa a direito líquido e certo, requereu o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da segurança, em definitivo, para decretar a nulidade de todos os atos praticados no procedimento de Avaliação do Estágio Probatório", autos de n.º 31/201.156/09, a fim de reintegrá-lo no cargo.

Requereu, ainda, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Juntou os documentos de fls. 27/234 e deu à causa o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais).

A liminar foi indeferida às fls. 237/239.

A autoridade coatora prestou informações às fls. 247/259, aduzindo não existir qualquer ilegalidade no ato que homologou a reprovação do impetrante no estágio probatório e o exonerou.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 583/589, opina pela denegação da segurança.

VOTO

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

Jorge Luiz Ruiz da Silva**,** qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, em face de ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na edição do Decreto "P" n.º 4.108, de 05.10.12, que o exonerou do cargo de escrivão de Polícia Judiciária.

Alega que o procedimento de avaliação do seu estágio probatório tramitou à sua revelia, sendo notificado para apresentar defesa escrita somente após o julgamento do Conselho Superior da Polícia que, por maioria, decidiu pela reprovação.

Acrescenta que o julgamento foi realizado de forma contrária ao relatório e voto da Comissão Permanente de Avaliação da Carreira de Polícia Judiciária – CAD, que conclui pela aptidão necessária à estabilidade, nos termos do artigo 41, da Constituição Federal, razão pela qual propôs a aprovação do estágio probatório.

Entende ser nula a decisão que homologou a reprovação, devido ao cerceamento de defesa.

Vislumbrando ofensa a direito líquido e certo, requereu o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da segurança, em definitivo, para decretar a nulidade de todos os atos praticados no procedimento de Avaliação do Estágio Probatório", autos de n.º 31/201.156/09, a fim de reintegrá-lo no cargo.

Requereu, ainda, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Juntou os documentos de fls. 27/234 e deu à causa o volar de R$ 1.000,00 (um mil reais).

A liminar foi indeferida às fls. 237/239.

A autoridade coatora prestou informações às fls. 247/259, aduzindo não existir qualquer ilegalidade no ato que homologou a reprovação do impetrante no estágio probatório e o exonerou.

No parecer de fls. 583/589, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança.

A controvérsia cinge-se em verificar se de fato houve cerceamento de defesa nos autos do processo administrativo que avaliou o estágio probatório do impetrante.

O referido procedimento foi instaurado para verificar se o impetrante havia atendido as exigências dos artigos 71 a 75 da Lei Complementar Estadual n.º 114/2005, que dispõe sobre a organização institucional e as carreiras da Polícia Civil do estado de Mato Grosso do Sul.

O Decreto n.º 12.119/2006, por seu turno, implantou o regimento interno do Conselho Superior da Polícia Civil e, em seu artigo 40, §1º, estabelece que quando o servidor não obtiver no conjunto de cinco semestres o mínimo de sessenta por cento na avaliação final, os membros das Comissões Permanentes de Avaliação proporão sua exoneração, mediante processo com garantia de ampla defesa e contraditório.

Como se verifica, portanto, somente quando a comissão indicar a reprovação no estágio probatório, propondo a exoneração do servidor, é que surge a necessidade do contraditório.

Na espécie, a Comissão de Avaliação conclui pela aquisição da estabilidade do impetrante, propondo a aprovação do estágio probatório, conforme expediente juntado nos autos às fls. 50, desse modo, até este momento, se fazia desnecessária a participação do impetrante, já que não existia nada de desfavorável.

Ocorre que, submetido o relatório ao Conselho Superior para homologação, deliberou-se no sentido de reprovar o impetrante, motivo pelo qual, de imediato, ele foi notificado para exercer o seu direito de defesa.

A partir daí, os autos foram submetidos ao crivo do impetrante, tanto que ele apresentou defesa técnica às fls. 209/229, com a produção das provas que entendia pertinentes, tendo sido, contudo, ao final, rejeitada (fls. 231).

Consta, do relatório, que o impetrante, no dia 31 de julho de 2011, teria mantido relações sexuais com Glorislene Vilhalba, mediante pagamento e, após consumir drogas ilícitas, invadido a sua residência, sob a justificativa de que ela havia lhe subtraído R$ 300,00 (trezentos reais).

Nesse momento, uma terceira pessoa, Sr. Alvanei de Melo Pereira, interferiu, tendo o impetrante efetuado disparo de arma de fogo, atingindo-o na perna, o que motivou a instauração do inquérito policial, para apurar o crime de lesão corporal (fls. 65).

Consta, ainda, que teria sido instaurada Sindicância para apurar faltas injustificadas do impetrante nos dias 22.12.10 e 09, 15 e 16 de fevereiro de 2011, todas relacionadas a indícios de uso de substância entorpecente, razão por que fora punido com 5 (cinco) dias de suspensão. Em nova Sindicância (fl. 77), agora para apurar, mais uma vez, falta injustificada ao serviço no dia 02.01.2012, o impetrante recebeu a pena de 1 (um) dia de suspensão.

Entrementes, não merece amparo a tese de que a falta de manifestação até o momento da interposição do recurso de fls. 209/229, caracterizaria cerceamento de defesa, pois o processo de avaliação não se encerrou sem que o impetrante pudesse se manifestar.

Além disso, a ausência de exame toxicológico não pode servir de justificativa para o impetrante, eis que a sua demissão foi pautada nos processos administrativos que lhe aplicaram

multa de suspensão e no fato de ter disparado arma de fogo contra civil, e não por eventualmente fazer uso de substância entorpecente.

Pelo mesmo motivo não prospera a alegação de falta de processo disciplinar específico, pois no processo de avaliação não se julgou as condutas do impetrante, mas tão somente foram levadas em consideração, o que restou decidido nas respectivas sindicâncias, no momento de verificar a presença dos requisitos necessários para o exercício da profissão.

No estágio probatório, se analisa não apenas o desempenho puro e simples da função, mas também a conduta social, idoneidade, aptidão em seu sentido amplo e acima de tudo, a ética e, com base em tais fatores, segundo consta, o impetrante fora exonerado.

O que se está a dizer é que o Conselho decidiu reprovar o impetrante no estágio probatório, em razão das sindicâncias e processos administrativos disciplinares em que se apuraram condutas incompatíveis com a carreira da Polícia Civil, praticadas durante o período em que estava sendo avaliado e não por esse ou aquele motivo, isoladamente.

Segundo observado no Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 589), "*tanto as faltas como os crimes praticados pelo impetrante - objeto de vasta investigação em procedimento próprio -, foram avaliados negativamente no fator disciplina previsto no artigo 72, inciso II, da Lei Complementar n.º 114/2005, comportamento imprescindível para credenciar o indivíduo na carreira policial*".

De acordo com o artigo 11, da Lei Complementar 114/2005, compete ao Conselho da Polícia Civil, entre outras, as atribuições de:

V – decidir, em segunda instância, nos recursos contra decisões das comissões permanentes de avaliação, relativamente à classificação para promoção e aos resultados de avaliações no estágio probatório e de desempenho dos membros da Polícia Civil;

XVI – deliberar sobre confirmação ou exoneração de policial civil por ineficiência profissional ou reprovação em estágio probatório.

Nessa esteira, ao reprovar o impetrante, agiu o Conselho nos exatos limites de sua competência funcional, ainda que a Comissão Permanente tenha opinado pela aprovação no estágio probatório, não havendo, via de consequência, qualquer irregularidade, também, no ato do Governador do Estado, que apenas sancionou a sua exoneração, por meio do Decreto "P" n.º 4.108/2012 (fl. 234).

De tudo o que foi observado, se pode notar que o procedimento adotado seguiu as disposições legais pertinentes, inexistindo, com isso, ilegalidade passível de correção via mandado de segurança, por não restar configurado, indene de dúvidas, o direito líquido e certo apontado na inicial.

Finalizando, o mero inconformismo do impetrante com o momento em que foi intimado para apresentar defesa não tem o condão de invalidar todo o trabalho realizado e tampouco configurar cerceamento de direito, a fim de permitir anular a sua exoneração.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator. Declarou-se impedido o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800369-28.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENORES – GUARDA DO PAI – DESCUMPRIMENTO PELA MÃE DO PERÍODO DE VISITA – NÃO DEVOLUÇÃO – INGRESSO COM AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA – MANIFESTA VONTADE DO FILHO EM PERMANECER NO LAR DA GENITORA – ATENDIMENTO AOS INTERESSES DO MENOR – AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE RISCO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Apesar de evidente abuso de direito perpetrado pela mãe do menor que não devolve o filho após o término da visita ao genitor detentor da guarda, em atenção aos interesses do menor, é prudente mantê-lo com a genitora até decisão final da ação principal de modificação de guarda, mormente quando ausente qualquer situação de risco.

Pela aplicação do princípio da causalidade, compete a quem deu causa à lide arcar com as despesas dela decorrentes, ou seja, ainda que a apelada tenha agido de forma a resguardar os interesses de seu filho, não há falar-se em exclusão da sua responsabilidade nos ônus sucumbenciais, uma vez que o apelante, detentor da guarda do filho menor, detinha o direito de ação em face da apelada que não devolveu o filho após o término do lapso temporal de visita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível 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, 18 de dezembro de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Caio Augusto Teixeira Salviano da Rocha interpõe recurso de Apelação inconformado com a sentença (p. 305/309) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da Ação de Busca e Apreensão movida em face de Ana Paula Siviero, na qual se revogou a liminar anteriormente deferida, para manter o menor Pedro Siviero da Rocha com a requerida, de forma provisória, até o deslinde final da ação principal e, por consequência, julgou improcedente o pedido inicial, ficando extinta a medida cautelar.

O apelante, em suas razões recursais (p. 314/326), alega, em síntese, que o pedido de busca e apreensão do menor Pedro Siviero da Rocha deve ser julgado procedente, uma vez que a apelada agiu com

abuso do direito, ao não devolvê-lo após o término do período da visitação. Caso seja mantida a sentença, sustenta que não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, porquanto não deu causa ao ajuizamento da ação, em atenção ao princípio da causalidade.

A apelada, devidamente intimada, deixou transcorrer o prazo sem apresentar contrarrazões (p. 337).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (p. 344/350), opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Caio Augusto Teixeira Salviano da Rocha interpõe recurso de Apelação inconformado com a sentença (p. 305/309) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da Ação de Busca e Apreensão movida em face de Ana Paula Siviero, na qual se revogou a liminar anteriormente deferida, para manter o menor Pedro Siviero da Rocha com a requerida, de forma provisória, até o deslinde final da ação principal e, por consequência, julgou improcedente o pedido inicial, ficando extinta a medida cautelar.

O apelante, em suas razões recursais (p. 314/326), alega, em síntese, que o pedido de busca e apreensão do menor Pedro Siviero da Rocha deve ser julgado procedente, uma vez que a apelada agiu com abuso do direito, ao não devolvê-lo após o término do período da visitação. Caso seja mantida a sentença, sustenta que não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, porquanto não deu causa ao ajuizamento da ação, em atenção ao princípio da causalidade.

A apelada, devidamente intimada, deixou transcorrer o prazo sem apresentar contrarrazões (p. 337).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (p. 344/350), opina pelo improvimento do recurso.

Para uma melhor compreensão, passo a um breve relato dos fatos.

Consta dos autos que, por força de acordo celebrado em 14 de abril de 2005, entre as partes ficou aceito que os menores João Vitor Siviero da Rocha e Pedro Siviero da Rocha, ficariam sob a guarda e responsabilidade da mãe.

Em abril de 2008 a genitora foi residir no Estado da Paraíba e quando das férias dos menores com o genitor no ano de 2010, em Dourados/MS, este, através de ação proposta junto a Vara da Infância e Juventude, requereu a modificação da guarda dos menores, ficando acordado entre as partes que os menores passariam a residir com o pai.

Em dezembro de 2011, foram passar as férias de final de ano com a mãe e, faltando uma semana para o retorno dos menores ao lar paterno, o menor Pedro Siviero da Rocha se recusou a retornar para o Estado de Mato Grosso do Sul, manifestando a vontade de morar com sua mãe e não mais com seu genitor.

Diante desta situação, a genitora procurou o Conselho Tutelar da cidade em que reside, e de lá foi encaminhada para o CREAS – Centro de Referência Especializado da Assistência Social, e a partir daí o menor passou a ter acompanhamento psicoterapêutico. A mãe também ingressou com Ação de Modificação de Guarda, conforme documentos juntados à p. 219/226.

Em razão do descumprimento do lapso temporal de visita, Caio Augusto Teixeira Salviano da Rocha ingressou com a presente medida cautelar de Busca e Apreensão a qual foi julgada improcedente para manter a criança com a requerida, ora apelada, até o deslinde da ação principal.

Inconformado, ingressou com o presente recurso sustentando que a apelada agiu com abuso de direito em não devolver o filho ao pai após o período de visita (16 de dezembro de 2011 a 15 de janeiro de 2012), infringindo as determinações contidas na sentença homologatória de acordo, proferida nos autos n. 0010864-38.2010.8.12.0002. Alegou ainda que, caso seja mantida a sentença, em atenção ao princípio da causalidade, a apelada é quem deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, porquanto deu causa ao ajuizamento da ação.

Em que pese o inconformismo do apelante, o recurso não merece prosperar.

A busca e apreensão de menores, por se tratar de medida drástica, exige cautela redobrada no exame das condições que autorizam a sua aplicação.

No caso em análise, inexiste qualquer evidência de que o menor se encontra em situação de risco que possa ensejar a adoção da medida cautelar, pelo contrário, extrai-se que está devidamente matriculado na escola, tendo acompanhamento psicossocial e que possui uma boa convivência com sua mãe e o companheiro dela, tanto que manifestou a sua vontade de permanecer com eles.

A manifesta vontade do menor Pedro Siviero da Rocha, atualmente com 10 anos de idade, em ficar com sua mãe Ana Paula Siviero, foi devidamente constatada pelo juízo deprecado e foi o motivo pelo qual a genitora o manteve em sua companhia, veja-se:

> "Durante diálogo realizado, indagado várias vezes qual a sua real intenção, quanto a sua permanência e guarda, o mesmo declarou várias vezes que a sua intenção era permanecer em companhia de sua genitora, e indagado por qual motivo, sempre declarou não existir motivos de maiores importância, apenas declarava a sua intenção de permanecer na companhia de sua genitora, inclusive, quando indagado por qual motivo, teria escolhido na época permanecer sobre a guarda de seu genitor, respondeu que só ficou em companhia de seu genitor, diante da intenção do seu irmão João em ali permanecer; que ele declarante, indagado quanto ao relacionamento da sua genitora com seu novo companheiro, o mesmo respondeu que é um relacionamento estável, não existindo qualquer desentendimento entre ele declarante e o companheiro de sua genitora, afirmando que ambos se relacionam muito bem; que ele declarante informa que tem interesse em passar as férias em companhia de seu genitor; e quando indagado pelo ilustre Curador da Infância, se mesmo o seu irmão permanecendo na companhia do genitor no Estado do Mato Grosso do Sul, se ele, não queria ficar em companhia do pai e do irmão, quando o mesmo declarou que a sua intenção era permanecer com a sua genitora, se não houvesse outra forma, iria residir em companhia de seu irmão e genitor; que ele informa ainda que no Estado do Mato Grosso residia em uma casa na companhia do seu irmão João e de seu pai, e ainda informou que atualmente encontra-se matriculado e estudando em um colégio QI, localizado no Bairro Intermares-Cabedelo. [...]" (p. 243)

> "O presente caso é bastante peculiar, vez que, trata-se de um infante com 09 anos de idade, onde se fez necessário a oitiva do mesmo com o objetivo de trazer subsídio para deferimento ou não do que for determinado. Após a ouvida do menor, na presença do Curador da Infância e Juventude e dos advogados das partes, declarações esta que ficam fazendo parte desta carta, o menor declarou por diversas vezes a intenção de permanecer na companhia de sua genitora, afirmando ainda que encontra-se matriculado e estudando,

> bem como, não existir qualquer problema no tocante ao seu relacionamento quanto ao companheiro de sua genitora. Diante das declarações prestadas pelo menor, e dos fatos alegados, entendo por bem, no presente momento, determinar que o menor permaneça em companhia de sua genitora até decisão do Juízo deprecante. [...]" (p. 244)

Ressalte-se, também, que o menor já se encontra há quase um ano na companhia da mãe, e o deferimento do pedido cautelar pode lhe acarretar sério sofrimento, sendo certo que, considerada a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos dados pelo art. 6º do ECA, os direitos dos menores devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

Dessa forma, *"apesar do evidente abuso de direito perpetrado pela recorrida, tenho comigo que não é prudente deferir o pedido cautelar de busca e apreensão, tendo em vista que a apelada já ajuizou Ação de Modificação de Guarda, em trâmite junto ao Juízo da 2ª Vara da Comarca de Cabedelo/PB (autos n. 073.2012.000.322-0)."* (p. 348 – parecer da PGJ)

Portanto, para atender os interesses do menor, o mais correto é mantê-lo com a genitora até decisão final da ação principal de modificação de guarda, conforme decidido pelo magistrado em primeira instância, que bem analisou a questão nos seguintes termos:

> "[...] trata-se de uma criança com 09 anos de idade que quer queira ou não sente falta tanto da mãe quanto do pai, é natural que depois de um período afastado de um dos genitores queira ficar mais tempo com ele, a declaração de f. 229 e o relatório de f. 254 retratam isso. Portanto é necessário mais maturidade dos pais para que possam tratar casos dessa natureza em relação aos filhos evitando desgastes emocionais.
>
> Como se sabe, a medida de busca e apreensão é drástica e pode afetar a formação psíquica do infante. Na análise de casos dessa natureza deve-se primordialmente buscar os interesses do menor, de maneira que lhe sejam garantidos direitos à saúde à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, nos termos do art. 227, caput, da Carta Magna, [...]"
>
> Na verdade, é curial que o interesse do menor deva prevalecer sempre em relação à disputa desmedida travado pelos pais, evitando-se que as constantes alterações da situação vivenciada, contribuam para afetar ainda mais o estado emocional afetivo do infante.
>
> Nesse sentido, a oportuna lição de Guilherme Gonçalves Strenger: "A razão primordial que deve presidir a atribuição da guarda em tais casos é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio." E Continua. "Considera-se interesse do menor todos os critérios de avaliação e solução que possam levar à convicção de que estão sendo atendidos os pressupostos que conduzem ao bom desenvolvimento educacional, moral e da saúde, segundo os cânones vigentes e identificáveis, através de subsídios interdisciplinares, obtidos com a cooperação de especialistas." (Guarda e filhos, 1º ed. São Paulo, LTR, 1998, p. 56 e 92).
>
> Vale consignar ainda, que a fim de resguardar os interesses do menor, o contexto probatório deve estar municiado de elementos que informem, com a máxima segurança possível, qual dos genitores possui as melhores condições de exercê-la.
>
> [...]
>
> Destarte, como o filho encontra-se sob o poder familiar de ambos os genitores e como a guarda é uma das parcelas desse poder familiar, ela pode ser revista a qualquer momento, não havendo que se falar que uma vez decidida a respeito da guarda ela torna-se

> imutável dando pleno direito à busca e apreensão ainda que tal medida venha a afetar de forma drástica a formação do menor.
>
> Por ai se vê que a procedência da medida não preserva os interesses da criança, pelo menos nesta fase cautelar, de forma que é necessário que sejam produzidas provas mais contundentes para se poder avaliar a questão da guarda e essa prova deve ser feita na análise de mérito da ação principal e não nesta medida.
>
> Portanto, atendendo-se as declarações que o menor prestou ao juízo deprecado, conforme se vê às f. 244, não se encontram presentes o periculum in mora, pois a prova já existente nos autos e analisadas dão conta que a criança encontra-se bem amparada e cuidada pela requerida, não se justificando o justo receio manifestado pelo autor. [...]"

Assim, mantenho a sentença na parte em que julgou improcedente a medida cautelar de busca e apreensão.

Quanto ao pedido de afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, entendo que deve prosperar.

De acordo com o princípio da causalidade, aquele que deu motivo à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes, sendo certo que, o fato de a apelada ter tomado as medidas cabíveis (procurou o Conselho Tutelar e ingressou com Ação de Modificação de Guarda) e atendido a vontade de seu filho que se recusou a voltar para a casa do pai, não descarta a sua condenação na verba sucumbencial.

A jurisprudência dominante desta Corte também é neste sentido, veja-se:

> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Pelo princípio da causalidade "Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja atribuindo-se razão sem ter (pretensão auto-atribuída), seja obrigando quem tem razão a vir a juízo para obter provimento satisfatório e permitido" (FREDERICO DO VALLE ABREU, "O custo financeiro do processo", in: Revista dos Tribunais; São Paulo: RT, v. 818 - dez/2003, p. 65).[...]" (Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2011.037820-6 – Jardim - Relator - Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Julgamento: 14/02/2012 - Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível - Publicação: 17/02/2012 - Nº Diário: 2592)
>
> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – DEVER DE EXIBIR EM SE TRATANTO DE DOCUMENTO COMUM ÀS PARTES – POSSIBILIDADE DE BUSCA E APREENSÃO – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. [...] Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. (..)"(Apelação Cível - Cautelar - N. 2012.015792-8 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Julgamento: 19/06/2012 - Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível - Publicação: 25/06/2012 - Nº Diário: 2674)
>
> "APELAÇÃO CÍVEL – CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – RÉ APRESENTA DOCUMENTOS SEM RESISTÊNCIA – NATUREZA DE AÇÃO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – PRECEDENTE DO STJ – RECURSO PROVIDO. Nas palavras do Ministro José Delgado, "o princípio da sucumbência, adotado pelo art. 20, do CPC, encontra-se contido no princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com

as despesas dele decorrentes. Assim, se a medida cautelar foi proposta em razão da recusa do recorrente em fornecer cópia dos documentos requeridos em juízo, a ele incumbem os ônus sucumbenciais". Além disso, acrescenta que "é cabível a fixação de honorários advocatícios na medida cautelar de exibição de documentos, eis que se trata de ação e não de mero incidente" (REsp 316.388/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10.9.2001)." (Apelação Cível - Cautelar - N. 2012.014527-7 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. João Maria Lós - Julgamento: 30/05/2012 - Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível - Publicação: 06/06/2012 - Nº Diário: 2664)

"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – PENHORA EFETIVADA POR CULPA DO OFICIAL DE JUSTIÇA – ÔNUS QUE O VENCIDO NÃO SE DESINCUMBE – POSSIBILIDADE DE AÇÃO DE REGRESSO EM FACE DO RESPONSÁVEL PELA CONSTRIÇÃO. O ônus de sucumbência, em caso de procedência de embargos de terceiro, cabe ao vencido, independentemente da ausência de culpa pela eventual penhora, podendo, posteriormente, promover ação de regresso contra o Estado caso a constrição tenha se efetivado por culpa exclusiva do oficial de justiça." (Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2001.000971-7 - Campo Grande - Relator Des. Paschoal Carmello Leandro - Julgamento: 13/12/2005 - Órgão Julgador: 4ª Turma Cível - Publicação: 17/01/2006 - Nº Diário: 1)

"APELAÇÃO CIVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA EM BEM DO EMBARGANTE. CONDENAÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS E HONORARIOS ADVOCATICIOS. RECURSO IMPROVIDO. Julgados os embargos procedentes pelo magistrado sentenciante, respondera o embargado pela sucumbência e honorários de advogado. O fato de ter o apelante alegado que a culpa foi do oficial de justica não o exime da obrigação de reembolsar a embargante por tais despesas". (Apelação Cível - Classe B - XIX, 605863. Inocência. Rel. Des. Rêmolo Letteriello. Segunda Turma Cível Isolada. Unânime. J. 24/11/1998, DJ-MS, 11/02/1999, pág. 08)

In casu, embora reconheça-se que a apelada agiu de forma a resguardar os interesses de seu filho, não há falar-se em exclusão da sua responsabilidade nos ônus sucumbenciais, uma vez que o apelante, detentor da guarda do filho menor, detinha o direito de ação em face da apelada que não devolveu o filho após o término do lapso temporal de visita.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação apenas para inverter os ônus sucumbenciais.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Josué de Oliveira e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2012.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4000111-52.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – INTERRUPÇÃO – IDADE LIMITE DE 21 ANOS – BENEFICIÁRIO QUE SE ENCONTRA MATRICULADO EM CURSO SUPERIOR – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E CARÊNCIA DA QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO PARCIAMENTE ACOLHIDA – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E DA SECRETÁRIA DE ESTADO – PRELIMINAR AFASTADA PENSÃO POR MORTE – INTERRUPÇÃO PELA MAIORIDADE CIVIL – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO ACESSO À EDUCAÇÃO – POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS OU CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

- Aplica-se a teoria da encampação, afastando-se a alegação de incompetência, se o Estado de Mato Grosso do Sul, que criou a autarquia, a cujos quadros pertence o Diretor-Presidente, defende amplamente a legalidade e o mérito do ato impugnado.

- De acordo com as Súmulas 269 e 271 do STF, o mandado de segurança não pode ser utilizado para a cobrança de verbas pretéritas.

- Segundo consta das disposições da Lei 3.545/08, que criou a Ageprev, a competência para rever o ato objurgado, acatar a decisão judicial e atender à pretensão da autora é da Secretária de Estado de Administração, nos termos, ainda, do que dispõe o artigo 13 da Lei 2.152/2000.

- Os princípios basilares de nosso ordenamento jurídico devem prevalecer sobre as regras, de modo que, indo a legislação estadual de encontro com o princípio do acesso à educação, e até mesmo da dignidade da pessoa humana, ao se omitir em relação aos beneficiários que atingem a maioridade cursando ensino superior, deve ser adotada a aplicação analógica a outros diplomas legais, como por exemplo a Lei n. 9.250/95.

- O ato praticado pela autoridade coatora ofende direito líquido e certo da impetrante em ter acesso à educação, e até mesmo a seu sustento, necessário para que viva dignamente até a conclusão de sua formação profissional, flagrante, portanto, a ilegalidade consistente na violação aos arts. 1º, III, 6º e 205 da CF, o que demonstra o direito líquido e certo deduzida em juízo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares de incompetência e inadequação da via eleita e acolher em parte a de impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente por férias o 3º Vogal.

Campo Grande, 4 de março de 2013.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Rodolpho César Pavão Valente, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo **Diretor Presidente da Agência Estadual de Previdência Social de MS – AGEPREV**, consubstanciado no indeferimento do pedido de prorrogação da pensão por morte deixada pelo seu genitor, Sr. Claudinez Mendes de Brito, por estar em vias de atingir a idade limítrofe de 21 anos, prevista no artigo 16, da Lei n.º 2.590/02.

Afirma que está realizando o Curso Superior de Técnico em Redes de Computadores, na Faculdade de Campo Grande – FCG e que necessita da pensão para o seu sustento, por isso, o benefício deve perdurar até o seu encerramento ou, em último caso, até que complete 24 anos.

Requer a concessão de liminar para que seja determinado à autoridade coatora que mantenha o pagamento da pensão e, ao final, pugna pela concessão da segurança, a fim de que continue recebendo-a durante o período do curso ou até completar 24 anos.

Juntou os documentos de fls. 15/73 e atribuiu à causa o valor de R$ 1.00,00 (mil reais).

A liminar foi concedida às fls. 75/76.

Às fls. 86/110 o impetrado prestou informações, alegando, preliminarmente, a incompetência do juízo, ao entendimento de que, como o ato não foi praticado pelo Secretário de Estado, o foro de primeiro grau seria o competente para dirimir a controvérsia.

Sustenta, ainda, a inadequação da via eleita por pelo fato do indeferimento da pretendida prorrogação de benefício ter se dado em consonância com a legislação previdenciária do Estado e a impossibilidade jurídica do pedido, porquanto o impetrante já completara 21 (vinte e um) anos, inexistindo previsão legislativa autorizadora.

No mérito, pugna pela denegação da segurança, destacando a falta de legislação e, ao final, prequestiona todos os dispositivos aventados.

Na sequência, o Estado de Mato Grosso do Sul apresentou defesa (fl. 114/125), requerendo a extinção do feito, sem julgamento de mérito, devido a impossibilidade de se pagar as pensões em atraso.

Aponta, também, a incompetência do juízo utilizando-se das mesmas razões apresentadas pela AGEPREV. Em relação ao mérito, pugna pela denegação da segurança sob o argumento de falta de previsão legal para pretensão do impetrante.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 126/140, opina pela acolhimento parcial da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, rejeitando as demais e, no mérito, pela concessão parcial da segurança.

VOTO

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

Rodolpho César Pavão Valente, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo **Diretor Presidente da Agência Estadual de Previdência Social de MS – AGEPREV**, consubstanciado no indeferimento do pedido de prorrogação da pensão por morte deixada pelo seu genitor, Sr. Claudinez Mendes de Brito, por estar em vias de atingir a idade limítrofe de 21 anos, prevista no artigo 16, da Lei n.º 2.590/02.

Afirma que está realizando o Curso Superior de Técnico em Redes de Computadores, na Faculdade de Campo Grande – FCG e que necessita da pensão para o seu sustento, por isso, o benefício deve perdurar até o seu encerramento ou, em último caso, até que complete 24 anos.

Requer a concessão de liminar para que seja determinado à autoridade coatora que mantenha o pagamento da pensão e, ao final, pugna pela concessão da segurança, a fim de que continue recebendo-a durante o período do curso ou até completar 24 anos.

Juntou os documentos de fls. 15/73 e atribuiu à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

A liminar foi concedida às fls. 75/76.

Às fls. 86/110 o impetrado prestou informações, alegando, preliminarmente, a incompetência do juízo, ao entendimento de que, como o ato não foi praticado pelo Secretário de Estado, o foro de primeiro grau seria o competente para dirimir a controvérsia.

Sustenta, ainda, a inadequação da via eleita pelo fato do indeferimento da pretendida prorrogação de benefício ter se dado em consonância com a legislação previdenciária do Estado e a impossibilidade jurídica do pedido, porquanto o impetrante já completara 21 (vinte e um) anos, inexistindo previsão legislativa autorizadora.

No mérito, pugna pela denegação da segurança, destacando a falta de legislação e, ao final, prequestiona todos os dispositivos aventados.

Na sequência, o Estado de Mato Grosso do Sul apresentou defesa (fl. 114/125), requerendo a extinção do feito, sem julgamento de mérito, devido a impossibilidade de se pagar as pensões em atraso.

Aponta, também, a incompetência do juízo utilizando-se das mesmas razões apresentadas pela AGEPREV. Em relação ao mérito, pugna pela denegação da segurança sob o argumento de falta de previsão legal para o pleito do impetrante.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 126/140, opina pela acolhimento parcial da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, rejeitando as demais e, no mérito, pela concessão parcial da segurança.

Por questão de prejudicialidade, passo à análise das preliminares.

I) Incompetência

A AGEPREV defende o reconhecimento da incompetência do juízo, tendo em vista que seu diretor, autor do ato que indeferiu o pedido de manutenção da pensão por morte em favor do impetrante, não possui prerrogativa de foro. O Estado de Mato Grosso do Sul segue a mesma linha.

Segundo consta das disposições do artigo 1º da Lei 3.545/08, que criou a AGEPREV, a competência para rever o ato objurgado, acatar a decisão judicial e atender à pretensão do impetrante é da Secretária de Estado de Administração, a quem está vinculada, em consonância com o que dispõe o artigo 13 da Lei 2.152/2000, por isso, ao contrário do que foi alegado, caberia ao Secretário compor o polo passivo da demanda.

Muito embora o impetrante não o tenha incluído inicialmente, o Estado de Mato Grosso do Sul, ao ser notificado, apresentou defesa, defendendo a legalidade do ato que indeferiu a prorrogação do benefício, encampando-o.

Assim, não há que se falar em incompetência desta Seção, *ex vi* do artigo 137, I,"a" do RITJMS[1], razão por que afasto a preliminar.

II) Inadequação da via eleita

Argumenta a AGEPREV que a via eleita pelo impetrante seria inadequada por falta de previsão legal.

Contudo, a preliminar em tela, por se confundir com o mérito da impetração, será analisada com ele mais adiante.

III) impossibilidade jurídica do pedido

Por último, o Estado de Mato Grosso do Sul requer a extinção do feito por entender que o pedido de pagamento das verbas em atraso seria juridicamente impossível, a teor da Súmula 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

A preliminar deve ser parcialmente acolhida.

Isso porque o referido pedido não foi o único formulado pelo impetrante, desse modo, a solução correta é não conhecê-lo, prosseguindo o feito, quando a controvérsia acerca da continuidade da pensão.

Assim, não conheço do pedido de pagamento das parcelas em atraso.

IV - Mérito

Consta dos autos, que o impetrante, na condição de beneficiário, vem recebendo pensão por morte, decorrente do falecimento de seu genitor, benefício que lhe vinha sendo pago desde o ano de 1991 (fl. 65), o qual cessaria em 13 de janeiro de 2013, ao completar 21 anos de idade (f. 27).

Pleiteou administrativamente a permanência no recebimento da pensão por morte, conforme requerimento de f. 43/44, protocolado em 17/10/2012, que fora indeferido, consoante decisão de fls. 67/70.

À época da concessão do benefício, a Previdência Social dos Servidores Civis e Militares de Mato Grosso do Sul era disciplinada pela Lei n. 204, de 23 de dezembro de 1980, que, com a redação dada pelo Lei n. 317, de 16 de dezembro de 1981, dispunha em seu artigo 8º, inciso I:

> "Art. 8º. Consideram-se dependentes, para efeitos desta Lei:
>
> I – o conjuge e os filhos solteiros de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválido;"

1 **Art. 137.** Compete às Seções Cíveis:
I - processar e julgar originariamente:
a) os mandados de segurança contra atos dos Secretários de Estado, dos Desembargadores, quando componentes das Turmas Cíveis, dos Conselheiros do Tribunal de Contas, dos juízes de primeira instância, dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Analisando o caso em tela sob os ditames do referido dispositivo legal, aparentemente, a posição adotada pela Administração estaria correta.

Todavia, com a promulgação da Constituição de 1988, foram estabelecidas diversos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, dentre eles, o direito a educação, a saúde, a alimentação, a moradia e ao lazer.

Ao dispor acerca da Seguridade, preconizou seu caráter social, elegendo medidas públicas e sociais destinadas a assegurar os direitos constitucionalmente previstos.

Nessa esteira, visando atender o caráter social do instituto, eventual medida de cancelamento ou suspensão de benefício previdenciário, a ser adotada, deve observar os direitos e garantias individuais, de modo que apesar de atingido a idade limite, prevista em lei, para recebimento de pensão, anteriormente ao cancelamento do benefício, a Administração deveria atentar-se quanto às condições do impetrante.

Não pode ser ignorada a atual realidade social, no tocante a dependência econômica do impetrante, pois se encontra cursando ensino superior, Curso de Técnico em Redes de Computadores, na Faculdade de Campo Grande – FCG, conforme documentos de fls. 30/41 e não possui outra fonte de renda além da pensão.

Reforçando a tendência em se admitir o pagamento de pensão previdenciária por idade superior aos 21 (vinte e um) anos, foi editada a Lei n. 2.207, de 28 de dezembro de 2000, que instituiu o regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, cria o Fundo de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – MS-PREV, e dá outras providências. Ao disciplinar a matéria, dispõe em seu artigo 6º:

> "Art. 6º. São beneficiários do regime de previdencia social de que trata esta Lei, na condição de dependentes do segurado:
>
> II – os filhos solteiros, menores de vinte e um anos ou inválidos, ou menor de vinte e quatro anos, freqüentando curso superior;"

Outrossim, a Lei n. 9.250/95, relativa ao imposto de renda de pessoas físicas, também considera como dependentes os filhos maiores de até 24 anos que estejam cursando o ensino superior, vejamos:

> "Art. 35. Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes:
>
> […]
>
> § 1º Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau."

Assim, é certo que o impetrante irá sofrer violação a direito líquido e certo garantido constitucionalmente, consistente no acesso à educação e até mesmo a sua dignidade, pois o cancelamento do benefício pode refletir negativamente em sua formação profissional.

Ademais, os proventos oriundos de "pensão por morte" podem ser percebidos até que a parte beneficiária conclua curso útil a sua formação humanística, consoante norma do artigo 205, da Constituição Federal, até porque há uma presunção de dependência econômica e financeira do estudante.

Dessa forma, não há dúvida de que o ato atacado caminha na contramão do previsto nos artigos 6° e 205 da Magna Carta de 1988, nos quais o direito à educação é erigido à categoria de direito social e fundamental do homem, visando, assim, o pleno desenvolvimento do indivíduo, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Por essa razão, tem-se que o ato praticado pela autoridade impetrada ofende o direito líquido e certo do impetrante de ter acesso à educação, e até mesmo a seu sustento, necessário para que viva dignamente até a conclusão de sua formação profissional.

Em específico, sobre o tema, assim já se manifestou o Órgão Especial deste Sodalício, *in verbis:*

> "EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMIANRES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO AFASTADAS – INTERRUPÇÃO DA PENSÃO POR MORTE – MAIORIDADE ALCANÇADA – PRORROGAÇÃO ATÉ OS 24 ANOS OU CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 9.250/95 – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO ACESSO À EDUCAÇÃO – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADA – ORDEM CONCEDIDA.
>
> O mandado de segurança é a via adequada para reparar possíveis ilegalidades praticadas por autoridade, na hipótese, a suspensão, e o indeferimento do pedido administrativo de restabelecimento do benefício de pensão por morte.
>
> Segundo consta das disposições da Lei 3.545/08, que criou a Ageprev, a competência para rever o ato objurgado, acatar a decisão judicial e atender à pretensão da autora é da Secretária de Estado de Administração, nos termos, ainda, do que dispõe o artigo 13 da Lei 2.152/2000.
>
> O ato praticado pela autoridade impetrada ofende o direito líquido e certo do impetrante ter acesso à educação, e até mesmo a seu sustento, necessário para que viva dignamente até a conclusão de sua formação profissional. Ilegalidade consistente na violação aos arts. 1º, III, 6º e 205 da CF.
>
> Devem-se aplicar analogicamente os dispositivos da Lei Federal n. 9.250/95 que prescreve o limite de 24 anos para a perda da qualidade de dependente quando este estiver cursando ensino superior.
>
> Ordem concedida."[2]

Em face do exposto, com o parecer ministerial, acolho parcialmente a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, para que seja conhecido apenas o pedido de prorrogação do benefício, rejeitando as demais, e, no mérito, concedo a segurança, para declarar a ilegalidade do ato praticado pelas autoridades coatoras, revogando-o, bem como reconhecer o direito do impetrante de continuar recebendo mensalmente pensão por morte, conforme lhe está sendo paga por força da liminar, até que complete 24 (vinte e quatro) anos de idade, e/ou até que conclua o ensino superior que freqüenta.

2 Mandado de Segurança - N. 2011.012270-2/0000-00 – Capital, Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Órgão Especial, Julgamento: 10/08/2011.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares de incompetência e inadequação da via eleita e acolheram em parte a de impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, concederam a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente por férias o 3º Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 04 de março de 2013.

***

Órgão Especial
Argüição de Inconstitucionalidade n. 0002008-90.2007.8.12.0002/50000 -Dourados
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 305 DA LEI N. 9.503/1997 – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – AUTO-INCRIMINAÇÃO NÃO CONFIGURADA – TUTELA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA – GARANTIA DE SILÊNCIO MANTIDA – CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO – IMPROCEDENTE.

Não buscou o legislador brasileiro impor a auto-incriminação para o condutor que permanece no local do acidente de trânsito, o qual pode permanecer em silêncio, se assim o quiser, mas apenas colaborar com a administração da justiça para a correta apuração e identificação e apuração do sinistro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, contra o parecer, julgar improcedente a arguição, vencido o Des. Romero. Ausente, por férias, o Des. Paschoal. Abstiveram-se de votar, por ausência no início do julgamento, os Desembargadores Brandes, Joenildo e Hildebrando.

Campo Grande, 14 de novembro de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

A **Primeira Câmara Criminal** deste Sodalício submeteu à apreciaçãodo Órgão Especial questão de inconstitucionalidade dirimida na Apelação Criminal n. 0002008.90.2007.8.12.0002 interposta pelo Ministério Público Estadual em face de Rogério Molina Pizoli que restou assim ementada na parte *sub examine*:

> "APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÂNSITO – RECURSO MINISTERIAL VISANDO À CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305 DA LEI 9.503, de 1997 – NEGADO – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO – CONTRA O PARECER.
>
> A responsabilidade civil ou criminal do indivíduo que causa um acidente de trânsito não depende de sua não evasão do local, pois fim da norma incriminadora em pauta é perfeitamente alcançável através da aplicação da lei civil e da lei penal."

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro por afrontar o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal.

VOTO (EM 7.11.2012)

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

A tese de inconstitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997) foi acolhida inicialmente pelo magistrado de primeira instância, o que ensejou o apelo do Ministério Público Estadual. Em análise ao aventado dispositivo, a Primeira Câmara Criminal ratificou o entendimento, submetendo ao Órgão Especial a apreciação da questão em respeito à cláusula de reserva plenário, consoante intelecção vindicada pelo artigo 97[1] da Constituição Federal e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal n. 10[2]. Reza o mencionado dispositivo:

> "Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas -detenção, de seis meses a um ano, ou multa."

Defendeu a então relatora, em suma, a inconstitucionalidade do tipo penal acima transcrito por afrontar as garantias fundamentais de não auto-incriminação,

Ampla defesa e devido processo legal.

Em que pese o respeitável entendimento contrário, divirjo da conclusão exarada. Não vislumbro qualquer traço de inconstitucionalidade, pois o legislador, por intermédio da norma penal do artigo 305 do Código de Trânsito, não buscou a auto-incriminação do condutor que permanece no local do acidente, pois este não está obrigado a produzir prova contra si, mas apenas colaborar com a administração da justiça, não sendo impelido a qualquer manifestação, podendo permanecer em silêncio, se assim o quiser.

Tutelou, destarte, o legislador brasileiro a administração da justiça, ou seja, procurou impedir que a identificação e a apuração do ilícito fosse prejudicada pela fuga do condutor envolvido em um acidente de trânsito. Não significa dizer que todo aquele que participa de um crime culposo na direção de veículo automotor tenha a obrigação legal de produzir prova contra si mesmo. O simples fato de permanecer próximo ao lugar dos acontecimentos não tem o condão de responsabilizar o condutor por crime algum, caso contrário estaríamos presumindo, também, a culpa daquele que presta socorro à vítima.

Com efeito, a tipificação da conduta do motorista que foge do local do acidente, para se furtar à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída não viola a garantia da não auto-incriminação, que assegura que ninguém pode ser obrigado por meio de fraude ou coação, física e moral, a produzir prova contra si mesmo.

O cerne do princípio do nemo tenetur se detegere reside em assegurar ao réu a possibilidade de permanecer em silêncio, de não falar a verdade, confessar ou participar da produção de uma prova incriminatória ou apresentar prova contra ele, o que não se confunde com a penalização do condutor que se afasta do local do acidente[3].

Ademais, até o presente momento, malgrado o tempo de vigência da Lei n. 9.503/1997, a Corte Constitucional não reconheceu a inconstitucionalidade da lei, de sorte que é razoável supor que não padece ela de vício de dessa ordem.

---

1 Art. 97 da CF: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

2 Súmula Vinculante n. 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

3 Inteligência do STJ, HC 137.340/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011.

Com extrema percuciência Renato Marcão, *in Crimes de Trânsito – Anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-91997*, 2009, Editora Saraiva, p. 146, explana:

> "Discute-se na doutrina a constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, por entenderem alguns doutos que a regra determinadora da obrigação de permanência no local do acidente ofende a garantia prevista na Carta Magna, asseguradora do princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.
>
> [...]
>
> Ousamos divergir.
>
> A permanência do agente no local do acidente não determina que o mesmo preste qualquer tipo de informação, a quem quer que seja, capaz de constituir prova contra si mesmo; auto-incriminar-se, contrariando o que está assegurado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º), até porque, sob a vigência do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, subsiste o direito de permanecer calado; persiste a garantia ao silêncio constitucional, do que decorre inexorável a possibilidade de, mantendo-se honradamente no local, deixar de prestar informações que envolvam matéria de prova a ser produzida em regular investigação, ou, num âmbito mais limitado, deixar de colaborar com informações que possam contrariar seu interesse, nada nobre, de furtar-se à responsabilidade penal ou civil pelo mal que causou a terceiro inocente.
>
> **Não se deve homenagear o descaso com a integridade alheia; com o alheio dano, ainda mais quando o próprio condutor do veículo, por culpa, deu causa ao infortúnio.**
>
> O legislador penal, em vários momentos, estimula a nobreza de conduta do agente, conforme está claro no art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro e no art. 16 do Código Penal, por exemplo." (g.n.)

Acrescenta, ainda, Fernando Capez que "*o agente que, na direção do veículo automotor, culposamente provoca lesões corporais na vítima e foge sem prestar-lhe socorro responde pelo crime de lesões corporais com a pena aumentada (art. 303, parágrafo único, II) em concurso material com o crime de fuga. Não se pode falar em absorção ou em post factum impunível, uma vez que os bens jurídicos são diversos (integridade corporal e administração da justiça). Ademais, sem o crime de fuga, este ficaria praticamente sem aplicação concreta*" (CAPEZ, Fernando *in Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial*, Vol. 4, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 306307).

Considerando, então, que a finalidade da norma penal não é apenas reprimir os atos considerados antijurídicos, mas principalmente prevenir e servir de parâmetro aos que pretendem conviver em sociedade, o tipo penal do artigo 305 da Lei n. 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro – impõe ao cidadão uma obrigação, ou seja, o dever de arcar com sua responsabilidade, seja ela penal ou reparatória dos danos causados. Em relação àquele que inobservar essa obrigação, impõe-se uma sanção, consistente em pena privativa de liberdade ou multa, sem prejuízo ao dever de responder pelas consequências do acidente. [4]

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou o mesmo raciocínio acima sopesado, *in verbis*:

4 ARAÚJO de, Marcelo Cunha e CALHAU, Lélio Braga *in* **Crimes de Trânsito,** 2ª edição, 2011, Editora Impetus, p. 75.

> HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO. PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE. VIOLAÇÃO.INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. **O art. 305 do Código de Trânsito, que tipifica a conduta do condutor de veículo que foge do local do acidente, para se furtar à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, não viola a garantia da não auto-incriminação, que assegura que ninguém pode ser obrigado por meio de fraude ou coação, física e moral, a produzir prova contra si mesmo.**
>
> 2. Ordem denegada.
>
> (STJ, HC 137.340/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011) (g.n.)

E também outros tribunais pátrios:

> "APELAÇÃO CRIMINAL -PRELIMINARES -NULIDADE DA SENTENÇA ANTE A OCORRÊNCIA DO CERCEAMENTO DE DEFESAEM RAZÃO DA SUPRESSÃO DA FASE PROCESSUAL PRECONIZADA NO ART. 499 DO CPP -ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305 DO CTB -TESES AFASTADAS."
>
> "APELAÇÃO CRIME. DELITO DE TRÂNSITO. APELO DEFENSIVO.
>
> (TJ/SC, Apelação Criminal 20050257288, Primeira Câmara Criminal
>
> do Tribunal de Justiça de Santa Catarina -Relator Solon d'Eça Neves,
>
> julgado em 22/11/2005) (g.n.)
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO. REJEIÇÃO PARCIAL DA DENÚNCIA. RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305 DOA LEI 9.503/97. IMPOSSIBILIDADE. APELO MINISTERIAL PROVIDO.
>
> (TJ/RS, Apelação Criminal n. 70027787852, Relator: Jaime Piterman, Segunda Câmara Criminal, Julgado em: 17/09/2009) (g.n.)
>
> CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. OMISSÃO DE SOCORRO. Resta perfeitamente amoldada à conduta típica dos artigos 304 e 305 do Código de Trânsito Brasileiro, o fato de o agente provocador da queda, ao ver a vítima caída no chão, ter evadido do local sem prestar socorro.
>
> (TJ/DFT, Acórdão n. 329782, 20040210023382APR, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 1ª Turma Criminal, julgado em 13/10/2008, DJ 26/11/2008 p. 209) (g.n.)

Portanto, constitucional o artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro. Isso posto, contra o Parecer Ministerial, **julgo improcedente a arguição de inconstitucionalidade.**

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (1º Vogal) De acordo com o Relator.

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (2ª Vogal) De acordo com o Relator

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (4º Vogal) Acompanho o ilustre Relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (5º Vogal) Acompanho ilustre Relator.

O Sr. Des.Claudionor Miguel Abss Duarte (6º Vogal) De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (8º Vogal) De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (10º Vogal) De acordo com o Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (12º Vogal) De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho De acordo com o Relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. ROMERO OSME DIAS LOPES, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES JOÃO BATISTA, TÂNIA, JULIZAR, SÉRGIO, CLAUDIONOR, OSWALDO, ATAPOÃ, LÓS E FERNANDO JULGAREM IMPROCEDENTE A ARGUIÇÃO. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS DESEMBARGADORES PASCHOAL, BRANDES, JOENILDO E HILDEBRANDO.

VOTO (EM 14.11.2012)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (13 Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria posta em discussão, mesmo após o relator e os vogais 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 8º, 10º e 14º, julgarem improcedente a arguição de inconstitucionalidade submetida à apreciação deste Órgão Especial pela 1ª Câmara Criminal.

E ouso divergir de todos eles, pois, ao se examinar o art. 305 do CTB, tendo-se em mente a supremacia da Constituição Federal, pode-se concluir que, não obstante as boas intenções do legislador, tal comando normativo padece de vícios constitucionais que prejudicam a sua aplicabilidade, destacando-se a afronta aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e, principalmente, da ampla defesa.

À época da edição do Código de Trânsito Brasileiro, o legislador, no afã de não deixar impunes os motoristas que se evadissem do local do acidente, reivindicação da sociedade, acabou prescrevendo dispositivo que incrimina tal conduta.

Reza o mencionado dispositivo:

> "Art. 305. Afastar-se o condutor do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas -detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa."

Ocorre que, acolhendo a intenção legislativa, acentuou-se de forma desmedida a diferença entre o agente que comete um delito de trânsito e o que pratica um outro crime qualquer, numa clara e nítida violação ao princípio da igualdade.

Faz-se mister, em virtude de se estar diante de um Estado Social e Democrático de Direito, que as promoções igualitárias levem em consideração as características que nos diferem, para que a norma criada pelo legislador infraconstitucional alcance os objetivos da Lei Maior.

In casu, não se discute a expressa diferenciação que o supracitado dispositivo (CTB, art. 305) criou entre os cidadãos que são acusados por cometimento de crimes de trânsito e de outros delitos quaisquer. Evidente que o objetivo era criar preceito legal capaz de reprimir com maior eficácia o fato de o motorista evadir-se do local do sinistro para escapar à apuração quanto à autoria, situação constantemente vislumbrada em nossas vias de tráfego terrestre.

Ocorre que, na ânsia de facilitar a administração da justiça, em virtude da dificuldade de se aferir a autoria de delitos de trânsito em caso de fuga do condutor, repito, o dispositivo feriu alguns dos mais importantes princípios constitucionais, como igualdade, proporcionalidade e, principalmente, ampla defesa, consubstanciada no direito ao silêncio e da não produção de prova contra si.

Isso porque, não há qualquer razão para imaginar que o fato de se estar conduzindo um veículo possa servir de fundamento único para incriminar a fuga em acidente. Permitir tal situação é utilizar o Direito Penal, que deve ser usado como *ultima ratio*, para tutelar condutas com desmedida rigorosidade.

Apenas a título exemplificativo: Se o agente comete um homicídio qualificado (crime hediondo) e foge do local do crime, justamente para se eximir da responsabilidade penal, em nada altera a pena cominada pelo tipo, tampouco lhe é incriminada tal evasão, ao passo que, no caso de colidir com outro veículo e lesionar a vítima (crime leve), o motorista, além de responder civilmente pelos danos materiais causados (comprovada a culpa) e penalmente, por lesão culposa no trânsito, lhe sobraria ainda a pecha do disposto no art. 305 do CTB, caso empreende-se fuga.

Desta forma, ao punir o motorista causador de acidente por evasão do local do sinistro, está o legislador impondo sanção extremamente rigorosa para todas as hipóteses, enquanto que homicidas, estupradores e traficantes nada sofrem por se ausentarem da cena do crime, denotando-se indiscutível falta de isonomia na aplicação da lei.

Não bastasse a inconstitucionalidade decorrente da violação ao princípio da isonomia, o aludido art. 305 deveria ter sua vigência afastada também por afronta ao princípio da proporcionalidade.

Afinal, não é o legislador senhor de todas as vontades, a ponto de lhe ser permitido editar qualquer espécie de ato legislativo com discricionariedade irrestrita. É bem verdade que o exercício legiferante detém, dentre todos os atos de natureza pública, o maior grau de discricionariedade, porém, com limitação constitucional.

Na situação em tela, mostra-se evidente que o art. 305 do CTB possui conteúdo dissociado da realidade penal, porquanto estabelece que determinada conduta, mais singela, receberá tratamento mais rigoroso que outras, sabidamente mais gravosas.

Assim se dessume, porquanto não se pode conceber que o autor de um atentado violento ao pudor possa cometer seu crime na clandestinidade e, por assim desejar que a situação continue, deixe sua vítima ao relento e fuja do local no qual se deu o crime, enquanto o condutor de veículo que cause danos e simples lesões a outro tenha que permanecer no aguardo dos policiais.

A Desª Salete Silva Sommariva, relatora da Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Criminal n. 2009.026222-9/0001.00, de Forquilhinha/SC, ao discorrer sobre o tema, cita um exemplo ainda mais enfático, que bem elucida a mácula do dispositivo. Segundo ela, *"tem-se que para o indivíduo, tomado por inabalável animus necandi, que passa a esperar sua vítima dentro de um carro, no momento em que esta é avistada, é melhor que desça do veículo e efetue incontáveis disparos de arma de fogo, do que a atropelar, pois, mesmo alcançando seu desiderato e o sendo o mesmo o resultado jurídico ocorrido, na segunda hipótese, além do homicídio, poderia ser acusado também pelo art. 305 do CTB"*.

E continua expondo as razões de seu convencimento:

> "Ressalte-se que, em hipótese alguma, está-se tratando de acidente automobilístico do qual se deve exigir especial atenção a que se deve conferir às vítimas feridas ou fatais

> em delitos de trânsito, pelo forte potencial lesivo de uma condução irregular de veículo automotor, porquanto neste caso, o motorista tem o dever de prestar auxílio ao ofendido, por se tratar o objeto jurídico tutelado de suma importância, sob pena de incorrer na conduta descrita no art. 304 do CTB, que é substancialmente diferente do art. 305.
>
> Assim sendo, a aplicação do art. 305 do CTB faz com que se puna mais rigorosamente o agente que se encontra conduzindo veículo do que aquele que esta a pé, sob a pretensão de se garantir a administração da justiça. No entanto, a persecução penal é dever do Estado e, se não é um direito, é pelo menos natural que o infrator de qualquer espécie tente se eximir de sua responsabilidade.
>
> Por estas razões, dessume-se que o referido dispositivo, ao impor sanção mais severa ao delinqüente de trânsito, assim o fez com excessiva rigorosidade, tratando-se de artigo desproporcional à finalidade almejada, porquanto impõe tratamento mais gravoso à conduta que apenas resulta danos materiais, enquanto outras, de gravidade superior, não são apenadas pela fuga do local do delito. Sendo assim, constatada a sua irregular disposição, não há como permitir que tal desproporção permaneça sob eficácia em nosso sistema jurídico."

Por derradeiro, como ponto nodal da tese de inconstitucionalidade, verifica-se que o referido artigo fere frontalmente o princípio constitucional da ampla defesa, amparado no art. 5º, LV da CF/88, especificamente substanciado no direito do réu a permanecer em silêncio (CF/88, art. 5º, LXIII), e endossado pelo princípio do processo penal de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si (*nemo tenetur se degenere*), consagrado na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aderido pelos países participantes em 18-7-1978, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25-9-1992.

Dessa forma, ao se pretender que o cidadão envolvido em acidente automobilístico permaneça estagnado no local do acidente esperando a chegada dos milicianos, está-se querendo que produza prova contra si, tudo em atenção à administração da justiça, enquanto a punição pela fuga não ocorre com outros crimes, como os de reconhecida hediondez.

Discorrendo acerca da ampla defesa, Alexandre de Moraes salienta que por ela se entende *"o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário"* (Constituição do Brasil interpretada, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 362).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela suma importância de o réu ser alertado do direito de permanecer calado logo que iniciada a investigação, gerando nulidade a sua omissão, nestes termos:

> "Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a autoincriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna

> dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio -que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade -e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito." (HC 78.708/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 9-3-1999).

Além disso, conforme ensinamento de Maria Elizabeth Queijo (O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal), São Paulo: Saraiva, 2003, p. 69), o brocardo latim abrange as expressões "não se auto-incriminar", "não se confessar culpado", "não produzir provas contra si mesmo", "não se declarar culpado", "direito de permanecer calado", "direito ao silêncio", dentre outras fornecidas pela literatura jurídica.

Diante do quadro apresentado e retomando-se a análise acerca da inconstitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, percebe-se que a obrigação do condutor em permanecer no local do sinistro aguardando a chegada dos policiais militares, consiste na imposição de que este produza prova contra si, facilitando a identificação da autoria de um possível crime, imposição que não é feita a nenhum outro criminoso que pratique suas condutas delituosas sem estar a bordo de um veículo.

A propósito do tema, disserta Damásio de Jesus:

> "A lei pode exigir que, no campo penal, o sujeito faça prova contra ele mesmo, permanecendo no local do acidente-Como diz Ariosvaldo de Campos Pires, "a proposição incriminadora é constitucionalmente duvidosa" (Parecer sobre o Projeto de Lei n. 73/94, que instituiu o CT, oferecido ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 23-7-1996). Cometido um homicídio doloso, o sujeito não tem obrigação de permanecer no local. Como exigir essa conduta num crime de trânsito-De observar o art 8º, II, g, do Pacto de São José: ninguém tem o dever de auto-incriminar-se." (Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito. 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 147).

Guilherme de Souza Nucci, da mesma forma, considera inconstitucional o refalado dispositivo de lei:

> "Trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contraria, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo -nemo tenetur se detegere. Inexiste razão plausível para obrigar alguém a se auto-acusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as conseqüências penais e civis do que provocou. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o artigo 305 da Lei 9.503/97." (Leis penais e processuais penais comentadas, 2. ed., São Paulo: RT. 2007, p. 1031)

No mesmo sentido, retira-se da lição do não menos renomado Luiz Flávio Gomes:

> "Que todos temos a obrigação moral de ficar no local do acidente que provocamos não existe a menor dúvida. Mas a questão é a seguinte: pode uma obrigação moral converter-se em obrigação penal-De outro lado, sendo legítima a exigência de ficar no local, por que impor essa obrigação apenas em relação aos delitos de trânsito, sabendo-se que o homicida doloso, o estuprador, etc. não contam com obrigação semelhante-

> Ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, a declarar contra si mesmo, ou seja, a auto incriminar-se (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8). O dispositivo em questão resulta numa espécie de autoincriminação. De outra parte, ninguém está sujeito a prisão por obrigações civis (ressalvando-se as duas hipóteses constitucionais: alimentos e depositário infiel). No art. 305 está contemplada uma hipótese de prisão (em abstrato) por causa de uma responsabilidade civil. Pelas razões invocadas, em suma, há séria dúvida sobre a constitucionalidade do preceito legal em debate." (Estudos de direito penal e processo penal, São Paulo: RT, 1999, p. 46/47)

Importante destacar que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por ampla maioria, em julgamento realizado m 11-6-2008, acolheu a argüição, reconhecendo a inconstitucionalidade do refalado art. 305 do CTB. Extrai-se da ementa deste julgado:

> "INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO - ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA." (Inc. de Inconstitucionalidade n. 1.0000.07.456021-0, rel. Des. Sérgio Resende).

Desta forma, nota-se a presença de brilhantes doutrinadores e existência de precedentes que se posicionam pela inconstitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro.

Diante das razões acima esposadas, resta-me acrescentar que o Código Brasileiro de Trânsito é, sem sombra de dúvidas, um instrumento valioso no combate à violência no trânsito, visando proteger com maior segurança aos que a ele se submetem, estabelecendo medidas de rigorosa punição aos que desobedecem a seus ditames.

Contudo, especificamente no tocante ao art. 305 deste diploma, estar-se-ia punindo o agente por uma conduta praticada por todo e qualquer outro delinquente, qual seja, a evasão da cena do delito, sem que estes recebam qualquer sanção ou maior gravosidade em suas penas por conta disso, estabelecendo-se forte contrariedade aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da ampla defesa.

Demais disso, conforme acima destacado, afigura-se inviável vislumbrar outra responsabilidade penal a ser imputada ao motorista que se evade do local em que estivera envolvido em acidente de trânsito com vítima que não a omissão de socorro, situação com disposição específica no CTB (art. 304).

Citado tipo penal preceitua:

> "Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública:
>
> Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave."

Posto isso, peço vênia aos demais julgadores que me antecederam nesta assentada para acolher a presente arguição, a fim de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, por afronta aos princípios constitucionais acima mencionados. Decisão de conformidade com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, CONTRA O PARECER, JULGARAM IMPROCEDENTE A ARGUIÇÃO, VENCIDO O DES. ROMERO. AUSENTE, PORFÉRIAS, O DES. PASCHOAL. ABSTIVERAM-SE DE VOTAR, POR AUSÊNCIA NO INÍCIO DO JULGAMENTO, OS DESEMBARGADORES BRANDES, JOENILDO E HILDEBRANDO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. João Batista da Costa Marques, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. João Maria Lós, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 14 de novembro de 2012.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0056840-37.2011.8.12.0001 -Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – PARA INGRESSO NA GUARDA MUNICIPAL DE CAMPO GRANDE – IMPEDIMENTO DE POSSE POR INIDONEIDADE MORAL – MAUS ANTECEDENTES – AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CR, ART. 5º, LVII – PRECEDENTES NO STF, STJ E NESTE SODALÍCIO – SENTENÇA REFORMADA – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO.

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República consagra o princípio da presunção de inocência, estabelecendo que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

A exigência do edital do concurso público para ingresso na Guarda Municipal de Campo Grande, em consonância com legislação estadual, que impede candidato de tomar posse no cargo tão somente por ser acusado da prática de infração penal, afronta o aludido princípio constitucional e, por isso, não merece observância. Precedentes no Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, e com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de dezembro de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran -Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Adriano da Silva Mendes, nos autos do **Mandado de Segurança** impetrado contra ato do **Secretário Municipal de Administração e do Prefeito Municipal de Campo Grande**, apelou da sentença que denegou a ordem pleiteada.

Relatou, em síntese, que participou de concurso público para ingresso na carreira de guarda municipal, logrando aprovação em todas as etapas do certame, sendo, contudo, impedido de tomar posse no cargo por estar tramitando uma ação penal na qual figura como acusado da prática de violência doméstica.

Salientou, ato contínuo, que a decisão administrativa e a sentença violam a garantia constitucional de presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII), que assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Ponderou, na sequência, que a Administração Pública tem ampla liberdade para estabelecer os critérios de julgamento dos concursos que promove, desde que observe o princípio da igualdade e respeite os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Esclareceu, ainda, que "[...] *a regra de tratamento assegurada pela presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações práticas, palavras, gestos, ou imposição prematura de medidas que restrinjam seus direitos, em qualquer esfera do direito: penal, civil, política, etc*" (f. 164).

Finalizou rogando pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e, com isso, conceder a segurança.

Embora intimados para apresentar contrarrazões (f. 175), os apelados deixaram transcorrer o prazo legal sem qualquer manifestação (certidão de f. 176).

A seu turno, a douta Procuradora de Justiça, no parecer de fs. 185-190, opinou pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Adriano da Silva Mendes impetrou Mandado de Segurança contra ato do Secretário Municipal de Administração e do Prefeito Municipal de Campo Grande, relatando que participou de concurso público para ingresso na carreira da Guarda Municipal, logrando aprovação em todas as etapas do certame, sendo, contudo, impedido de tomar posse no cargo por estar tramitando uma ação penal na qual figura como acusado da prática de violência doméstica.

O julgador de primeiro grau denegou a ordem por entender que o ato administrativo questionado conforma-se com a previsão do edital do concurso, além de o impetrante não ostentar conduta proba e ilibada exigida para o exercício do cargo público.

É contra esse provimento judicial que se volta o recurso de apelação, que, como bem pontuou a culta Procuradora de Justiça, deve ser provido.

O edital nº 01/01/2009 do Concurso Público de Provas para a Guarda Municipal de Campo Grande elencava, em seu item 2.1, alínea *"h"*, como um dos requisitos para provimento do cargo que o candidato não estivesse sendo processado por crime.

Tal exigência, conquanto encontre suporte no fato de que o exercício das atribuições de guarda municipal deve ser despido de condutas desabonadoras, capazes de impedir o bom desempenho das funções, porquanto a carreira requer disciplina, zelo, probidade, além do sentimento de dever, pundonor e decoro, impondo aos seus integrantes conduta moral e profissional irrepreensíveis, não se reveste de razoabilidade, já que, no caso dos autos, o apelante apenas responde pela prática de crime doloso.

À luz do princípio constitucional da **presunção da inocência ou não culpabilidade**, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, ninguém poderá ser considerado culpado enquanto não condenado por sentença transitada em julgado.

Conforme ensina Alexandre de Moraes:

> "A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal. O art. 39, § 3º, parte final da mesma Constituição, adotando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, permite que a lei estabeleça requisitos diferenciadores de admissão quando a natureza do cargo o exigir, mas desde que o faça guardando a proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que pretende alcançar" (apud Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.117).

O Superior Tribunal de Justiça, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pacificou entendimento no sentido de ser inconstitucional a negativa de nomeação ou indeferimento de inscrição em curso por inidoneidade moral, com base, **tão somente**, em certidão positiva que indique a condição de parte no polo passivo de ação penal em curso, consoante julgados a seguir colacionados:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXCLUSÃO DE CANDIDATO, EM VIRTUDE DE AÇÃO PENAL CONTRA ELE INSTAURADA. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 5.º, INC. LVII, DA CF/88. 1. **O Supremo Tribunal Federal formou compreensão segundo a qual: 'Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória'.** *(*AgRg no RE 559.135/DF, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 12/6/2008) 2. Seguindo a mesma linha de raciocínio, em acórdão relatado pela em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura nos autos do Recurso em Mandado de Segurança n.º 11.396/PR (DJe 3/12/2007), asseverou este Superior Tribunal de Justiça que: 'Por força do disposto no artigo 5.º, inc. LVII, da CR/1988, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado'. 3. Desse modo, **incorre em manifesta inconstitucionalidade o ato que, por motivos de inidoneidade moral lastreados na existência de ação penal, afastou o impetrante do concurso de que participava, impedindo-o de prosseguir nas etapas restantes.** 4. Registre-se, por necessário, que, no caso específico dos autos, subsiste nos autos a comprovação de que a referida ação penal foi julgada, tendo o juízo criminal proclamado a absolvição do impetrante, sem qualquer insurgência recursal do Ministério Público. 5. Sendo assim, como bem pontuou o em. Ministro Marco Aurélio de Mello, ao relatar o Recurso Extraordinário n.º 194.872-8/RS (DJ 02.02.01), 'Vê-se, portanto, o quanto é sábia a cláusula constitucional que reflete a presunção do ordinário, ou seja, da ausência de culpa'. 6. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento, para conceder a ordem e, nessa medida, garantir ao impetrante a participação nas restantes etapas do concurso público a que se submeteu, devendo a Administração providenciar os atos necessários a esse propósito" (RMS 13.546/MA. Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Julgamento 10.11.2009. Publicação DJe 30.11.2009) (grifo nosso).

> "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DE PROMOÇÃO DE MILITAR, RÉU EMAÇÃO PENAL. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. Por força do disposto no artigo 5º, LVII, da CR/88, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado. 2. Incorre em flagrante ilegalidade a exclusão de militar do Quadro de Acesso a Promoções de Oficiais da Polícia Militar

> do Estado de Roraima, com base, exclusivamente, na apresentação de certidão positiva que indicava sua condição de parte no pólo passivo de ação penal em curso. 3. Recurso ordinário provido" (RMS 21.226/RR. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento 9.3.2010. Publicação DJe 11.10.2010).

Outro não é o constructo jurisprudencial deste Sodalício, senão vejamos:

> "REEXAME NECESSÁRIO MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO CANDIDATO IMPEDIDO DE TOMAR POSSE EM RAZÃO DA TRAMITAÇÃO DE AÇÃO PENAL AUSÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE RECURSO IMPROVIDO. Não havendo sentença penal condenatória transitada em julgado, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência, uma vez que não foi apurada a culpabilidade pela transgressão de infração penal" (Reexame de Sentença nº 2008.037531-0/0000-00 -Ponta Porã. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento 17.9.2009).
>
> "REEXAME DE SENTENÇA E APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO GUARDA MUNICIPAL EXCLUSÃO DO CERTAME ANTECEDENTES CRIMINAIS-ATO ILEGAL -AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM
>
> JULGADO EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE -OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA -RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. **Mostra-se ilegal o ato consistente em exclusão do candidato do certame, na fase de investigação social, muito embora tivesse o réu respondido a dois processos crimes, nos quais ocorreu, todavia, transação penal e extinção da punibilidade nos feitos em referência, em que sequer houve a prolação de sentença condenatória.** Em casos tais prevalece o princípio constitucional da presunção de inocência contido no artigo 5?, LVII, da Constituição Federal, que age em benefício do candidato e não em desfavor dele, se outros elementos não existem que possam revelar sua inaptidão ou falta de conduta compatível dos deveres para com o cargo a ser exercido. Recurso de apelação improvido. Sentença mantida em sede de reexame necessário" (Apelação Cível nº 2012.0045805/0000-00 -Corumbá. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Dorival Renato Pavan. Julgamento 24.4.2012) (grifo nosso).

Releva anotar, por oportuno, que a exigência editalícia baseada em lei estadual que infringe a Constituição da República não deve prevalecer. Apesar do interesse público a ser tutelado, não se deve olvidar que o Estado possui meios para resolver a questão, caso o apelante venha a ser condenado no processo criminal. O que não se pode tolerar é a inversão do princípio constitucional da presunção da inocência, presumindo, a *priori*, a culpa do candidato, conforme mencionado no parecer ministerial, *in verbis*:

> "[...] existem critérios que, apesar de previstos no edital, não podem prevalecer, sob pena de desrespeito a princípios constitucionalmente garantidos e que devem ser, em todos os âmbitos, observados.
>
> Não obstante o apelante ter contra si um processo criminal em andamento, isto não o desabona ao exercício de cargo público, mesmo porque não houve ainda o trânsito em julgado do feito.
>
> Todavia, conforme se verifica do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória'; de tal modo, inadmissível que a comissão do concurso suspenda a convocação do apelante, por 'constatar' que o recorrente não cumpre os requisitos previstos no Edital.

> [...] Portanto, necessário ressaltar que a recusa à nomeação do apelante para o cargo de Guarda Municipal de Campo Grande, pelo simples fato de existir 'feitos criminais' em seu nome, configura violação ao principio constitucional da presunção de inocência, previsto na Constituição federal, em seu art. 5º, LVII, vez que não houve sentença condenatória transitada em julgado" (fs. 188-190).

Por todo o exposto, considerando principalmente os princípios da presunção de inocência e razoabilidade, a segurança deve ser concedida, face à ilegalidade do ato administrativo que impediu a posse do apelante no cargo de guarda municipal exclusivamente por ser acusado da prática de infração penal.

Posto isso, com o parecer ministerial, **dou provimento ao recurso**, para, reformando a sentença, **conceder a segurança** e, consequentemente, determinar a posse do apelante no cargo de Guarda Municipal, caso satisfeitos os demais requisitos previstos no edital do concurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir

Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 19 de dezembro de 2012.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0604443-18.2012.8.12.0000/50000 – Cassilândia
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PENHORA NO LIMITE DE 30% – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A fixação da limitação da penhora sobre honorários advocatícios ao percentual de 30% resulta da concretização em se alcançar a justiça, uma vez que ao mesmo tempo que não nega o direito do credor de reaver seu crédito, não inviabiliza ao devedor o poder de arcar com sua própria subsistência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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 dezembro de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Graziela Enderle Banak agrava regimentalmente contra decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto nos autos da Ação de Execução movida por **Everestes Batista Barbosa**.

Insurge-se contra a penhora efetivada, ressaltando, para tanto, tratar-se de verba de natureza alimentar decorrente de honorários de profissional liberal que não pode ser contristada por entender ser impenhorável.

Salienta que o referido crédito é imprescindível para sua sobrevivência e de sua família, destacando estar com pais idosos e doentes que necessitam de sua atenção. Ressalta que a dívida discutida provém de agiotagem, prática rechaçada pela justiça brasileira, não merecendo ser prejudicada com o bloqueio de verba que receberá a título de honorários advocatícios.

Ao final, pugna pela reconsideração da decisão ou sua reforma pelo órgão colegiado competente.

VOTO

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

Insurge-se a agravante contra a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento, com fundamento no artigo 557, do Código de Processo Civil.

Pela ausência de elementos que possam ensejar a modificação da decisão vergastada, submeto-a à apreciação do órgão colegiado competente, mantendo-a nos termos proferidos:

> "[...] O cerne da irresignação recursal consubstancia-se na possibilidade de penhora no valor de 30% de crédito da agravante relativo a honorários advocatícios, de caráter alimentar.
>
> A decisão de primeiro grau merece manutenção.
>
> Após detida análise da matéria, verifica-se que a penhora de apenas uma porcentagem da verba de natureza alimentar não fere o espírito do artigo 649 do Código de Processo Civil.
>
> Todavia, é medida justa a penhora limitada ao percentual equivalente a 30% (trinta por cento) do crédito percebido pela agravante.
>
> Sobre o assunto:
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO -DESCONTO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO EM CONTA CORRENTE - **PERCENTUAL FIXADO 30%** *R*ECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **A fixação da limitação do desconto de empréstimo bancário em conta corrente ao percentual de 30%, resulta da concretização em se alcançar a justiça, uma vez que ao mesmo tempo que não nega o direito de ser realizado o desconto, não inviabiliza ao devedor o poder de arcar com sua própria subsistência.**" (TJMG, 13ª Câmara Cível, Ag Inst 0472937-9, rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, julgado em 16.12.2004)
>
> "CAUTELAR. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. PARCELAS. DESCONTO. CONTA CORRENTE. RAZOABILIDADE. Não obstante a legalidade da cláusula que prevê a cobrança do pagamento por meio de desconto na conta corrente da agravada, mister se faz a limitação do débito ao percentual de 30% da remuneração ali depositada, sob pena de se inviabilizar a sua sobrevivência, o que atentaria contra o princípio da dignidade da pessoa humana." (TJMG, 14ª Câmara Cível, Ag Inst 0493471-6, rel. Des. Renato Martins Jacob, julgado em 19.05.2005)
>
> Me parece que a solução justa e que atende à eqüidade contratual e os princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro está em limitar o comprometimento da verba alimentar a patamar razoável, tal como estabeleceu o magistrado.
>
> Esse é o entendimento que vem se assentando em nossos tribunais pátrios, que, consectariamente, consignam que a penhora, para assegurar a subsistência do devedor e sua família e a observância do primado da **dignidade da pessoa humana**, deve alcançar, no máximo, 30% dos seus rendimentos.
>
> A propósito, vejamos alguns julgados:
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO.PENHORA ONLINE SOBRE CONTA SALÁRIO. POSSIBILIDADE ATÉ 30%. MITIGAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 649, IV, DO CPC. RAZOABILIDADE.BUSCA PELA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO. CASO CONCRETO QUE INDICA O PERCENTUAL DE 15% COMO ADEQUADO AO CONSIDERAROS GASTOS PARA A SUBSISTÊNCIA DO DEVEDOR. **1. A penhora de valores constantes em conta salário é perfeitamente aceitável desde que respeitado o limite de 30%, cujo percentual visa proteger a subsistência do executado. 2. Tal mitigação ao disposto no art. 649, inc. IV, do código de processo civil ocorre em face da busca pela efetividade do processo executório,**

cujo enfoque deve ser dado sobre os princípios da responsabilidade patrimonial do executado e o do resultado, estes, ponderados dentro de um juízo de razoabilidade conforme cada caso concreto. [...]" (**TJ/PR**. Ag Instr 0591594-8 -Foz do Iguaçu. Décima Primeira Câmara Cível. Relatora Des.ª Vilma Régia Ramos de Rezende. Publicação DJPR 6.4.2010; Pág. 179) (grifo nosso).

"PENHORA ON-LINE. IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO. ART 649. INCIDÊNCIA RELATIVIZADA. SALDO EM CONTA CORRENTE. Decisão mantida, porém, limitando-se o desconto a 30% dos valores recebidos a título de salário. Recurso parcialmente provido" (**TJ/SP**. AI 990.10.2195015. Ac. 4834547 -São Paulo. Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado. Relatora Des.ª Maria Lúcia Pizzotti. Julgamento 25.10.2010. Publicação DJESP 17.12.2010).

"RECURSO INOMINADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Penhora on line na conta bancária/salário, limitada ao percentual equivalente a 30% (trinta por cento) dos proventos líquidos percebidos pela embargante, de forma mensal, até a integral quitação do débito exeqüendo. Legalidade. Permissivo jurisprudencial. [...]" (**TJ/BA**. Rec. 0047608-06.2005.805.0001-1. Quinta Turma Recursal. Relator Juiz Edson Pereira Filho. Publicação DJBA 22.11.2010).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. **PENHORA. BLOQUEIO ON LINE PELO SISTEMA BACENJUD. CONTA SALÁRIO. POSSIBILIDADE DESDE QUE EM PERCENTUAL RAZOÁVEL, LIMITADO A 30% DO SALDO EXISTENTE NA CONTA E QUE NÃO COMPROMETA A DIGNIDADE DO SUSTENTO DO DEVEDOR. A jurisprudência desta e. Corte vem entendendo que, com o advento da recente reforma processual introduzida no procedimento da execução pelo caput do art. 655 -A, com o escopo de imprimir celeridade e efetividade ao processo de execução, tornou-se legal o bloqueio on line de valores depositados na conta corrente do executado, ainda que se trate de conta salário, desde que em percentual razoável. limitado a 30% do saldo existente na conta. a fim de não comprometer a dignidade de seu sustento.** (reformulação de entendimento para se ajustar ao entendimento da jurisprudência majoritária deste Tribunal)" (TJ/DFT. Rec. 2010.00.2.012807-3. Ac. 455.254. Primeira Turma Cível. Relator Des. Natanael Caetano. Publicação DJDFTE 20.10.2010; Pág. 88) (grifo nosso).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA AÇÃO DE EXECUÇÃO PENHORA 'ON-LINE' DA PRODUÇÃO MENSAL POSSIBILIDADE LIMITAÇÃO A 30% (TRINTA POR CENTO) SOBRE OS VALORES RECEBIDOS ATÉ A QUITAÇÃO DA DÍVIDA RECURSO CONHECIDO E PROVIDO" (**TJ/MS**. Agravo nº 2011.023102-5/0000-00 Campo Grande. Quinta Turma Cível. Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgamento 8.9.2011).

Portanto, considerando que o agravado já empreendeu diversas diligências para localizar bens da agravante passíveis de penhora e que a penhora sobre parte dos seus honorários advocatícios mostra-se como opção de compeli-la ao adimplemento de sua dívida, deve ser mantida a decisão.

O recurso, assim, revela-se passível de julgamento monocrático, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e, em especial, ao atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, constante expressamente no inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 [...]".

Diante de tais considerações, tenho que a manutenção do *decisum* é medida imperativa, tanto pela juridicidade nele constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pela agravante, de elementos capazes de ilidir o exposto anteriormente.

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. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 19 de dezembro de 2012.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0024983-07.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE CORRETAGEM – COMISSÃO – RECEBIMENTO CONDICIONADO À OCORRÊNCIA DE CONDIÇÃO, NÃO OCORRIDA – RETORNO AO *STATUS QUO ANTE* – EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL – COMISSÃO INDEVIDA – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

Existindo expressa disposição contratual de que a comissão relativa ao corretor somente seria devida com o implemento da condição suspensiva do contrato, qual seja, a expedição de alvará definitivo nos autos de inventário, fato não verificado porque terceiro, herdeiro, exerceu o direito de preferência e adjudicou para sí o imóvel, o pagamento resta indevido, especialmente porque o negócio não se consumou por ato alheio à vontade das partes.

Outrossim, se o contrato assinado entre as partes, que em princípio justificaria o pagamento da comissão, trouxe previsão de que estaria desfeito em razão da possibilidade de uma das herdeiras exercer seu direito de preferência, fato verificado, não se pode dizer que o corretor obteve resultado útil e proveitoso, no sentido de levar as partes por ele aproximadas à realização do negócio de compra e venda, não fazendo jus, assim, à comissão, até mesmo porque o herdeiro que adquiriu, tanto por tanto, assim o poderia fazer a qualquer tempo, independentemente da prévia existência de um comprador para o imóvel, indicado pelo corretor.

Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª 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, 26 de fevereiro de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 170-183 por **MARIA ETTIENETE PALHANO MAIOLINO** e **ESPÓLIO DE NERONE MAIOLINO**, insurgindo-se contra a sentença de fls. 158-163, proferida pelo douto juízo da 12ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedente o pedido formulado por **CARLOS HAGUIUDA** nos autos da Ação de Cobrança n. 0024983-07.2010.8.12.0001, condenando os apelantes ao pagamento dos honorários de corretagem, no valor de R$ 175.000,00.

O autor/apelado interpôs essa ação alegando, em síntese, ter atuado como corretor de imóveis na aproximação do negócio envolvendo a venda de uma área composta por sete frações imobiliárias que formavam, no todo, o imóvel conhecido como "Chácara Maiolino".

Contou que promoveu a aproximação dos autores com a empresa EMPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., o que levou às tratativas e celebração de um compromisso de compra e venda, que redundaria em uma comissão de R$ 175.000,00.

Seguiu narrando que as partes, sabendo da existência de herdeiros interessados, resguardaram eventual exercício de preferência ressalvado em lei, e esse direito de preferência acabou sendo exercido por Gisele Maria Palhano Maiolino, o que levou os réus/apelantes a recusar o pagamento dos honorários sob o fundamento de que o negócio foi estranho à atividade do autor como corretor.

O autor, então, ingressou com essa ação requerendo a condenação dos réus ao pagamento dos honorários no valor de R$ 175.000,00, que corresponde ao mesmo índice contratado para o sucesso do compromisso que se formalizou com a empresa interessada.

Após a contestação e impugnação foi realizada a audiência de fls. 158-163, na qual não houve acordo, foi ouvida uma testemunha comum e proferida a sentença, por meio da qual o douto juiz *a quo* julgou procedente o pedido inicial.

Irresignados, os réus apelam do *decisum* alegando, em síntese, que a sentença ignorou o art. 125 do Código Civil; que o referido contrato de compromisso de compra e venda, com cláusula suspensiva e resolutiva expressa, continha determinações claras e expressas quanto à forma e o pagamento da comissão de corretagem, sendo expresso na cláusula nona que o pagamento da comissão seria suportada pelos vendedores por ocasião do recebimento do preço, havendo o implemento da condição suspensiva.

Ressaltam que a alienação do imóvel estava condicionada à expedição de alvará nos autos de inventário, o que não ocorreu; que o direito de preferência de Giselle Maria Palhano Maiolino estava consignado no contrato e todas as partes tinham dele ciência; que os três requisitos necessários para a incidência da comissão de corretagem não restaram comprovados, quais sejam, a autorização do vendedor para que haja a intervenção dos serviços de mediação na realização do ato negocial, a aproximação das partes pela ação do mediador e a realização do negócio.

Ressaltam que não houve desistência do negócio, mas a adjudicação do imóvel por terceiro, o que foi alheio à vontade das partes.

Prequestionaram os arts. 125, 722 e 725 do Código Civil.

Requerem o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença e julgar totalmente improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões às fls. 192-197.

VOTO

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

Conforme relatado trata-se de apelação cível interposta às fls. 170-183 por Maria Ettienete Palhano Maiolino e Espólio de Nerone Maiolino, insurgindo-se contra a sentença de fls. 158-163, proferida pelo douto juízo da 12ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedente o pedido formulado por

Carlos Haguiuda nos autos da Ação de Cobrança n. 0024983-07.2010.8.12.0001, condenando os apelantes ao pagamento dos honorários de corretagem, no valor de R$ 175.000,00.

Extrai-se dos autos que o autor/apelado intermediou uma negociação de compra e venda entre os réus e a **empresa Empar Empreendimentos e Participações Ltda**., no valor de R$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), que redundaria em uma comissão no valor de R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais).

Houve a assinatura do "*Instrumento particular de promessa de compra e venda irrevogável e irretratável de imóvel urbano, com cláusulas suspensiva e resolutiva expressas*" (fls. 607-612), cujas cláusulas nona e décima tem a seguinte redação:

> "CLÁUSULA NONA: Reconhecem as partes que serviu de intermediador deste negócio a pessoa de CARLOS HAGUIUDA, [qualificação], a quem caberá receber dos PROMITENTES VENDEDORES a comissão de corretagem de 5% (cinco por cento), portanto no valor de R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais), por ocasião do recebimento do preço, **havendo o implemento da condição suspensiva.**
>
> CLÁUSULA DÉCIMA: Anui ao presente, a herdeira ROSANA MARIA MAIOLINO VOLPE, [qualificação], declarando de acordo com o presente negócio.
>
> Parágrafo Único: A PROMISSÁRIA COMPRADORA declara ter sido informada pelos PROMITENTES VENDEDORES **que o espólio tem ainda, outro herdeiro, a pessoa de Giselle Maria Palhano Maiolino Furtado**, a quem se requererá suprimento ou concordância com o presente no juízo do inventário, **respeitando o seu direito legal de preferência em igualdade de condições**".

Todavia, subsequentemente, **a herdeira Giselle Maria Palhano Maiolino Furtado exerceu o seu direito de preferência** na aquisição do imóvel, tanto por tanto, conforme lhe assegura a lei civil em vigor, restando frustrado, pois, o instrumento de promessa de compra e venda.

O autor, no entanto, entende ter direito ao pagamento dos honorários de corretagem, ainda que não cumprido de fato o contrato celebrado.

O douto juiz *a quo* julgou procedente o pedido sob o seguinte fundamento (fl. 160-161):

> "No que interessa especificamente ao caso concreto trazido ao juízo, tenho que o autor deve ser pago pelos demandados. O negócio entre os requeridos como vendedores e da Empar como compradora não se frustrou como se prevê no art. 723 do CC. O que ocorreu foi o não exaurimento do compromisso de compra e venda através da lavratura do documento definitivo que é a escritura de Compra e Venda. Mesmo que o Código tenha usado o termo 'arrependimento', a hipótese contida na parte final do art. 725 do CC, deve ser entendida como toda e qualquer situação em que o negócio não se implementa definitivamente, mas por motivo outro que não seja a falha do corretor (art. 725 do CC). Em resumo, sempre será devida a remuneração do corretor quando obtido o resultado do contrato de intermediação"

Com a devida vênia ao douto sentenciante, entendo que outra deve ser a solução dada ao caso.

O art. 722 do Código Civil explicita o conceito de corretagem:

> Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

O autor, Carlos Haguiuda, comprometeu-se a obter para os réus um negócio, consistente na venda do imóvel denominado "Chácara Maiolino", aproximando-os, então, da Empar Empreendimentos e Participações Ltda., com quem formalizaram o contrato de fls. 607-612.

Ocorre, entretanto, que o contrato de corretagem encerra uma obrigação de resultado. O corretor deve aproximar as partes interessadas em celebrar a transação imobiliária e essa deve ser concretizada.

No caso presente, em princípio, com a comissão seria devida em razão de as partes aproximadas pelo corretor terem assinado o contrato de compra e venda.

Todavia, havia nele **DUAS CONDIÇÕES. Uma** delas é a de que uma das herdeiras do titular do domínio, já falecido, cujos bens estavam sendo inventariados, inclusive o que foi objeto da negociação, deveria aderir ao contrato e manifestar sua aquiescência, a exemplo do que já havia sido feito naquele ato por outra das herdeiras.

Mas essa aquiescência não ocorreu e a herdeira optou por exercer o seu direito de preferência, adquirindo para sí o imóvel, o que equivale a dizer que o corretor não levou as partes contratantes a um resultado útil.

A outra condição era relativa ao recebimento do preço a ser pago mediante alvará a ser expedido pelo juízo de inventário, e isto ocorreria se todos os herdeiros também manifestassem o seu acordo com a venda, fato não verificado.

Nesse contexto, é de se aferir que não houve resultado útil no trabalho do corretor, a despeito de ter aproximado um adquirente, perante o qual, entrementes, a negociação não foi ultimada.

O direito à comissão do corretor nasce do resultado útil advindo da prestação do serviço, que vai decorrer do lucro ou da vantagem que a compra e venda do imóvel proporcionou a quem contratou os seus serviços, com a venda sendo realizada para a pessoa que foi apresentada pelo corretor, fato na espécie inexistente.

O fato de ter ocorrido a aproximação das partes e o fato de que estas celebraram o instrumento particular de promessa de compra e venda de fls. 607-612, no caso concreto, **pelas peculiaridades da negociação e das *condições* existentes, decorrentes de uma imposição legal,** já que havendo um condomínio entre todos os herdeiros, a venda não pode ser realizada para terceiros, estranhos ao condomínio, se um dos condôminos quiser a coisa, adquirindo-a tanto por tanto.

E essa condição era sabida das partes e foi determinante na realização da negociação, dela tendo os contratantes ciência, inclusive o corretor, como se constata das já referidas cláusulas 9a e 10a do contrato, além da cláusula 2a adiante transcrita.

O **Superior Tribunal de Justiça** já decidiu que o corretor tem direito à comissão quando ultimada a negociação entre as partes, ainda que o contrato seja futuramente desfeito por culpa de um dos contratantes, como, por exemplo, se infere dos seguintes julgados: (REsp 1228180/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 28/03/2011); (AgRg no REsp 1194546/AM, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012).

Obviamente, se o corretor prestou o seu serviço e o contrato foi celebrado entre as partes, deve ele ser remunerado pelo serviço prestado, ainda que posteriormente ocorra arrependimento ou desfazimento do negócio por culpa de alguma delas.

É inclusive esse o teor do art. 725 do CC, que dispõe que "*A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes*".

Ocorre, como afirmei, **que o caso dos autos é peculiar**, já que existe expressa condição suspensiva e, de igual forma, resolutiva, no contrato, constante na cláusula segunda e reforçada na cláusula nona, que trata justamente da remuneração do corretor.

Dispõe a cláusula segunda que:

> "**CLÁUSULASEGUNDA**: Nesta e na melhor forma de direito, os PROMITENTES VENDEDORES prometem vender o imóvel descrito na cláusula anterior, a PROMISSÁRIA COMPRADORA, pelo preço certo e ajustado de R$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), a ser pago conforme estabelecido nos parágrafos abaixo, **tudo condicionado a expedição de alvará, em definitivo, nos autos n. 001.06.102379-6 de inventário dos bens deixados por Nerone Maiolino em trâmite pela Vara de Sucessões de Campo Grande-MS (havendo recurso da parte dos interessados contra a expedição do alvará, mesmo sem efeito suspensivo, dever-se-á aguardar seu trânsito em julgado)**".

A cláusula nona, que trata da remuneração do corretor, dispõe:

> "CLÁUSULA NONA: Reconhecem as partes que serviu de intermediador deste negócio a pessoa de CARLOS HAGUIUDA, [qualificação], a quem caberá receber dos PROMITENTES VENDEDORES a comissão de corretagem de 5% (cinco por cento), portanto no valor de R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais), **por ocasião do recebimento do preço, havendo o implemento da condição suspensiva".**

Observa-se que a comissão somente seria devida se ocorresse o implemento da condição suspensiva, o que não ocorreu no caso presente, já que Giselle Maria Palhano Maiolino Furtado decidiu exercer seu direito de preferência, conforme previsão constante na **cláusula décima** do contrato:

> CLÁUSULA DÉCIMA: Anui ao presente, a herdeira ROSANA MARIA MAIOLINO VOLPE, [qualificação], declarando de acordo com o presente negócio.
>
> Parágrafo Único: A PROMISSÁRIA COMPRADORA declara ter sido informada pelos PROMITENTES VENDEDORES que **o espólio tem ainda, outro herdeiro, a pessoa de Giselle Maria Palhano Maiolino Furtado, a quem se requererá suprimento ou concordância com o presente no juízo do inventário, respeitando o seu direito legal de preferência em igualdade de condições**".

As cláusulas segunda e nona trataram de uma condição suspensiva, a saber, somente ocorreria o pagamento da comissão se houvesse a expedição de alvará no inventário dos bens deixados por Nerone Maiolino.

Como se viu, no caso dos autos deu-se exatamente a inocorrência da condição suspensiva, ou seja, não houve expedição de alvará definitivo nos autos 001.06.102379-6, de inventário dos bens deixados por Nerone Maiolino, uma vez que a herdeira Giselle Maria Palhano Furtado resolveu exercer seu direito de preferência. Não se efetivando a condição, a promessa de compra e venda não se concluiu, definhou-se.

De Plácido e Silva, em Vocabulário Jurídico (Ed. Forense, 22ª edição), acerca da condição suspensiva, discorre:

> "A condição se diz suspensiva, de suspender (para atividade ou efeito, paralisar, conservar sem ação ou andamento) quando o efeito do ato jurídico se susta até que advenha o evento e se cumpre a condição.

> Quer então significar que o contrato não se forma, nem a obrigação, de que resulta se exige, enquanto a condição não se cumpre.
>
> A eficácia do ato jurídico depende fundamentalmente dela. E não há contrato exeqüível sem que ela se verifique.
>
> A rigor, somente a condição suspensiva se mostra uma condição perfeita, pois que, em verdade, se mostra o evento futuro e incerto, de que depende a eficácia do ato ou a exigibilidade da obrigação, os quais, sem que ela venha, não se formam com perfeição".

Nessa hipótese, o negócio prometido por meio do contrato de fls. 607-612 se desfez pura e simplesmente, uma vez que não ocorreu o evento, ou seja, a expedição de alvará, em definitivo pelo douto juízo condutor dos autos n. 001.06.102379-6, condição suspensiva que, não se operando, gera o retorno de todos às suas respectivas situações anteriores, inclusive o próprio corretor, autor da presente ação, que de tudo tinha ciência, chegando inclusive a assinar o contrato juntamente com as partes.

O **Superior Tribunal de Justiça** já decidiu inclusive que no caso de desistência do comprador, configurada após a análise da documentação, não se deve a comissão do corretor porque se trataria de hipótese diversa do arrependimento. O caso dos autos é indubitavelmente menos grave que aquele analisado pelo STJ, de sorte que se a comissão não foi devida naquele caso, tampouco será no presente, em que a compra e venda não se concretizou em virtude da não ocorrência da condição suspensiva, alheia à vontade das partes.

Transcreve-se abaixo o aresto citado:

> CIVIL. CORRETAGEM. COMISSÃO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. NEGÓCIO NÃO CONCLUÍDO. RESULTADO ÚTIL. INEXISTÊNCIA. DESISTÊNCIA DO COMPRADOR. COMISSÃO INDEVIDA. HIPÓTESE DIVERSA DO ARREPENDIMENTO.
>
> 1. No regime anterior ao do CC/02, a jurisprudência do STJ se consolidou em reputar de resultado a obrigação assumida pelos corretores, de modo que a não concretização do negócio jurídico iniciado com sua participação não lhe dá direito a remuneração.
>
> 2. Após o CC/02, a disposição contida em seu art. 725, segunda parte, dá novos contornos à discussão, visto que, nas hipóteses de arrependimento das partes, a comissão por corretagem permanece devida. Há, inclusive, precedente do STJ determinando o pagamento de comissão em hipótese de arrependimento.
>
> 3. Pelo novo regime, deve-se refletir sobre o que pode ser considerado resultado útil, a partir do trabalho de mediação do corretor. A mera aproximação das partes, para que se inicie o processo de negociação no sentido da compra de determinado bem, não justifica o pagamento de comissão. A desistência, portanto, antes de concretizado o negócio, permanece possível.
>
> 4. Num contrato de compra e venda de imóveis é natural que, após o pagamento de pequeno sinal, as partes requisitem certidões umas das outras a fim de verificar a conveniência de efetivamente levarem a efeito o negócio jurídico, tendo em vista os riscos de inadimplemento, de inadequação do imóvel ou mesmo de evicção. Essas providências se encontram no campo das tratativas, e a não realização do negócio por força do conteúdo de uma dessas certidões implica mera desistência, não arrependimento, sendo, assim, inexigível a comissão por corretagem.
>
> 5. Recurso especial não provido.
>
> (REsp 1183324/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 10/11/2011)

A cláusula décima, de outro tanto, encerrou uma condição *resolutiva* da avença, a saber, o negócio seria havido como desfeito entre as partes contratantes, se a herdeira faltante deliberasse adquirir o imóvel, na condição de herdeira e com preferência na aquisição, tanto por tanto.

Como se viu, referida herdeira exerceu esse direito e adquiriu para si a totalidade do imóvel, pagando aos alienantes tanto por tanto, descontada a sua própria parte do quinhão hereditário, com o que a venda *se desfez*.

Desfazendo-se, e não tendo o corretor levado as partes a uma resultado útil, consistente na venda por um e na aquisição por outro, não há que se falar, com o máximo respeito, em existência do direito à comissão de corretagem.

Esta nasceria apenas se as próprias partes contratantes houvessem concluído o negócio, com o pagamento do preço através de levantamento do dinheiro existente no inventário, mediante alvará.

Tenha-se em contato, outrossim, e reputo importante fazer essa afirmação, que se o contrato assinado entre as partes em princípio justificaria o pagamento da comissão, é induvidoso que há nele previsão que estaria desfeito em razão da possibilidade de uma das herdeiras exercer seu direito de preferência, fato verificado. Não se pode dizer, portanto, que o corretor obteve resultado útil e proveitoso, no sentido de levar as partes por ele aproximadas à realização do negócio de compra e venda, porque o herdeiro exerceu seu direito de preferência, o que lhe retira o direito à comissão, até mesmo porque o herdeiro que adquiriu, tanto por tanto, assim o poderia fazer a qualquer tempo, independentemente da prévia existência de um comprador para o imóvel, indicado pelo corretor. Bastaria, para tanto, que qualquer herdeiro se dispusesse a adquirir ou que o inventariante deliberasse alienar.

Nesse contexto, o direito do corretor somente nasceria se todos os herdeiros não exercessem o direito de preferência, fato aqui inocorrente, como se viu. As partes por ele aproximadas, em resumo, não findaram o negócio e se assim ocorreu, não há direito seu à comissão.

Reafirmo o entendimento de que o corretor trabalha, na realidade, com a expectativa de que o negócio se concretize, se torne definitivo entre as partes por ele aproximadas. Se tal não ocorreu, como no caso, não há como se lhe atribuir direito à respectiva comissão, fazendo parte do *risco* de seu negócio ocorrerem circunstâncias especiais que não lhe conferem tal direito.

Não se teve aqui, outrossim, arrependimento *injustificado* de uma das partes, muito menos desistência do comitente (apelantes).

O que ocorreu foi uma circunstância especial, que envolvia o negócio, do pleno conhecimento das partes e do próprio corretor.

Resultado útil haveria se a compra e venda tivesse se encerrado entre as partes por ele apresentadas, e não, como no caso, em função do exercício do direito de preferência de um dos herdeiros.

Com o provimento do recurso, deve-se inverter os ônus da sucumbência, inclusive quanto aos honorários advocatícios. Devendo as partes receber tratamento idêntico, venho reiteradamente afirmando que nada justifica que o autor receba um percentual sobre o valor da causa, ou da condenação, se procedente o pedido, e o réu deixe de receber idêntico percentual sobre o benefício econômico obtido em favor de seu constituinte, no caso de improcedência do pedido, tese por mim já defendida em inúmeros recursos julgados por esta E. 4a. Câmara Cível, com farto precedente jurisprudencial do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

POR EXEMPLO, no julgamento da Apelação Cível - Ordinário Nº 2011.014653-7 - Campo Grande, em 17.04.2012, decidiu-se:

> "EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VERBA QUE DEVE REMUNERAR DE FORMA DIGNA O ADVOGADO DA CAUSA, CUJO CONSTITUINTE SE SAGROU VENCEDOR EM RAZÃO DE SEU TRABALHO – POSSIBILIDADE DE REVISÃO QUANDO OS HONORÁRIOS FOREM ÍNFIMOS, AVILTANTES, OU QUANDO FOREM EXCESSIVOS – HIPÓTESE EM QUE O JUIZ, DE FORMA PRUDENTE E MODERADA, BEM VALOROU A VERBA HONORÁRIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> A apreciação equitativa do juiz, para a fixação dos honorários advocatícios em causas em que não há condenação ou que o valor da causa seja irrisório, deve tomar em consideração as diretrizes das alíneas "a" a "c" do § 3º do artigo 20 do CPC, segundo as peculiaridades do caso concreto.
>
> Não se revelando irrisórios, tampouco excessivos, o valor dos honorários fixados em primeiro grau, em ação cujos pedidos foram julgados improcedentes, não deve ser promovida alteração no valor fixado, na medida em que o advogado deve ser remunerado com dignidade em razão do trabalho desenvolvido, que levou à improcedência da demanda movida em face de seu constituinte.
>
> Recurso conhecido e improvido.

Em casos tais como o presente, tenho reiteradamente proclamado que nada há no § 4º do art. 20 do CPC que impeça o magistrado de fixar o valor da verba honorária em valores que se situem entre o percentual mínimo e máximo previsto no § 3º do mesmo dispositivo e este já é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Thetônio Negrão ensina-nos que:

> *"***Onde está escrito valor da condenação**, neste § 3º, deve-se ler **conteúdo econômico da causa (art. 285).** Atrelando a base de cálculo dos honorários aos valores em jogo, ter-se-á parâmetro seguro e isonômico para sua fixação, sem variações de acordo com a natureza da demanda e conforme esta seja julgada procedente ou improcedente. **Aliás, não faz sentido reservar ao advogado do autor cifra representativa de parte do benefício econômico obtido em favor do seu cliente e destinar ao patrono do réu valor calculado em outras bases, que tragam como resultado final quantia menor do que aquela que seria representada por seu adversário por ocasião do seu sucesso***"*.(Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 40a. ed., 2008, Editora Saraiva, p. 158).

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

Nesse contexto, **dou provimento** ao recurso de apelação para reformar a sentença impugnada e julgar improcedente o pedido inicial, decretando a resolução do mérito com fundamento no artigo 269, I, segunda figura, do CPC, invertendo 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. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 1600076-48.2012.8.12.0000 - Itaporã
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AÇÃO MONITÓRIA – LITISCONSÓRCIO PASSIVO – RÉUS CITADOS – EMBARGOS MONITÓRIOS INTERPOSTOS POR APENAS UM DOS LITISCONSORTES – POSSIBILIDADE – ART. 49 DO CPC – EMBARGOS NÃO CONHECIDOS – PROCESSUALISMO EXACERBADO QUE VAI DE ENCONTRO AO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E EFETIVIDADE DO PROCESSO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – SENTENÇA ANULADA.

Os embargos monitórios podem ser interpostos por apenas um dos litisconsortes passivos, *ex vi* do art. 49 do CPC.

No caso de litisconsórcio passivo necessário e unitário, os embargos por um apresentados beneficiarão o outro.

O não conhecimento dos embargos porque não apresentados por ambos os litisconsortes configura processualismo exacerbado e cerceia o direito de defesa daquele que quer se defender. Ofensa ao devido processo legal e ao contraditório, dele imanente.

Recurso conhecido e provido para anular a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª 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, 5 de fevereiro de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 54-57 por **JOSÉ AUGUSTO PRADELLA**, insurgindo-se contra a sentença de fls. 48/49, proferida pelo douto juízo da Vara Única de Itaporã, que não conheceu os embargos por ele oferecidos na Ação Monitória n. 0000693-77.2011.8.12.0037, ajuizada por **SANTANA COMÉRCIO DE INSUMOS AGROPECUÁRIO LTDA.**, e converteu o mandado inicial em mandado executivo.

Extrai-se dos autos que a apelada propôs a ação monitória em face de José Augusto Pradela e Eulina Anaro da Silva Pradela, alegando possuir um título executivo prescrito.

Expedido o mandado para pagamento do débito, o réu José Augusto Pradela ofereceu embargos apenas em seu nome, deixando de constar a requerida Eulina Anaro da Silva Pradela.

O douto juiz *a quo*, então, determinou a emenda dos embargos, que não foi cumprida, o que ensejou a notificação pessoal do embargante que, da mesma forma, manteve-se inerte.

Subseqüentemente, foi proferida a sentença de fls. 48-49, por meio da qual o douto juiz *a quo* dispôs que "*a inércia na emenda impõe a aplicação do art. 1102-C, do Código de Processo Civil, o qual prevê a conversão do mandado inicial em mandado executivo, com prosseguimento do feito de acordo com o rito adotado para o cumprimento de sentença*".

Irresignado, o embargante apela do *decisum* alegando, em síntese, que não se trata de litisconsórcio necessário; que a sentença é nula por falta de fundamentação; que houve cerceamento de defesa e *error in judicando*; que a decisão nos embargos será idêntica para os dois réus, tornando desnecessária a presença de ambos; que o recurso por ele interposto aproveita a sua litisconsorte, em conformidade com o art. 509 do CPC; que o autor deveria citar todos os litisconsortes, mas essa regra não deve ser a ele aplicada já que, segundo o art. 49 do CPC, cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo.

Contrarrazões às fls. 61-71 alegando, em preliminar, preclusão pelo não oferecimento do recurso em momento oportuno. No mérito, pugna pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às fls. 54-57 por José Augusto Pradella, insurgindo-se contra a sentença de fls. 48/49, proferida pelo douto juízo da Vara Única de Itaporã, que não conheceu os embargos por ele oferecidos na Ação Monitória n. 0000693-77.2011.8.12.0037, ajuizada por Santana Comércio de Insumos Agropecuários Ltda., e converteu o mandado inicial em mandado executivo.

I.

O apelado suscitou preliminar de preclusão pelo não oferecimento do recurso no momento oportuno. Para tanto, sustenta que o réu foi intimado duas vezes para regularizar o defeito apontado pelo douto juiz *a quo*, sem se manifestar ou recorrer da decisão no momento oportuno.

Não lhe assiste razão.

Em que pese ter sido intimado para regularização dos embargos houve, posteriormente, o não conhecimento dele em decorrência de defeito inexistente, como se verá no próximo tópico.

Advindo, pois, a sentença de fls. 48/49, tem o apelante pleno direito de contra ela se insurgir, não havendo que se falar, pois, em preclusão.

II.

No mérito o recurso merece provimento.

Como relatado, o apelado propôs essa ação monitória em face de José Augusto Pradela e Eulina Anaro da Silva Pradela, sendo que **os embargos monitórios foram opostos tão somente por José Augusto**

Pradela, muito embora ambos tenham sido citados, como se vê às fls. 24/25, e muito embora a segunda embargada tenha assinado a procuração de fl. 35 e a declaração de fl. 36.

Esse fato ensejou a decisão de fl. 38:

> "O embargante emende os embargos à ação monitória, em dez dias, fazendo constar Eulina Anaro da Silva Pradella entre os embargantes".

Diante da inércia dos embargados, foi proferida a decisão de fl. 41:

> "Intime-se pessoalmente o requerido José de Augusto Pradella para cumprir o despacho de f. 38, em dez dias, sob pena de desentranhamento dos embargos à ação monitória e prosseguimento do feito na forma do art. 1.102-C do Código de Processo Civil"

Diante na nova inércia do embargante, o douto juiz *a quo* proferiu a sentença aqui impugnada.

Não obstante o respeitável entendimento do douto juízo *a quo*, penso que a mencionada decisão deve ser reformada.

O direito processual civil brasileiro rege-se pelos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, efetividade, celeridade e igualdade substancial entre as partes.

No caso trazido a julgamento entendo que tais princípios devem ser privilegiados na busca pela verdade, de forma a proporcionar a máxima coincidência possível[1] entre o real direito das partes e o provimento jurisdicional concedido, sendo que esse entendimento se coaduna perfeitamente com o princípio da instrumentalidade das formas amplamente aplicado no sistema processual civil brasileiro.

O mestre Moacyr Amaral Santos[2], ao citar o princípio da instrumentalidade da formas leciona: *"Por este princípio, a forma se destina a alcançar um fim. Essa é a razão pela qual a lei regula expressamente a forma em muitos casos. Mas, não obstante expressa e não obstante violada, a finalidade em vista pela lei pode ter sido alcançada. Para a lei isso é o bastante, não havendo razão para anular - se o ato."*

Entendo que certos formalismos processuais devem certamente ser respeitados, havendo hipóteses em que, uma vez não cumpridos, ensejam a nulidade do processo por inteiro, sendo que obviamente devem ser acatados. Entretanto o apego desnecessário e excessivo ao formalismo processual, acaba por atrasar demasiadamente o processo, muitas vezes prejudicando o exercício do direito material e tornando o meio mais importante do que o fim.

No caso dos autos, embora o processo tenha sido interposto em face de duas pessoas, formando um litisconsórcio passivo, o fato de uma delas não constar na peça de defesa, no caso, nos embargos monitórios, não tem o condão de nulificar essa peça e fazer com que o processo prossiga na forma do art. 1.102-C do CPC.

É essa a interpretação que se extrai do art. 49 do CPC, que reproduzo abaixo:

> "Art. 49. Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos."

---

1 "*Trata-se da velha máxima chiovendiana, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional. O processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material*". (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador, BA: Jus Podivm, 2007, V. 1, p. 38.

2 *Primeiras Linhas de Processo Civil*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, V. 2.

José Roberto dos Santos Bedaque[3]**,** comentando sobre o dispositivo em questão, leciona:

> "A regra da autonomia, além de conferir independência a cada litisconsorte, possibilita que ele, individualmente, pratique os atos destinados ao desenvolvimento do processo.
>
> [...]
>
> Em síntese, a existência de litisconsórcio não obsta a autonomia e independência processual da parte, que não está vinculada à atividade da outra, possuindo liberdade para realizar atos processuais sozinha"

Ademais, o caso dos autos retrata um litisconsórcio unitário, já que o resultado final obtido pelo embargante invariavelmente influenciará na esfera jurídica da segunda ré, que não consta como embargante, o que afasta o art. 48 dos autos, que dispõe:

> Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

Invocando novamente as palavras de Bedaque quanto ao artigo em questão:

> "Essa regra não se aplica, todavia, ao litisconsórcio unitário, cujo regime jurídico impõe sejam todos submetidos ao mesmo resultado final. Nessa medida, provido o recurso interposto por um, todos serão beneficiados"[4]

De mas a mais, em se tratando de litisconsórcio e apenas para se aferir o grau de interdependência de um em relação ao outro, o artigo 509 do CPC dispõe que "*o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distinto ou opostos os seus interesses"*.

Ora, dentro desse espírito, em havendo litisconsórcio passivo, um dos réus pode se defender sem a presença, necessariamente, do outro, figurantes em uma mesma defesa, até porque, eventualmente, opostos podem ser seus interesses.

O que não concebo é que o réu, chamado, tem o direito de se defender e esse direito de defesa seja cerceado pelo digno magistrado da causa, aplicando uma regra de direito processual que não determina que, em havendo litisconsórcio, ambos oponham, necessariamente – ainda mais por um só peça e por um só advogado – defesa conjunta.

O direito de defesa, decorrente do princípio constitucional do devido processo legal, é sagrado e deve ser assegurado àquele que, citado, foi instado, exatamente, a se defender. E ele pode fazê-lo sozinho ou em conjunto com os demais réus, independentemente da espécie de litisconsórcio existente, se simples, se necessário ou se unitário.

O fato é que, defendendo-se um dos réus, a ação deve prosseguir, e apenas na sentença é que o juiz definirá a responsabilidade de cada um dos sujeitos passivos, podendo ocorrer que, se o litisconsórcio foi necessário e unitário, o outro réu, que não contestou, seja também atingido pelos efeitos da sentença a ser proferida, em face dessa característica especial de litisconsórcio, como cansativamente nos ensina a doutrina e a jurisprudência.

3 *in* Código de Processo Civil Interpretado, editora Atlas, Terceira Edição, p 125

4 Idem.

O fato é que o douto juízo, ao não conhecer dos embargos monitórios porque interpostos por apenas um dos litisconsortes cerceou a defesa daquele que pretende se defender e apresentou suas razões para tanto, que devem ser apreciadas por sentença que examina o mérito, não tendo lugar ou cabimento, na espécie, a solução equivocadamente emprestada ao processo pelo digno magistrado de primeiro grau.

III.

Ante o exposto, conheço o recurso de apelação interposto por José Augusto Pradella e lhe dou provimento para anular a sentença, com retorno dos autos ao douto juízo de primeiro grau para exame dos embargos monitório por ele intentados, dando prosseguimento à regular instrução processual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, 05 de fevereiro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0002067-34.2010.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – NEGLIGÊNCIA – CADASTRO DE CNPJ DE TERCEIRO ESTRANHO À RELAÇÃO CONTRATUAL – DANO MORAL – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – RECURSO NÃO PROVIDO.

A instituição financeira responderá por danos morais causados a terceiro, quando não adotar as cautelas necessárias na análise de documentos e informações a serem inseridas em cadastro de cliente, com quem pretende efetivar relação contratual,fazendo inserir informações inverídicas.

A indenização por danos morais tem caráter preventivo/repressivo e deve ser fixada com observância aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 5 de março de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Banco do Brasi S/A, contra sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Miranda, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais, movida por Eloy Aquino de Souza.

Alega, em síntese, que não praticou nenhum ato ilícito, tendo agido no exercício regular de um direito e que em nenhum momento causou prejuízo ao apelado.

Argumenta que a responsabilidade civil norteia-se pelo princípio da culpa, com a necessária caracterização do ato ilícito e sua responsabilização, não bastando a prática do ato (ou omissão), sendo necessário que essa prática esteja revestida de ilicitude.

Assevera que para a configuração do dano moral ou material, devem haver provas robustas e suficientes, demonstrando o efetivo prejuízo, o que não é o caso, não aplicando-se, na hipótese, o art. 186 do Código Civil.

Afirma que a decisão proferida pelo Juízo “a quo” é contrária às provas contidas nos autos.

Pugna pelo provimento do recurso, para que, reformada a sentença objurgada, o pedido seja julgado improcedente.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 197-200, pela manutenção do *decisum*.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de Apelação Cível – Ordinário, interposta por Banco do Brasil S/A, contra sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Miranda, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais, movida por Eloy Aquino de Souza.

Observa-se dos autos que a apelante ajuizou ação de execução em face da empresa Fátima Aparecida Gama dos Reis - ME, de propriedade da convivente do apelado, mas, ao qualificar a mencionada empresa utilizou-se do CNPJ do apelado, que também possui firma individual sob a denominação Eloy Aquino de Souza-ME, que se encontrava desativada.

O recorrido, ao tentar reativar sua empresa, foi surpreendido com a informação de que havia uma ação de execução em seu desfavor, em trâmite no Juízo da Comarca de Miranda.

O erro de CNPJ foi constatado, após a informação fornecida, nos autos, pela agência da Receita Federal de Aquidauana (f. 23-35).

A apelante afirma que o CNPJ do apelado foi fornecido pela própria executada, quando preencheu seu cadastro na instituição financeira, e que, por isso, é tão vítima quanto o autor, ora apelado. Argumenta, ainda, que agiu regularmente, não podendo lhe ser imputado nenhum ato ilícito, passível de indenização.

Feitas essas breves considerações, passo à análise do recurso.

Tenho que não há como não reconhecer a negligência na conduta do recorrente. Observa-se que arquivou nos registros cadastrais, dados incorretos de sua cliente, fazendo constar CNPJ de terceira pessoa, que não fazia parte da relação contratual.

Para justificar sua falta de cautela, atribui a responsabilidade à cliente, afirmando que foi ela quem forneceu o CNPJ incorreto, o que é inaceitável.

Conforme ressaltou o julgador singular, a responsabilidade das instituições financeiras é objetiva e, por isso, nos termos do art. 14 da Lei 8.078/90, dispensa a prova de culpa.

A súmula 479 do STJ assim dispõe:

> "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

O que se depreende disso é que o fato lesivo decorre do modo como a instituição financeira realiza a atividade que desenvolve para obtenção de lucro e, ao descurar da cautela necessária à realização das suas transações comerciais, deve responder pelos danos que causar a terceiros.

Por isso é que o delito ou a fraude cometida por um terceiro, que usa documentos falsificados ou que se apresenta com perfil falso, ou, ainda, presta informação inverídica, não isenta o banco de pagar o prejuízo, porque isso é considerado fortuito interno, nos termos da mencionada súmula.

A própria instituição financeira reconhece o erro cometido, tanto que afirma que após constatado o equívoco, fez a devida correção, mencionando que, com isso, não houve prejuízo apelante.

Sobre o tema, com propriedade, discorreu o julgador singular (f. 160):

> "É certo que a instituição financeira, tem o dever de conferir a autenticidade dos documentos necessários para a abertura de uma conta bancária. Ora, não sendo assim, qualquer um poderia fazer abertura de conta com o CPF de outra pessoa ou CNPJ de outra empresa. É o entendimento do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Vejamos:
>
> E M E N T A–APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DUPLICATA SACADA CONTRA UMA EMPRESA, MAS COM NÚMERO DE CNPJ DE OUTRA – TÍTULO COLOCADO EM COBRANÇA EM INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – PROTESTO – RESPONSABILIDADE DO BANCO NA COMPOSIÇÃO DOS DANOS.
>
> O banco que aceita efetuar a cobrança de duplicata sacada contra uma empresa, mas com indicação numérica do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica de outra, responde pelo prejuízo causado ao mandar o título para protesto sem verificar a sua regularidade. (Apelação Cível n° 2005.004358-6, 1ª Turma Cível – TJMS. Desembargador Relator: Josué de Oliveira. Data do Julgamento: 13/09/2005)."

A propósito já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NEGLIGÊNCIA. ABERTURA DE CONTA CORRENTE POR FALSÁRIO COM USO DE DOCUMENTOS DO AUTOR. INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SERASA. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 1. No pleito em questão, as instâncias ordinárias reconheceram, com base nos fatos e provas trazidos aos autos, a conduta negligente do banco-recorrente e os prejuízos morais causados ao recorrido, decorrentes da abertura de conta por falsário usando documentos do autor: "O próprio Banco Itaú S/A confessa que autorizou a abertura de conta bancária solicitada por terceira pessoa que apresentou os documentos clonados do apelado. [...] In casu, observa-se que a instituição bancária, em que pese a alegada perfeição dos documentos falsificados, assume todo o risco de sujeitar-se a fraudes como a presente, que, por sua vez, causam prejuízos a terceiros, como aconteceu com o apelado. [...] Comprovada a conduta negligente do apelante, o dano causado ao apelado que teve o seu nome inscrito no SPC e SERASA, bem como o nexo de causalidade entre as duas primeiras, correta a sentença de primeiro grau que condenou o Banco Itaú S/A ao pagamento de indenização por danos morais" (Acórdão, fls.195/197) [...] 6. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 808.688/ES, 4.ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, J. 13.2.2007).

Merece destaque, ainda, outro trecho da sentença recorrida, que assim dispõe:

> "Além disso, é certo que, apesar de inexistente relação jurídica válida entre as partes, no caso dos autos, por tratar-se de instituição financeira, devem ser observadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor, isso porque dispõe o art. 29 do CDC que "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas."

> Diante disto, tendo em vista que a responsabilidade da instituição financeira é objetiva, não se faz necessário observar a ocorrência de culpa, bastando o nexo de causalidade e o dano.
>
> O Nexo de causalidade resta demonstrado no fato de que o CNPJ da empresa do requerente foi indevidamente utilizado constando no banco de dados da instituição requerida bem como no processo de execução movido contra empresa diversa da sua.
>
> Já o dano efetivamente causado está caracterizado pelo fato de que o requerente não consegui fazer a compra de materiais de construção em razão da vinculação do CNPJ de sua empresa em processo de execução.
>
> Em audiência foi constatado o dano pela testemunha Ananias José de Magalhães Filho (f. 140) que confirmou que o requerente foi impedido de comprar pelo motivo de haver restrição de crédito em razão da ação judicial."

Assim, conforme ressaltado pelo julgador de primeiro grau, é inconteste o nexo de causalidade entre a conduta do apelante e a lesão sofrida pelo apelado, já que o próprio apelante reconhece o erro no cadastro do CNPJ do apelado em seus registros e na execução promovida para recebimento de crédito, de cuja relação contratual o apelado nem sequer participou.

Diante dessas considerações, restando demonstrado o nexo de causalidade e o dano moral sofrido, a reparação é medida que se impõe.

Quanto ao *valor fixado para a indenização,* entendo razoável e proporcional, considerada situação econômica das partes, a gravidade da lesão, a repercussão social da conduta do autor do ato lesivo, sem se descurar do caráter preventivo/repressivo da medida, pois além de cunho educativo, a condenação por danos morais deve ter finalidade de punir o agente, evitando-se que o fato se repita.

Do mesmo modo o valor deve ser razoável e proporcional, para que possa surtir os efeitos preventivo/punitivo almejados e ao mesmo tempo não promova o enriquecimento sem causa da parte prejudicada.

Nesse contexto, tenho que o valor fixado de R$ 20.000,00 atende aos requisitos acima descritos.

Posto isso, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença objurgada em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

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

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

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

Campo Grande, 05 de março de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0003588-93.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – COMODATO TÁCITO – ESBULHO POSSESSÓRIO – NÃO CARACTERIZADO POR FALTA DE NOTIFICAÇÃO ESPECÍFICA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Para a reintegração de posse, de área sob comodato tácito, com base na prática de esbulho, torna-se imprescindível a notificação do possuidor direto da área ocupada, para se configure a posse injusta, apta a ensejar o remédio possessório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 5 de março de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por **Cesp - Companhia Energética de São Paulo** contra sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos da Ação de Reintegração de Posse movida contra **Gleide Cleber Lopes Tomes.**

Alega, em síntese, que:

I – que é empresa concessionária de serviço público de geração de energia elétrica e que a área por ela utilizada, para o reservatório (bacia), integra imóvel público. Salienta que está autorizada, por Decreto Federal, ao exercício da atividade mencionada, possuindo legitimidade para propor ações judiciais para conservação do entorno do reservatório artificial.

II – que nesse intuito, enviou notificação à apelada informando-a sobre as irregularidades constatadas na área por ela ocupada, para providências no prazo de 15 dias, que não foi atendida.

III- que a notificação das irregularidades e o relatório de inspeção, comprovando a ocupação da área através das edificações, são elementos suficientes para caraterizar o esbulho, por vício na posse da recorrida;

IV – restam comprovados os requisitos previstos no art. 927 do CPC para a reintegração de posse, destacando que *"a posse da recorrente foi demonstrada, como mesmo reconheceu o douto juízo a quo em sua lavra. Por sua vez, o esbulho está demonstrado pelo prosseguimento da recorrida na posse da área, mesmo depois de notificada acerca das irregularidades e, a perda da posse, se revela pela permanência das construções erigidas irregularmente, inviabilizando a possibilidade, da forma como está, da apelante*

dar ao imóvel em destaque o destino que pretende, ou seja, instaurar a faixa de proteção ambiental, ou mesmo se usufruí-lo consoante melhor lhe convier" (f. 302);

V – prequestiona as matérias suscitadas.

Ao final, postula a reforma da sentença, para julgar totalmente procedente a ação, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Apresentadas contrarrazões, a apelada pede a manutenção do *decisum*.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por **Cesp - Companhia Energética de São Paulo** contra sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos da Ação de Reintegração de Posse movida contra **Gleide Cleber Lopes Tomes.**

Para análise do presente recurso, cabe verificar o que dispõem os arts. 926 e 927 do CPC:

> "Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho."
>
> "Art. 927. Incumbe ao autor provar:
>
> I - a sua posse;
>
> Il - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
>
> III - a data da turbação ou do esbulho;
>
> IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração."

Ao contrário do que alega a apelante, não estão presentes os requisitos legais autorizadores da reintegração de posse da área ocupada pelos apelados, tendo em vista que os autos não revelam o pretenso esbulho, mas a ocorrência de posse pacífica, com o conhecimento, permissão e consentimento da própria CESP, possuidora indireta.

Cumpre ressaltar que o pedido de reintegração de posse deve ser precedido de uma série de providências a serem adotadas pela parte interessada; no caso específico, é evidente que existe uma ocupação tácita permitida pela CESP quanto aos ribeirinhos,por isso, para mudar esse quadro e reaver a área ocupada há a necessidade de uma notificação específica.

Vejo que a notificação feita pela CESP, não se expressa o sentido de retomar a eventual área ocupada da qual alega esbulho.

Diante disso, aufere-se dos autos, que a notificação de f. 44 e os documentos de f. 45-77, anexados pela recorrente atestam, tão somente, a realização de **inspeção** no imóvel em questão, com a exigência de que as irregularidades constatadas fossem sanadas dentro do prazo de 15 dias, havendo, ainda, a menção da existência de benfeitorias empreendidas no local, mas, em momento nenhum se verifica que a recorrida tenha sido notificada para desocupar a aludida área.

O que se observa, na verdade, no caso vertente, é que houve uma espécie de comodato entabulado tacitamente entre as partes, o que torna a posse da apelada, justa e de boa-fé, afastando o esbulho.

Assim, o que se conclui é que, tendo a recorrente permitido e consentido a ocupação da referida área em *"comodato"*, entende-se que a posse dos recorridos é justa e de boa-fé, até porque, não há nos autos nenhum elemento de prova demonstrando a existência de novo contato ou notificação por parte da apelante, com o objetivo de obrigar a apelada a desocupar a área mencionada, de modo que não resta configurado o esbulho, requisito indispensável ao deferimento da medida almejada.

A propósito, é o posicionamento desta Corte:

> "E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO LIMINAR C/C RECUPERAÇÃO AMBIENTAL, PERDAS E DANOS E COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA – POSSE DO IMÓVEL COM A PERMISSÃO E O CONSENTIMENTO DA PROPRIETÁRIA – POSSE JUSTA E DE BOA-FÉ – ESBULHO NÃO CARACTERIZADO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Considerando que a posse do imóvel tenha sido exercida com permissão e consentimento da proprietária, resta evidente que ela é justa e de boa-fé, descaracterizando o esbulho, devendo, portanto, ser julgada improcedente a ação de reintegração de posse." (**TJMS**, Apelação Cível, n. 2009.031183-8, Rel. Exmo. Des. Paschoal Carmello Leandro, Quarta Turma Cível, J. 15.12.2009).
>
> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – POSSE JUSTA – PERMISSÃO OU COMODATO TÁCITO – ESBULHO NÃO CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Exercendo o requerido posse justa sobre o imóvel, a qual decorre de permissão - comodato tácito, não há falar em esbulho possessório a autorizar a reintegração de posse." (**TJMS**, Apelação Cível n. 2009.019627-4 – Rel. Exmo. Des. Sideni Soncini Pimentel, J. 19/11/2009).
>
> "E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO EXTRA PETITA – INOCORRÊNCIA – PROVA DO ESBULHO – INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA A DESOCUPAÇÃO DA ÁREA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> Não há cerceamento de defesa quando a prova requerida pela parte não foi produzida por insuficiência financeira do interessado. 2. Inocorre julgamento extra petita quando a sentença respeita os limites dos pedidos. 3. **Para a reintegração de posse, deve-se comprovar a prática do esbulho. Se a presença dos réus na área decorreu do consentimento da autora, esta deveria tê-los notificado para desocupá-la, demonstrando a resistência e a agressão à posse.**" (TJMS - j. 6.5.2010 - Quinta Turma Cível - Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2009.016709-1/0000-00 – Paranaíba - Relator Designado - Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel). (negritado).

Cumpre salientar, por oportuno, que a recorrida é possuidora direta do imóvel e somente diante da recusa em restituir o bem, após a devida notificação com o decurso do prazo nela fixado para a desocupação da área, é que ocorrerá mudança na causa de sua posse, que passaria a ser precária, revelando-se, assim, discutível a reintegração, o que não é o caso dos autos.

Portanto, inadmissível é a reintegração da apelante na posse da área descrita na inicial, haja vista a não incidência da regra preconizada no art. 1.210 do Código Civil, segundo a qual *"O possuidor tem direito*

a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado", além dos arts. 926 e 924, II, ambos do CPC.

Diante do acima exposto, desnecessária a análise das demais teses levantadas, bem como o prequestionamento expresso, já que repelidas pelas razões acima.

Posto isso, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 05 de março de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0600146-12.2011.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – MULTA IMPOSTA PELO PROCON – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO EM RELAÇÃO À GRADUAÇÃO DA PENALIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO – SANÇÃO INSUBSISTENTE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a legitimidade da competência do PROCON para aplicar multas administrativas referentes à observância do direito dos consumidores. **(STJ –** AgRg no REsp 1135832. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS. Segunda Turma. Julg. 24.8.2010, DJe 08.9.2010)

2. A conduta da reclamada em inscrever a reclamante em serviço de proteção ao crédito por débitos relativos a prestação de consumo viola a regra insculpida no art. 1º da Lei Estadual 3.749/2009, e por tal razão deve ser sancionada com multa de 10.000 UFN's.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 8 de janeiro de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto pelo **Município de Naviraí** contra sentença proferida pelo magistrado da 1ª Vara da Comarca de Naviraí que, nestes **autos da ação anulatória de ato administrativo,** julgou procedente o pedido inicial formulado por **ENERSUL – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul.**

Alega o recorrente, em síntese, que (fls. 141/151):

1) ficou evidenciada a conduta ilícita da empresa concessionária ao inscrever a consumidora Luzinete Rocha da Silva em órgão de proteção ao crédito ao arrepio da Lei Estadual 3.749/2009, situação essa que motivou a aplicação da sanção questionada;

2) o PROCON possui legitimidade para aplicar multas àqueles que agem em contrariedade às regras do Código de Defesa do Consumidor; e

3) o valor fixado a título de multa o fora em observância aos parâmetros legais.

Por essas razões, pede a reforma da sentença recorrida.

Em contrarrazões (fls. 157/166), a recorrida protesta, basicamente, pela manutenção do provimento jurisdicional atacado.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto pelo **Município de Naviraí** contra sentença proferida pelo magistrado da 1ª Vara da Comarca de Naviraí que, nestes autos da **ação anulatória de ato administrativo,** julgou procedente o pedido inicial formulado por **ENERSUL – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul.**

Alega o recorrente, em síntese, que (fls. 141/151):

1) ficou evidenciada a conduta ilícita da empresa concessionária ao inscrever a consumidora Luzinete Rocha da Silva em órgão de proteção ao crédito ao arrepio da Lei Estadual 3.749/2009, situação essa que motivou a aplicação da sanção questionada;

2) o PROCON possui legitimidade para aplicar multas àqueles que agem em contrariedade às regras do Código de Defesa do Consumidor; e

3) o valor fixado a título de multa o fora em observância aos parâmetros legais.

Conforme a sedimentada jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, o PROCON é órgão competente para aplicar sanções administrativas àqueles que agirem contrariamente às normas consumeristas e causarem danos aos consumidores.

Nesse sentido:

> "[...] É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a legitimidade da competência do PROCON para aplicar multas administrativas referentes à observância do direito dos consumidores". **STJ** – AgRg no REsp 1135832. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS. Segunda Turma. Julg. 24.8.2010, DJe 08.9.2010.

Não se pode perder de vista, contudo, que a aplicação da respectiva sanção pressupõe a ocorrência inequívoca de uma infração às normas de proteção ao consumidor.

Significa dizer, em outras palavras, que deve haver uma correlação entre o fato praticado pelo fornecedor/prestador de serviço que tenha lesado o direito do consumidor e as regras consumeristas vigentes.

Não basta, portanto, que haja a formalização de uma reclamação no âmbito administrativo, seguida de uma audiência conciliatória infrutífera para a incidência da sanção.

Por esse motivo, a decisão administrativa que impõe determinada sanção deve ser suficientemente fundamentada, com a análise dos fatos que deram origem à relação jurídica.

A propósito, em se tratando de motivação do ato administrativo, ensina Miguel Seabra Fagundes que:

> "No motivo se compreendem as razões que dão lugar ao ato, isto é, as razões em que ele se baseia. Pela natureza mesma da atividade administrativa, esses motivos não são livres como no campo das relações privadas... No ato administrativo, porém, o motivo tem de ser estritamente legal, assentando sempre no interesse público, pelo que reveste particular importância." (FAGUNDES. Miguel Seabra. Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Forense, 8ª edição, 2010, p.31-32)

Nesse mesmo sentido, discorrendo sobre o princípio da motivação, leciona Celso Antonio Bandeira de Mello que:

> "A Administração é obrigada a expor os fundamentos em que está embasada para aplicar a sanção. Tem, portanto, que apontar não só o dispositivo normativo no qual se considera incurso o sujeito indigitado, mas também obviamente, o comportamento, comissivo ou omissivo, imputado e cuja ocorrência se submete à figura infracional prevista na regra de Direito. **Além disto, sempre que a norma haja previsto uma gradação nas sanções cabíveis, é imperativo que seja justificada a opção feita pela autoridade sancionadora. A omissão de qualquer destes requisitos causa a nulidade do apenamento"** (grifou-se). (MELLO. Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 26ª edição, p. 852).

Conclui-se, dessa forma, que a decisão administrativa que não contém elementos que justifiquem a imposição da penalidade, tampouco a quantificação da penalidade imposta, não merece subsistir, por afronta ao princípio da motivação.

Na hipótese dos autos, em análise a "Ata de Audiência" de fl. 68, verifica-se que o PROCON fundamentou a aplicação da multa imposta à recorrida no art. 1º da Lei 3.749/2009.

Contemple-se, a propósito, trecho da respectiva decisão:

> "[...] verifica-se no caso vertente que a reclamada inscreveu a reclamante em serviço de proteção ao crédito por não pagamento da conta de energia, conforme demonstra documento às fls. 07. Em defesa a reclamada alega que a inscrição é legal por força de liminar concedida na ADI 2009-03.4503-5 suspende a eficácia da Lei Estadual 3.749/2009. Não assiste razão à reclamada. A alegada Ação Direta de Inconstitucionalidade que discutia a validade da Lei acima citada fora julgada improcedente em 09/03/2011 e os embargos de declaração opostos foram rejeitados em 04/05/2011, ou seja, a liminar já está cassada e o Lei Estadual em tela plenamente eficaz. Destarte, pelos fatos acima a conduta da reclamada em inscrever a reclamante em serviço de proteção ao crédito por débitos relativos a prestação de consumo viola a regra insculpida no art. 1º da Lei Estadual 3.749/2009, e por tal razão deve ser sancionada [...]".

Da leitura das razões externadas, observa-se que, ainda que de forma concisa, houve a correta tipificação e explicitação da conduta perpetrada pela recorrida, inclusive com a indicação do dispositivo legal que fundamentou a sanção imposta.

Evidente, portanto, que, neste ponto, não há qualquer irregularidade na sanção questionada. Essa constatação, se isoladamente considerada, teria o condão de manter a higidez da punição aplicada.

Ocorre, todavia, que a propalada decisão deixou de apresentar os fundamentos que levaram a quantificação da multa imposta.

Ora, conforme determina o art. 57 e parágrafo único do CDC:

> **Art. 57.** A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.
>
> **Parágrafo único.** A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

Nessa mesma linha de raciocínio, vale trazer à baila o Decreto Estadual nº 12.425/2007 (Dispõe sobre a apuração de infrações às normas de proteção e defesa do consumidor no âmbito da Superintendência para Orientação e Defesa do Consumidor – PROCON/MS), que prescreve:

> Art. 24. A dosimetria da pena de multa será feita em duas etapas, sendo a primeira com a fixação da pena-base e a segunda pela adição ou subtração das circunstâncias agravantes e atenuantes, não podendo ultrapassar os limites mínimo e máximo previstos no art. 22 deste Decreto.
>
> Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes:
>
> I - ser o infrator reincidente;
>
> Art. 30. Consideram-se infrações graves:
>
> IX - realizar práticas abusivas, nos termos do art. 39, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor;
>
> Art. 33. A condição econômica do infrator será aferida por meio de sua receita bruta anual, aplicando-se, indistintamente, a todos os fornecedores, considerando:
>
> III - demais empresas: o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que não se enquadre nas situações descritas nos incisos I e II deste artigo.

No caso dos autos, a simples leitura da decisão administrativa questionada revela que não houve a devida fundamentação em relação a quantificação da pena (multa) imposta.

Ora, em relação ao valor da multa, a decisão limitou-se a dizer que:

> "[...] Destarte, pelos fatos acima a conduta da reclamada em inscrever a reclamante em serviço de proteção ao crédito por débitos relativos a prestação de consumo viola a regra insculpida no art. 1º da Lei Estadual 3.749/2009, e por tal razão deve ser sancionada com multa de 10.000 UFN's".

Clarividente, dessa feita, que diante da ausência de apresentação dos motivos que levaram a graduação da sanção imposta (10.000) deve a respectiva penalização ser tida por insubsistente, pois afrontado o princípio da motivação.

Conclusão.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Município de Naviraí, entretanto, **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. Rubens Bergonzi Bossay

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 08 de janeiro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0800089-94.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO AFASTADAS – VALOR DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR MANTIDO – TERMO FINAL – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Tendo em vista que a alimentada recebe alimentos há muito tempo, obtendo tempo suficiente para reorganizar sua vida financeira, bem como, há possibilidade de exercer alguma atividade remunerada, cumpre fixar termo final para a obrigação alimentar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, 20 de fevereiro de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Trata-se de Apelação Cível interposta por **ANDREZA GIMENES MONTEZANO** em face de **JORGE ALBERTO ROMERO**, que na sentença dos autos da **AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS**, julgou parcialmente procedente o pedido da inicial para: *"[...] manter o pensionamento em R$ 311,00 (trezentos e onze reais), que correspondem à metade do valor do salário mínimo atual, por mais três meses, findo os quais a exoneração do dever alimentar opera-se de pleno direito."*

Requer, seja devolvido o processo à Vara de origem para determinar a nulidade dos atos processuais praticados a partir da não intimação da ora apelante, para participar da audiência de conciliação, instrução e julgamento para a apreciação das defesas sustentadas pela apelante.

Argui que, caso não seja esse o entendimento deste E. Tribunal, reforme-se a sentença no sentido de manter o *quantum* alimentar anteriormente fixado em prol da apelante, sem termo final.

Por fim, requer seja condenado o recorrido ao pagamento das despesas processuais e honorários a serem arbitrados pelo Relator em favor da Defensoria Pública do Estado e depositada nos termos do art. 7º, da Lei Complementar Estadual nº 111, de 17/10/2005 no Fundo Especial para Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Defensoria Pública – FUNADEP.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Trata-se de Apelação Cível interposta por **ANDREZA GIMENES MONTEZANO** em face de **JORGE ALBERTO ROMERO**, que na sentença dos autos da **AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS**, julgou parcialmente procedente o pedido da inicial para: *"[...] manter o pensionamento em R$ 311,00 (trezentos e onze reais), que correspondem à metade do valor do salário mínimo atual, por mais três meses, findo os quais a exoneração do dever alimentar operar-se de pleno direito."*

Requer, seja devolvido o processo à Vara de origem para determinar a nulidade dos atos processuais praticados a partir da não intimação da ora apelante para participar da audiência de conciliação, instrução e julgamento para a apreciação das defesas sustentadas pela apelante.

Argui que, caso não seja esse o entendimento deste E. Tribunal, reforme-se a sentença no sentido de manter o *quantum* alimentar anteriormente fixado em prol da apelante, sem termo final.

Por fim, requer seja condenado o recorrido ao pagamento das despesas processuais e honorários a serem arbitrados pelo Relator em favor da Defensoria Pública do Estado e depositada nos termos do art. 7º, da Lei Complementar Estadual nº 111, de 17/10/2005 no Fundo Especial para Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Defensoria Pública – FUNADEP.

Passo a análise do recurso.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que a sentença ora recorrida merece ser ratificada por seus próprios fundamentos, senão vejamos:

"[...] Por força do art. 1.699 do Código Civil, a exoneração dos alimentos depende de prova da alteração da possibilidade de quem os presta e/ou da necessidade de quem os recebe.

Na hipótese, o Autor exerce o mesmo cargo que tinha quando da fixação dos alimentos e não comprovou a constituição de nova família, não havendo se falar, assim, em mudança da situação financeira.

No tocante a ré, não há provas de que estabeleceu nova união estável, contudo, conta com menos de 40 anos de idade e exerce atividade remunerada, inclusive adquiriu o direito de posse do imóvel onde reside, conforme documentos de fl. 43.

A ré não ilidiu esse documento, e os documentos de fls. 56/65, não há prova de os empréstimo forma contraídos pelo Autor. Aliás, esses empréstimos revelam que esta tem crédito perante as instituições financeiras, visto que qualquer banco só empresta a quem possua lastro para pagamento.

A ré pediu o fornecimento de microfilmagem dos contratos, mas já precluiu esse tipo de prova.

Relevo, outrossim, que a dissolução da união estável data de fevereiro de 2009, já tendo transcorrido mais de três anos a partir de então, tempo suficiente para a Ré reorganizar sua vida financeira, sobretudo porque exerce atividade remunerada e vem recebendo alimentos desde aquela época.

A par de tudo isso, mas sensível ao fato de que uma exoneração abrupta poderá comprometer a subsistência da Ré, a qual vem recebendo alimentos consideráveis de há muito, tenho que a manutenção de

alimentos por mais três meses, na quantia de R$ 311,00 (trezentos e onze reais), que equivalem à metade do valor do salário mínimo atual, atende ao trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade.

Exposto isso, com base no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente o pedido, para manter o pensionamento em R$ 311,00 (trezentos e onze reais), que correspondem à metade do valor do salário mínimo atual, por mais três meses, findo os quais a exoneração do dever alimentar opera-se de pleno direito."

Pois bem, entendo que o argumento de nulidade em razão da não intimação pessoal da apelante para ato solene não merece guarida, eis que em nenhum momento restou evidenciado qualquer prejuízo a parte, bem como, qualquer cerceamento de defesa ou violação ao princípio do contraditório.

Por outro lado, com relação ao *quantum* referente aos alimentos, entendo que o valor fixado não merece qualquer reforma, eis que não restou comprovada qualquer mudança do binômio necessidade/possibilidade, descabida a redução requerida na exordial.

Neste sentido, veja-se a jurisprudência, *in verbis*:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO.REVISIONAL DE ALIMENTOS.PEDIDO DE EXONERAÇÃO DO ENCARGO EM RELAÇÃO À EX ESPOSA E DE REDUÇÃO PARA A FILHA MENOR. NÃO COMPROVAÇÃO DE MUDANÇA DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. Improcede pedido de exoneração de alimentos fixados em favor de exesposa se não há provas suficientes para atestar a ausência de necessidade da recorrida, a sua capacidade laboral e a sua inserção no mercado de trabalho. [...] Assim, como inexiste qualquer modificação no binômio necessidade/possibilidade posterior ao deferimento do pedido de tutela antecipada, é descabida uma nova redução, especialmente quando a obrigação alimentar estipulada pelo magistrado de primeiro grau atende o disposto no artigo 1.694 do Código Civil. 4. Agravo de instrumento desprovido. (TJCE; AI-PESusp 13102-72.2008.8.06.0000/0; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha; DJCE 09/10/2012; Pág. 88)

Contudo, quanto ao termo final da obrigação alimentícia, como bem ponderou o magistrado *a quo*, entendo que a dissolução da união estável ocorreu em fevereiro de 2009, tendo decorrido mais de 03 (três) anos. Assim recebe os alimentos há muito tempo, sendo que a mesma teve tempo suficiente para reorganizar a sua vida financeira, e ainda, ingressar no mercado de trabalho.

Neste mesmo sentido é a orientação jurisprudencial:

"AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR. NECESSIDADE RELATIVA. Ainda que a alimentada esteja buscando qualificação profissional, se há possibilidade de exercer alguma atividade remunerada, cumpre reduzir o pensionamento e fixar termo final para a obrigação alimentar. Deram parcial provimento ao apelo. (TJRS; AC 14840-88.2012.8.21.7000; Rio Grande; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz; Julg. 19/04/2012; DJERS 25/04/2012)

Assim, a manutenção da sentença neste ponto também é medida que se impõe.

Por tais razões, conheço o recurso, porém, nego-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por UNANIMIDADE, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0022185-08.2012.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – TUTELA INIBITÓRIA INDEFERIDA PELO MAGISTRADO A QUO – PUBLICAÇÕES DE COMENTÁRIOS NO FACEBOOK QUE SUPOSTAMENTE VIOLAM A IMAGEM DO AGRAVANTE – ABUSO DO USO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO – VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM E À HONRA – COLISÃO DE DIREITOS – NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO COM FULCRO NO ART. 557 CAPUT DO CPC – AGRAVO REGIMENTAL QUE TROUXE ELEMENTOS NOVOS, CAPAZES DE ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

A garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5.º, IV) deve respeitar, entre outros direitos e garantias fundamentais protegidos, a honra das pessoas, sob pena de indenização pelo dano moral provocado, como decorre dos termos do art. 5.º, V e X, da CF. Não se deve confundir, por conseqüência, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação. (REsp 801.249/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 257)

Agravo regimental que não trouxe elementos novos a ensejar a modificação da decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª

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 março de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

GAP -PRODUÇÕES ARTISTICAS LTDA. interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão de fls. 84/89 que, nos autos da ação de obrigação de não fazer que promove contra MARIO MARCIO DA ROCHA CABREIRA, deixou de determinar a proibição de que o agravado veicule, em internet e redes sociais, notas, notícias, críticas ou compentários supostamente ofensivos à parte recorrente, visto que tal medida ofende a norma constitucional, caracterizando censura prévia, em consonância aos limites da liberdade de expressão.

Sustenta que as mensagens postadas pelo agravado em suas redes sociais e página de relacionamento são ofensivas inclusive à sua reputação e às de seus sócios e, ainda assim, a reflexão feita no julgamento monocrático entendeu indevida sua coibição com base no princípio da livre manifestação do pensamento.

Afirma que os argumentos utilizados deixaram de considerar que " não é o objetivo do Estado outorgar a quem quer que seja poderes ilimitados para ofender ou agredir a outrem, causando-lhe danos irreparáveis, como no caso em comento" (f. 93 TJ/MS).

Aduz que o conteúdo de tais postagens são agressivas e criminosas e, ao final, requer seja exercido o juízo de retratação deste Relator, ou caso seja negado, requer encaminhado para julgamento pela Primeira Câmara Cível, com o fito de restabelecer o que fora decidido em primeiro grau.

Prequestiona toda a matéria trazida no recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Trata-se de Agravo Regimental interposto(a) por GAP PRODUÇÕES ARTISTICAS LTDA em face da decisão de fls. 84/89 que, nos autos da ação de obrigação de não fazer que promove contra MARIO MARCIO DA ROCHA CABREIRA, deixou de determinar a proibição de que o agravado veicule, em internet e redes sociais, notas, notícias, críticas ou comentários supostamente ofensivos à parte recorrente, visto que tal medida ofende a norma constitucional, caracterizando censura prévia, em consonância aos limites da liberdade de expressão.

Sustenta que as mensagens postadas pelo agravado em suas redes sociais e página de relacionamento são ofensivas inclusive à sua reputação e às de seus sócios e, ainda assim, a reflexão feita no julgamento monocrático entendeu indevida sua coibição com base no princípio da livre manifestação do pensamento.

Afirma que os argumentos utilizados deixaram de considerar que *"não é o objetivo do Estado outorgar a quem quer que seja poderes ilimitados para ofender ou agredir a outrem, causando-lhe danos irreparáveis, como no caso em comento"* (f. 93 TJ/MS).

Aduz que o conteúdo de tais postagens são agressivas e criminosas e, ao final, requer seja exercido o juízo de retratação deste Relator, ou caso seja negado, requer encaminhado para julgamento pela Primeira Câmara Cível, com o fito de restabelecer o que fora decidido em primeiro grau. Prequestiona toda a matéria trazida no recurso. Pois bem. A questão posta em debate cuida de conflito de norma infraconstitucional que envolve liberdade de expressão de um lado e, de outro, o direito à honra, privacidade e imagem. A liberdade de expressão é um princípio constitucional de máxima importância, abarcado no rol das cláusulas pétreas[1] e, portanto, é impossível, dentro de um contexto de normalidade democrática, a sua supressão ou suspensão. Como se vê, a decisão ora objurgada proferida monocraticamente por este relator -está em total sintonia com as normas constitucionais, considerando, inclusive, que a decisão agravada, proferida pelo magistrado de primeiro grau, apenas postergou a análise do pedido realizado em sede de tutela antecipada para após a apresentação de resposta pelo réu, ora agravado. Importante mencionar trecho da ementa do que fora decidido na ADI N. 4451, dj 26.08.2010, em voto de relatoria do Min. Ayres Brito, sobre a consagração constitucional da vedação à censura, *in verbis:*

1 Art. 60, §4º: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV_ os direitos e garantias individuais"

"Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu.

Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de "manifestação do pensamento", liberdade de "criação", liberdade de "expressão", liberdade de "informação". Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de "Fundamentais": a) "livre manifestação do pensamento" (inciso IV); b) "livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação" (inciso IX); c) "acesso a informação" (inciso XIV). 3. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação.

A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso.

4. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa.

5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de "imprensa", sinônimo perfeito de "informação jornalística" (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. **Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V.** A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130.

Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução "humor jornalístico" enlaça pensamento crítico, informação e criação artística" (grifei)

Sendo assim, diante das razões que foram expostas em sede de agravo de instrumento e agora em sede deste Regimental, tenho que as razões apresentadas pela parte agravante não são suficientes a ensejar a reconsideração da decisão agravada, razão pela qual reporto-me aos mesmos fundamentos que culminaram no indeferimento da inicial, adotando-os como razões de decidir:

> "Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por GAP ¬PRODUÇÕES ARTISTICAS LTDA contra a decisão de f. 80 (TJ/MS) proferida nos autos da ação de obrigação de não fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que promove em face de MARIO MARCIO DA ROCHA CABREIRA, em que o juiz singular indeferiu o pedido de liminar para que o agravado se abstivesse de realizar publicações que causem ofensa à honra, reputação e imagem do agravante e de seus sócios, sustentando, em síntese, que os comentários que estão sendo postos na internet repercutem de forma negativa à casa de show e ao seu normal funcionamento, causando-lhe sérios prejuízos.
>
> Conforme relatado, o caso dos autos historia acerca dos comentários veiculados no site de relacionamento "facebook", acerca do estabelecimento comercial agravante e de seus sócios, sustentando que estão denegrindo a sua imagem e honra, não podendo continuar a sofrer perseguição diuturna com ataques pessoais contra si, uma vez que o agravado vem divulgando graves mentiras, sobre aliciamento de menores, uso de drogas e prostituição dentro da casa de show, o que é inverídico.
>
> Requer o provimento do agravo para reformar a decisão impugnada, com "a antecipação dos efeitos práticos da tutela para determinar que o agravado se abstenha de emitir, mesmo que de forma indireta, qualquer opinião, manifestação ou crítica a respeito da agravante, seus sócios ou acontecimentos aos quais esteja ligada, em qualquer meio de informação do qual possa a vir se utilizar, sob pena de multa pecuniária diária em favor desta". (f. 08)
>
> O cerne deste agravo cinge-se, portanto, na concessão ou não de tutela inibitória, para determinar que o agravado abstenha-se de publicar qualquer informação em seu "facebook" ou em outros meios de vinculação da internet, que possa causar ofensa à honra, reputação, imagem, vida privada e intimidade do agravante (que é estabelecimento comercial onde ocorrem shows) ou de seus sócios.
>
> Pois bem. Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, passo à análise do recurso.
>
> Inicialmente, cumpre destacar algumas considerações acerca do direito de liberdade de pensamento (incisos IV) e de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X), erigido a direitos e garantias fundamentais, por força do que dispõe o artigo 5º da Constituição Federal, como se vê abaixo:
>
> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...] -é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] -são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]"
>
> Ainda, o artigo 220, da Constituição Federal, dispõe que:
>
> "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

O cerne da questão aqui em debate diz respeito à colisão entre: o princípio da liberdade de pensamento (arts. 5º, IV e 220, da Constituição Federal) e o princípio da proteção da honra e imagem (art. 5º, X, da Constituição Federal).

Inicialmente, importante trazer à baila parte do decisum proferido pela magistrada em que esta entendeu por bem indeferir o pedido de cautelar inibitória, *in verbis*:

"[...] A autora requereu a antecipação dos efeitos da tutela para que:

a) o réu exclua de sua página de relacionamento do "facebook", bem como de outros meios virtuais ou físicos, as manifestações referentes a si ou a seus sócios; b) o réu se abstenha de emitir, mesmo que de forma indireta, qualquer manifestação ou crítica a respeito de si ou de seus sócios, em meios de comunicação que possa a vir a usar, tudo sob pena de multa diária.

Considerando que a antecipação dos efeitos da tutela é medida excepcional, bem como que "é livre a manifestação do pensamento" (CF, art. 5º, IV), postergo a análise do requerimento da medida liminar para momento ulterior à resposta do réu, que deverá ser citado, com as advertências dos arts. 285 e 319 do Código de Processo Civil, para, se quiser, em 15 dias, apresentá-la" (f. 80 TJMS)

O litígio em exame revela, em verdade, colisão entre dois direitos fundamentais, consagrados, tanto na Constituição Federal de 1.988, quanto na legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei de Imprensa, por exemplo: o direito à livre manifestação do pensamento, de um lado, e, de outro, a tutela dos direitos da personalidade, como a imagem e a honra. Assim funciona também com o direito à livre expressão do pensamento.

Assim, aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem, deverá reparar o dano causado.

A presente demanda tem por objeto o comando de inibir o agravante a fazer qualquer menção em seu facebook da empresa ora agravante.

É cediço que em ações como a do caso presente, o julgador, dentro do poder de cautela que lhe é exigível, deve analisar as circunstâncias do caso com extremo zelo, pois se está diante de hipótese em que há uma evidente colisão de direitos fundamentais, supostamente de igual estatura.

Na espécie dos autos, dois direitos constitucionalmente protegidos encontram-se em aparente conflito no caso sob exame, pois, se de uma parte, o autor quer obter uma tutela jurisdicional que, em sede de cognição sumária, proíba o réu de publicar determinados comentários, porque alega estar sendo violada sua honra e sua imagem, por outro, o réu, ora agravado, tem direito à liberdade de manifestar seu pensamento.

Veja-se que a jurisprudência, bem como doutrina, têm anotado que em hipóteses de colisão de direitos fundamentais, deve-se proceder à ponderação das circunstâncias do caso concreto, na tentativa de realizá-los na maior intensidade possível, considerando os elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.

Importante destacar in casu, a clássica distinção realizada por filósofos do direito, RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, acerca de regras e princípios jurídicos, *in verbis*:

"As regras são, por excelência, normas aplicáveis ao caso concreto. Ou a hipótese

subsume-se ao preceito ou não (“all or nothing”). Aplicando-se uma regra, as outras com ela conflitantes estarão automaticamente excluídas. Já os princípios, segundo Dworkin, por serem mais abstratos e genéricos que as regras, permeiam todo o ordenamento jurídico. São”mandamentos otimizadores” (*In*. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University, 1997).

Para Alexy, “os princípios têm efeitos irradiantes, não podendo, portanto, serem desprezados por completo no caso concreto. Não há relação de exclusão, e em caso de choque devem ser considerados todos eles, com graus de aplicação diferenciados, de modo a não aniquilar nenhum.” (*In*. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1997).

No que tange às regras de ponderação de valores, quando em colisãoaos princípios fundamentais, LUÍS ROBERTO BARROSO leciona:

De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir. Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. [...] Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. [...]

Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.[...]

É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. [...] nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso.

Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. (*In.* A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 346/348)

No caso em concreto é inegável que o agravado fez vários comentários em seu site de relacionamento (facebook), como se verifica na documentação de f. 36/79, demonstrando que o estabelecimento comercial que parece incomodá-lo pelo barulho e falta de sossego, sendo que, critica, principalmente, a “poluição sonora” que vem causando-lhe perturbação.

O que se vê é que se trata de simples manifestação do pensamento e do exercício de legítimo direito de crítica por parte do agravado, e não grave ofensa à agravante.

Sobre essa majoração de valores, a Corte Superior de Justiça de nosso país já se posicionou, *in verbis*:

“Quando dois direitos constitucionalmente protegidos - liberdade de imprensa e direito à privacidade -entram em aparente conflito, deve-se proceder à ponderação das circunstâncias do caso concreto para se chegar à conclusão a respeito do prevalecimento de um direito sobre o outro.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2005.000585-4/0000-00 - Campo Grande - Quinta Turma Cível Rel. Des. Dorival Renato Pavan j. em 29.1.2009)

No caso dos autos, as provas coligidas com a inicial deixam evidenciar que o agravado apenas usa de site de relacionamento ("facebook") para utilizar-se de sua liberdade de expressão o que faz sob proteção constitucional, pois tem o direito de postar comentários tais como os demonstrados nos documentos acostados aos autos, os quais demonstram apenas sua revolta contra o barulho e o incômodo que os eventos ali realizados geram.

Nestes tipos de caso, não pode impedir o agravado, vestido sob o manto da liberdade de expressão.

É sabido que, por meio do instituto da antecipação da tutela jurisdicional, obtém a parte a antecipação dos efeitos de um eventual julgamento favorável de mérito, tendo esse instituto fundamento no princípio da efetividade do processo, e com seus requisitos delineados nos artigos 273 e 461 do CPC.

Para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela é necessária a presença de alguns requisitos sem os quais deve a parte aguardar o provimento jurisdicional final que resolva a questão, uma vez que aquela é medida excepcional que adianta os efeitos da tutela definitiva, mediante cognição sumária e à luz dos elementos apresentados pelo autor, elementos esses que devem demonstrar a existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O artigo 273 do CPC estabelece que:

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: propósito protelatório do réu.

Verifica-se que o dispositivo citado exige presença cumulativa dos dois requisitos, devendo estar presente, em todos os casos de antecipação dos efeitos da tutela, a prova inequívoca das alegações do requerente e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sem os quais a medida pleiteada não deve ser concedida.

O que se constata dos autos, em sede de cognição sumária e para fins de antecipação da tutela requerida com a inicial é que não houve uso indevido do direito à liberdade de expressão a atentar contra a imagem e a honra do agravante para atingir fim ilícito, obscuro, abjeto e não tutelado pela ordem jurídica.

Portanto, ante a ausência de ato ilícito, e por estar o agravado nos limites da liberdade de expressão, não se pode coibir de veicular comentários supostamente ofensivos, visto que tal medida ofende a norma constitucional, caracterizando censura prévia.

Por tais razões, com fundamento no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao recurso." (f. 84/89)

Com efeito, não vislumbrando razões para modificar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a com supedâneo no não preenchimento dos requisitos cumulativos exigidos para a concessão da tutela antecipada.

Em razão do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental**.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 19 de março de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0602739-67.2012.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS,CORPORAIS, ESTÉTICOS – DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO AFASTANDO A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – ENVOLVIMENTO DOS RÉUS NO ACIDENTE – MATÉRIA QUE CONFUNDE–SE COM O MÉRITO – AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE, QUE LEVASSE O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO PROLATADA – INOBSERVÂNCIA AO ARTIGO 557 DO CPC – DESACOLHIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Tendo os réus, envolvimento no acidente reportado, presume-se pela legitimidade dos mesmos para figurarem no polo passivo, de sorte que posterior discussão sobre tal matéria diz respeito ao próprio mérito.

Mantém-se decisão prolatada em recurso de agravo de instrumento, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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 2013.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

ALEX CAMPOS PERALIS, ADM DO BRASIL LTDA., interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão de fls. 24-29 que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais, Corporais e Materiais decorrentes de acidente de trânsito que lhe promove **RENAN DE SOUZA FERREIRA, JULIANA MIYUKI NAKAMATSU, LUCAS FRANCISCO SOARES, LEANDRO FERREIRA**, deu provimento ao agravo interposto pelos ora agravados, para o fim de afastar a preliminar de ilegitimidade passiva, mantendo os recorrentes no pólo passivo da ação.

Sustenta nulidade da decisão monocrática, por ausência de intimação dos agravantes para apresentar contrarrazões. Alega que no caso em apreço, não se verifica a responsabilidade dos agravantes *"que os legitime figurar no pólo passivo"*. Pugna pelo provimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

ALEX CAMPOS PERALIS, ADM DO BRASIL LTDA., interpõem recurso de Agravo Regimental em face da decisão de fls. 24-29 que, nos autos da ***Ação de Indenização por Danos Morais, Corporais e Materiais*** decorrentes de acidente de trânsito que lhe promove **RENAN DE SOUZA FERREIRA, JULIANA MIYUKI NAKAMATSU, LUCAS FRANCISCO SOARES, LEANDRO FERREIRA**, deu provimento ao agravo interposto pelos ora agravados, para afastar a preliminar de ilegitimidade passiva, mantendo os recorrentes no polo passivo da ação.

Como a agravante, através do presente recurso, não apresentou razões novas, valho-me das mesmas razões de decidir da decisão monocrática para análise do presente recurso.

Eis o teor da decisão agravada:

> "O presente recurso revela-se manifestamente procedente, razão pela qual passo a analisá-lo por decisão monocrática, na forma do artigo 557, § 1º- A, do Código de Processo Civil, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e em especial em atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserido pela EC nº 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.
>
> As condições da ação devem ser analisadas liminarmente de forma abstrata, investigando-se sua ocorrência à partir de uma simples conferência da inicial, de modo hipotético à partir daquilo que foi afirmado pelo autor, restando ao exame de mérito todo e qualquer apontamento advindo após a exordial. Esta é a síntese da teoria da asserção.
>
> Acerca do tema, ensina Fredie Didier Junior. investiga o tema: Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (in statu assertionis). Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação (Alexandre Freitas Câmara).
>
> O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito (Luiz Guilherme Marinoni).
>
> Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação farse-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de teoria da asserção ou da prospettazione.
>
> Para que se possa entender a aplicação dessa teoria, alguns exemplos são bem vindos. Se alguém se afirma filho de outrem e, por isso, pedelhe alimentos, possui legitimidade ad causam, mesmo que se comprove, posteriormente, a ausência do vínculo de filiação, quando será o caso de improcedência do pedido e não de carência da ação.
>
> [...]

Essa concepção vem ganhando fôlego e adeptos: Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe, Flávio Luiz Yarshell, Leonardo Greco, José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo José Carneiro da Cunha, Araken de Assis, Luiz Guilherme Marinoni, etc. Cândido Dinamarco, no entanto, fiel defensor da concepção tradicional sobre as condições, reservou um item das suas Instituições somente para rebater os argumentos que afirmam a teoria da asserção (rubricou-o de repúdio à teoria da asserção).

[...] Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, consequente, do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após a instrução deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A falta de condição da ação, nesses casso, mesmo que constatada com mais facilidade, a partir da asserção , é caso de improcedencia manifesta. A improcedência é tão clara, que dispensa, inclusive, a produção de provas para a sua demonstração. A cognição é, aqui exauriente. A decisão tem de ser mérito e definitiva. Por isso não se adota a teoria da asserção, embora se reconheça que ela é muito melhor do que a teoria de Liebman, pois minimiza os seus problemas.

1 Assim, nos termos da referida teoria, uma vez admitido o preenchimento das condições da ação, toda a matéria avalizada posteriormente será de reflexo meritório, sendo portanto hipótese de improcedência do pedido e não da carência de ação. Neste sentido: "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONDIÇÕES DA AÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. STATUS ASSERTIONES. JULGAMENTO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE.

Inviável o reconhecimento de violação ao art. 535 do CPC quando não verificada no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade apontadas pela recorrente.

O Tribunal de origem não deixou de apreciar a questão da ilegitimidade passiva do recorrido, aventada nas contrarrazões de apelação, por entendê-la preclusa. Pelo contrário, ela foi analisada e rejeitada.

Sempre que a relação existente entre as condições da ação e o direito material for estreita ao ponto da verificação da presença daquelas exigir a análise deste, haverá exame de mérito.

Sob o prisma da teoria da asserção, se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.

Negado provimento ao recurso especial." (REsp 1125128 / RJ RECURSO ESPECIAL 2009/0033942-7 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 -TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 11/09/2012 Data da Publicação/ Fonte DJe 18/09/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO NEGATIVA DE SEGUIMENTO POR AUSÊNCIA DE DOCUMENTO NECESSÁRIO ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DE CUNHO SUBSTANCIAL E ENTRELAÇADA COM O MÉRITO DA CAUSA AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. Segundo a orientação da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a falta de peça essencial para a compreensão da controvérsia prejudica o entendimento do Agravo, não cabendo a conversão do processo em diligência, seja nas instâncias ordinárias, seja nas extraordinárias.

A má formação do instrumento, gera a sua inadmissibilidade.

Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na fase prevista no art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, o magistrado deve limitar-se a um juízo preliminar sobre a inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, a fim de evitar a ocorrência de lides temerárias.

Se a discussão relativa à legitimidade ad causam ostenta cunho substancial e entrelaça-se com o próprio mérito da causa, recomenda-se a sua análise para oportunidade da resolução da demanda, em obséquio à teoria da asserção. Regimental improvido." (Agravo Regimental em Agravo N. 2012.006133-5/0001-00; Des. Ruy Celso Barbosa Florence; Quarta Câmara Cível; Julgamento: 08/05/2012).

MANDADO DE SEGURANÇA PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO DEVER DO ESTADO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO SEGURANÇA CONCEDIDA.

Uma vez indicada como devedora da relação jurídica de direito material, não há ilegitimidade passiva da autoridade tida como coatora, ante a adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, da teoria da asserção.

Não há cerceamento de defesa quando a autoridade coatora pôde exercer, tempestiva e amplamente o seu constitucional direito de defesa.

Constitui dever do Estado zelar pela saúde do indivíduo, em respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, assegurados pela Constituição Federal, podendo, assim, ser compelido ao fornecimento de medicamento indispensável à sobrevivência de pessoa desprovida de recursos financeiros suficientes a arcar com o tratamento. (Mandado de Segurança -N. 2010.005475-0/0000-00 -Capital. Terceira Seção Cível. Rel. Des. João Maria Lós. J. em 17.1.2011. Sublinhei.).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO MEDICAÇÃO ILEGITIMIDADE PASSIVA PRELIMINAR REJEITADA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E MULTA COMINATÓRIA POSSIBILIDADE RECURSO DESPROVIDO.

1. Afere-se a legitimidade passiva do ente federado, na ação de obrigação de fazer vocacionada ao fornecimento de medicação, pela indicação da parte ré como devedora da relação jurídica de direito material, ante a adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, da teoria da asserção. [...]". (Agravo -N. 2011.028406-4/0000-00; Des. Josué de Oliveira; Quarta Turma Cível; Julgamento: 08/11/2011).

Tendo os agravados, envolvimento no acidente reportado, presume-se pela legitimidade dos mesmos para figurarem no pólo passivo, de sorte que posterior discussão sobre tal matéria diz respeito ao próprio mérito. Por tais razões, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, afastando-se a preliminar de ilegitimidade passiva, para o fim de manter os agravados Alex campo Peralis e Adm do Brasil Ltda no pólo passivo da demanda até o final do processo."

Tomando conhecimento da súplica da agravante, tive oportunidade de novamente analisar as questões postas anteriormente no recurso de agravo, porém, não me convenci das razões deste regimental, razão pela qual mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Consigne-se que, qualquer irregularidade na utilização, por este relator, da faculdade atribuída pelo artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, restou suprida com a submissão do regimental ao Colegiado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 06 de março de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0003444-02.2008.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – DOAÇÃO DE IMÓVEIS PELO PAI AOS FILHOS – PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA DOAÇÃO PELA COMPANHEIRA OBJETIVANDO PRESERVAR SUA MEAÇÃO – COMPANHEIRA QUE NÃO TEM DIREITO À PARTILHA – BENS DOADOS SUB-ROGADOS DE BENS PARTICULARES DO DOADOR ADQUIRIDOS ANTES DO INÍCIO DA UNIÃO ESTÁVEL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA – RECURSO IMPROVIDO.

Os imóveis rurais doados pelo apelado aos seus filhos eram de sua exclusiva propriedade, eis que sub-rogados de bens particulares adquiridos antes do início da união estável com a apelante, de maneira que esta não tem direito à partilha, não havendo falar, consequentemente, em erro como vício de vontade com sua anuência ao referido ato jurídico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2013.

Des. Joenildo de Sousa Chaves - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Maria da Glória Guimarães, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da ação anulatória de ato jurídico que move contra Fernando Gomes e outros,interpõe recurso de apelação.

Ingressou a apelante com ação anulatória em desfavor dos apelados objetivando a anulação da doação de dois imóveis rurais do seu companheiro, primeiro apelado, Fernando Gomes, aos seus sete filhos, demais apelados, argumentando que ao assinar a escritura de doação como interveniente anuente foi induzida a erro, pois, na condição de companheira do apelado Fernando tem direito a 50% do patrimônio doado, de modo que não poderia o apelado fazer a doação de 100% dos imóveis.

Sustenta a apelante que convive em união estável com o doador desde 1980, com quem tem um filho em comum, o também apelado e donatário Alessandro Severino Gomes. Entende que ao anuir com a doação incorreu em erro, pois metade dos bens doados lhe pertence e não poderia ter sido dividido da forma como foi, já que, no futuro, prejudica o filho comum Alessandro.

Sobreveio sentença de improcedência, diante do que interpôs recurso de apelação pugnando por sua reforma integral e procedência do pedido.

Contrarrazões às f. 330/335.

VOTO

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

Maria da Glória Guimarães, inconformada com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação anulatória de ato jurídico que move contra Fernando Gomes e outros, interpõe recurso de apelação.

Pretende a apelante a anulação da doação efetuada por seu companheiro aos filhos, ao argumento de que é meeira dos bens doados e que a divisão da forma como foi feita prejudica o filho comum. Sustenta que ao anuir com referido negócio jurídico incorreu em erro, o que justifica a anulação pretendida.

O magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que a apelante não seria meeira do apelado Fernando, na medida em que os bens doados foram sub-rogados de bens particulares do doador, adquiridos anteriormente ao início da união estável, de maneira que não estão sujeitos à partilha. Assim, não sendo a apelante meeira do doador, não há falar em erro com sua anuência ao negócio jurídico.

Em seu recurso aduz a apelante que sempre contribuiu com o doador convivendo maritalmente com ele por longo período *"mantendo/valorizando/acrescendo o patrimônio em debate, sempre trabalhando em prol do casal e do patrimônio doado por mais de 30 (trinta) anos"*.

Assevera que mesmo antes da venda dos imóveis em que residiam no município de Palestina/SP, cujo produto serviu para a aquisição dos imóveis na Comarca de Paranaíba/MS, ora doados, a apelante sempre contribuiu indiretamente para o aumento, valorização e manutenção do patrimônio do casal, ainda que não tenha contribuído financeiramente.

Pois bem, em que pesem os argumentos deduzidos pela apelante, tenho que a pretensão recursal é improcedente.

Restou devidamente demonstrado nos autos através de prova documental (f. 56/78) e testemunhal (f. 222, 224 e 284), que os imóveis rurais doados pelo apelado Fernando aos seus sete filhos eram de sua exclusiva propriedade, eis que sub-rogados de bens particulares adquiridos antes do início da união estável com a apelante.

As certidões do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Palestina, de f.56 e 57, demonstram que o apelado Fernando adquiriu seus primeiros imóveis, ainda no Estado de São Paulo, em referida Comarca, em 14/04/1972 e 26/07/1974, portanto, muito antes do início da união com a apelante, que ocorreu em 23/05/1980, conforme certidão de casamento religioso de f. 12.

Do mesmo modo, corroborando a prova documental, são os depoimentos das testemunhas de f. 222, 224 e 284, todos firmes e uníssonos no sentido de que, além de adquirir os imóveis na Comarca de Palestina antes de iniciar união estável com a apelante, o apelado Fernando utilizou-se do produto da venda de tais imóveis para adquirir os ora doados na Comarca de Paranaíba. Vejamos tais depoimentos:

Testemunha João Fausto Pitão (f. 222)

> "que conhece a autora e o réu Fernando há mais de quarenta anos; que quando os conheceu ainda não viviam juntos; que na época em que conheceu Fernando o mesmo morava como se casado fosse com a pessoa de Diorete; que naquela época Fernando trabalhava num sítio de seu pais; que posteriormente Fernando recebeu uma área de terras como herança dos pais e adquiriu outras duas de outros herdeiros; que na época do recebimento da herança e da aquisição das outras duas áreas, Fernando ainda vivia com Diorete; que depois dessas aquisições, Fernando não comprou mais nenhum imóvel em Palestina SP; que a autora passou a conviver com Fernando por volta do ano de 1980; que por volta de 1989 a autora e Fernando se mudaram para Paranaíba e a testemunha adquiriu o sítio no qual moram no município de Palestina SP; que este sítio era formado pela área de terras adquiridas por herança e por compra de outros dois herdeiros; que pagou em dinheiro e esse foi utilizado por Fernando para a aquisição de outra propriedade, localizada neste município [...]; que pagou quinhentos mil em moeda da época pelo sítio de Fernando, em Palestina SP; que com este dinheiro Fernando comprou a propriedade e o gado neste município, tendo sobrado algum valor [...]". (grifei)

Testemunha João Bernardes Filho (f.224)

> "que na época Fernando tinha um sítio que recebe, parte, de herança e parte adquirida de cunhados; que Fernando não tinha outra propriedade no município de Palestina SP; que Fernando vive com a autora há cerca de trinta anos e quando este relacionamento se iniciou já possuía o mencionado sítio, que com o produto da venda deste sítio Fernando adquiriu uma propriedade com 101 alqueires e 400 novilhas, neste município; que acompanhou Fernando quando o mesmo veio conhecer a propriedade e se recorda que a mesma já estava formada; que o sítio foi vendido por cerca de quinhentos e cinquenta moedas da época, suficiente para comprar a propriedade e gado neste município [...]". (grifei)

Testemunha Álvaro Conrado Francisco (f.284)

> "que conhece o autor, assim como o réu Fernando Gomes e os donatários relacionados na inicial; que tem conhecimento que o Sr. Fernando Gomes, por volta do ano de 1989, adquiriu em torno de 50 a 52 alqueirões de terras, não se recordando de quem, mas foi passado escritura; que o Sr. Fernando vendeu uma propriedade que possuía no Estado de São Paulo, perto de Guarda-Mor, em torno de 15 alqueirões, para adquirir as terras objeto da presente ação; que posteriormente o Sr. Fernando doou as terras aos filhos, reservando o direito de usufruto ao mesmo; que Guarda-Mor é distrito de Palestina-SP [...] que pelo conhecimento que tem a Sra. Maria da Glória de Souza Guimarães, nunca trabalhou de forma remunerada [...] ". (grifei)

Portanto, o vasto conjunto probatório colacionado aos autos permite concluir que a apelante não é meeira do apelado Fernando nos imóveis doados, não havendo falar em partilha à razão de 50% como pretende e, consequentemente, nulidade da doação por erro.

Se os imóveis doados são sub-rogados de bens particulares do apelado Fernando, adquiridos antes do início da união estável com a apelante, e se esta nunca exerceu atividade remunerada, tanto que admite expressamente em suas razões recursais que não contribuiu financeiramente, não compreendo como ela contribuiu para a formação, manutenção e valorização do patrimônio, sempre trabalhando em prol do casal, a ponto de tornar-se proprietária de 50% de tais imóveis.

A proteção que a lei dá às partes na formação/divisão do patrimônio, na hipótese de comunhão parcial de bens, requer a contribuição financeira de ambos os cônjuges (companheiros), ou, quando um

deles não exerce atividade remunerada, de qualquer bem adquirido a título oneroso durante a união, mesmo que adquirido por apenas um dos consortes, presumindo-se a contribuição do outro. Não é o caso.

Nesse sentido dispõe o Código Civil:

> "Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".
>
> "Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes".
>
> "Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:
>
> I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
>
> II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;".
>
> "Art. 1.660. Entram na comunhão:
>
> I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;".

Destarte, não sendo a apelante meeira do doador, ou seja, não tendo ela direito à partilha de 50% dos imóveis rurais doados aos filhos do apelado, não há falar em erro como vício de vontade a embasar a anulação do ato jurídico.

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. Joenildo de Sousa Chaves

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Campo Grande, 30 de janeiro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0003957-18.2008.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS (*PACTA SUNT SERVANDA*) – RELATIVIZAÇÃO - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS – INCIDÊNCIA – PACTUAÇÃO EXPRESSA – NECESSIDADE - TAXA EMISSÃO BOLETO – ILEGALIDADE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

É possível a revisão contratual sem infringir o princípio do *pacta sunt servanda* quando o contrato, cujas cláusulas são abusivas, advém de relação consumerista.

Mesmo reconhecendo a permissão legal para a capitalização dos juros em periodicidade inferior a um ano (art. 5, MP 2.170-36), mencionada prática torna-se válida apenas quando expressamente pactuada, o que ocorre no presente caso.

As taxas de emissão de carnê e abertura de crédito são abusivas, uma vez que transferem ao consumidor um encargo que deveria ser suportado pela instituição financeira, justamente porque corresponde a um ônus de sua atividade econômica e não se trata de serviço prestado ao consumidor, representando uma vantagem exagerada para a instituição financeira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, 30 de janeiro de 2013.

Des. Joenildo de Sousa Chaves - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Banco Finasa S.A., não se conformando com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação ordinária declaratória c.c consignação em pagamento c.c repetição de indébito c.c compensação com pedido liminar que lhe move Ivan Moreno Heberle, interpõe o presente recurso.

Sustenta o recorrente, em suas razões recursais, que: I) o contrato *sub judice,* que foi livremente pactuado entre as partes, é um ato jurídico perfeito e como tal deve ser obedecido; II) não há falar em ilegalidade da capitalização de juros, pois além de ter sido pactuada, o contrato foi firmado na vigência da Medida Provisória 2.170-36/2001; III) a taxa de emissão de carnê (TEC) não se configura como abusiva; IV) a verba sucumbencial foi arbitrada de maneira excessiva, devendo ser reduzida, bem como deve o apelado ser condenado em sua totalidade.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

Sem contrarrazões (f. 241).

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Finasa S.A., em face da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação ordinária declaratória c.c consignação em pagamento c.c repetição de indébito c.c compensação com pedido liminar que lhe move Ivan Moreno Heberle.

Ato jurídico perfeito - relativização do princípio do *pacta sunt servanda* e aplicação do Código de Defesa do Consumidor:

Pacífico é o entendimento de que as instituições financeiras submetem-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, tanto é que o Superior Tribunal de Justiça editou enunciado de súmula nesta vertente: *"Súmula 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"*.

O empréstimo bancário realizado com cliente da instituição financeira representa uma relação de consumo, atraindo, assim, a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor para efeito de revisar eventuais cláusulas abusivas do contrato.

Portanto, não merece prosperar a alegação de que o contrato faz lei entre partes e, por isso, deve ser cumprido da forma como fora pactuado. Ora, aplicando-se às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor no que pertine à possibilidade de revisão dos contratos, caberá ao julgador aferir a abusividade das cláusulas, para afastar eventuais ilegalidades.

Neste sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. [...]. Em face da relativização do princípio pacta sunt servanda, é possível revisar os contratos e suas cláusulas, para afastar eventuais ilegalidades, ainda que tenha havido quitação ou novação" (STJ – AgRg-REsp 200601293063 – (850739 RS) – 4ª T. – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – DJU 04.06.2007 – p. 00369).

> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – [...] – MÉRITO – FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO (PACTA SUNT SERVANDA) – RELATIVIZAÇÃO – [...]. É possível a revisão contratual sem infringir o princípio do pacta sunt servanda quando o contrato, cujas cláusulas são abusivas, advém de relação consumerista. [...]" (TJMS – AC 2007.035981-8 – Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves – J. 12.02.2008).

Como se vê, incide à hipótese a relativização do princípio *pacta sunt servanda*, que admite a ampla revisão da avença.

Capitalização de juros

Quanto à capitalização dos juros, embora o recurso especial objeto de instauração do incidente de processo repetitivo não tenha sido conhecido na parte em que versava sobre o assunto, extrai-se do inteiro teor daquele julgado relevantes informações sobre a cobrança de tal encargo:

> "Em seu parecer, o i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, afirma que 'o Superior Tribunal de Justiça não deve, enquanto não julgada definitivamente a ADIn nº 2316/DF, manifestar-se sobre o tema capitalização mensal de juros' (fls. 989).
>
> Entretanto, até que seja encerrado o julgamento do referido processo, deve prevalecer a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01, que admite a capitalização mensal de juros nas operações realizadas por instituições financeiras.
>
> O princípio da imperatividade assegura a auto-executoriedade das normas jurídicas, dispensando prévia declaração de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Ainda que esta presunção seja iuris tantum, a norma só é extirpada do ordenamento com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. E essa questão, na hipótese específica do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, ainda não foi resolvida pelo STF, nem mesmo em sede liminar".

Portanto, em virtude da presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01, é de ser reconhecida a legalidade da cobrança de capitalização em período inferior a um ano para os contratos celebrados após 31/03/2000, desde que pactuada.

Neste sentido, aliás, já vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do precedente abaixo:

> "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. [...]" (STJ, AgRg no REsp 995990/RS, Rel. Min. João Otávio De Noronha, Quarta Turma, DJe 02/02/2009)

Também já se decidiu que "n*ão 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"* (STJ, AgRg no REsp 917.459/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, QUARTA TURMA, julgado em 13.5.2008, DJ 2.6.2008)

Entretanto, mesmo reconhecendo a permissão legal para a capitalização dos juros em periodicidade inferior a um ano, mencionada prática torna-se válida apenas quando expressamente pactuada, o que ocorre nos presente caso, conforme se verifica do contrato (f.23).

Tarifa para emissão de boleto bancário (TEC)

Mantenho o entendimento de que a cobrança pelas instituições financeiras de tarifa para emissão de boleto bancário (TEC), ainda que prevista contratualmente, é abusiva, pois representa uma vantagem exagerada para o credor, que, além de ser remunerado pelo serviço prestado, qual seja, o financiamento, isenta-se de arcar com despesas inerentes à prestação de seu serviço.

A propósito já decidiu este Tribunal:

> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA REVISIONAL DE DÉBITO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – COBRANÇA DE TAXA PARA EMISSÃO DE BOLETOS BANCÁRIOS – ILEGALIDADE – [...]. A cobrança de tarifa pela emissão de boleto bancário e taxa de abertura de crédito é abusiva, uma vez que transfere ao consumidor um encargo que deveria ser suportado pela instituição financeira. [...]" (AC 2008.032498-0 – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – J. 11.12.2008).

> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – [...] – COBRANÇA TAC E TEC – ILEGAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]. As taxas de emissão de carnê e abertura de crédito são abusivas, uma vez que transferem ao consumidor um encargo que deveria ser suportado pela instituição financeira, justamente porque corresponde a um ônus de sua atividade econômica e não se trata de serviço prestado ao consumidor, representando uma vantagem exagerada para a instituição financeira. [...]" (AC 2008.013409-9 – Rel. Des. Luiz Carlos Santini – J. 02.12.2008).

Assim sendo, as importâncias cobradas deverão ser devolvidas, podendo ser compensadas, e aquelas referentes à emissão dos boletos bancários inseridas nas parcelas subseqüentes, excluídas, conforme disposto na sentença.

Por fim, pretende o banco-apelante a redução do valor dos honorários advocatícios de sucumbência, fixados pela magistrada *a quo* em R$1.000,00, pois entende que a verba foi arbitrada em valor demasiadamente elevado.

Sem razão o apelante.

Verifica-se da condenação sucumbencial que a juíza da causa utilizou como fundamento o critério da equidade, previsto na norma do art. 20, § 4º, do CPC, considerando para o arbitramento da verba honorária a natureza e a importância da causa, o grau de zelo dos profissionais e o tempo de trabalho despendido.

Portanto, agiu com acerto a magistrada na fixação dos honorários, observando o critério da equidade e ainda os princípios da razoabilidade-proporcionalidade.

No caso, arbitrar a remuneração dos advogados em valor menor significa menosprezar sua atividade profissional, o que é inadmissível.

Diante do exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento tão somente para admitir a cobrança da capitalização de juros na forma contratada, qual seja, mensalmente, eis que prevista no contrato.

Em decorrência da sucumbência recíproca, as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R$1.000,00, deverão ser distribuídos entre os litigantes na proporção de 60% para o requerente e 40% para o requerido, admitindo-se a compensação. Fica, entretanto, sobrestada a exigibilidade do pagamento da parte autora, em razão do disposto no artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Campo Grande, 30 de janeiro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0366692-17.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ÔNUS DA PROVA DO AUTOR – NÃO DEMONSTRADO *ANIMUS CALUNIANDI*- CONFIGURADO *ANIMUS NARRANDI* – DANO MORAL AUSENTE – MERO ABORRECIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I- Configura-se *animus narrandi* a intenção meramente informativa da notícia prestada, sem agregar qualquer juízo de valor ou demonstrar a intenção em ofender.

II- Não há se falar em responsabilização civil por ofensa à honra quando não se demonstrou a ocorrência do alegado ato ilícito, nos termos do artigo 333, inc. I, do CPC.

III- Para que o dano moral se configure não basta que a conduta tenha causado mero aborrecimento, sendo necessário que atinja valores eminentemente espirituais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2013.

Des. Joenildo de Sousa Chaves - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Vicente de Paula Maciel de Arruda, irresignado com a sentença proferida pela 9ª Vara Cível desta Comarca que julgou improcedente o pedido constante na ação de indenização por danos morais que move em desfavor de José Carlos da Silva, interpõe o presente recurso de apelação.

Alega o apelante que as provas carreadas aos autos, bem como os depoimentos e oitivas de testemunhas demonstraram o dano moral que sofreu em decorrência das declarações caluniosas proferidas pelo apelado.

Defende que não há se falar em *animus narrandi,* como entendeu o juízo *a quo*, mas sim em a*nimus caluniandi*, pois o apelado imputou-lhe o crime de roubo quando não há qualquer prova de que o fato por ele "narrado" tenha sequer resquício de verdade.

Sustenta que as ofensas que lhe foram rogadas diminuíram seu prestígio público e atingiram a sua imagem, causando-lhe perda da estima pela repercussão dos efeitos do conteúdo calunioso no meio social e profissional em que atuava.

Afirma que o apelado sequer era membro do Conselho Deliberativo e que teria comparecido na reunião somente para constrangê-lo no desempenho de sua função na diretoria do clube, o que o fez até mesmo se retirar do quadro do Conselho em decorrência do abalo moral sofrido.

Destaca que todos os pressupostos que materializam a responsabilidade civil e ensejam a indenização por danos morais foram demonstrados durante a instrução processual.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de condenar o apelado à indenização por danos morais.

Contrarrazões às fls. 161/168.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Vicente de Paula Maciel de Arruda que, irresignado com a sentença proferida pela 9ª Vara Cível desta Comarca que julgou improcedente seu pedido na ação de indenização por danos morais que move em face de José Carlos da Silva, interpõe recurso de apelação.

Consta nos autos que o apelante requereu indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) sob argumento de que sua honra foi atingida por ato ilícito do apelado que, na condição de Sócio- Contribuinte do clube UBSSFA (União Beneficente dos Subtenentes e Sargentos das Forças Armadas), compareceu em reunião do Conselho Deliberativo, na qual lhe foi autorizado fazer um comunicado acerca da circulação de notícias, e informou que *Não seria justificável o apelante ter sido indicado pela Diretoria Executiva para ocupar o cargo de 3º Vice-Presidente, pois foi dispensado das funções de assessor do Departamento Sócio-Cultural por ter praticado roubo (fls. 17)*. O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido do apelante por entender que não restou configurado qualquer ato ilícito do apelado.

Tenho que melhor sorte não encontra o apelante, sendo o seu inconformismo injustificável, eis que a sentença não merece qualquer reparo.

Analisando os autos, verifica-se que não está configurado qualquer ato ilícito por parte do apelado, pois este tão somente comunicou os fatos decorrentes da notícia que circulava entre os membros da instituição, incorrendo assim em *animus narrandi*, configurado pela intenção meramente informativa da notícia prestada, sem agregar qualquer juízo de valor, o que se verifica no presente caso, como bem destacou o juízo *a quo.*

Desta feita, ao contrário do que alega o apelante, não há se falar que o apelado incorreu *em animus caluniandi*, pois para que este se configure o agente deve ter a vontade consciente de causar dano à vítima através de uma afirmação falsa acerca da prática de um crime que sabe ser o mesmo inocente, o que não foi demonstrado no caso em tela.

Portanto, inexiste o dever de indenizar tendo em vista que não restou demonstrada a intenção do apelado em ofender, pois este tão somente utilizou-se do direito à palavra em reunião do Conselho Deliberativo do clube em que era Sócio-Contribuinte, limitando-se a relatar, para os membros de direção competentes, notícia que circulava no interior do clube, e que foi ratificado por pronunciamento de próprio membro do Conselho na mesma reunião, conforme consta em ata (fls. 17).

Neste sentido, apresentam-se os seguintes julgados:

> "Nos delitos contra a honra, é necessário, além do dolo, o propósito de ofender (animus) que inexiste se o corre o mero animus narrandi." (Resp 118.417 – DF – DJU de 25/2/1998, p. 97/98).Destaquei.
>
> "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI DE IMPRENSA. CRIMES CONTRA A HONRA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE SUBJETIVA DA CONDUTA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO ANIMUS DIFFAMANDI VEL INJURIANDI. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. [...].
>
> 2. Se perceptível primus ictus oculi que a vontade do recorrente está desacompanhada da intenção de ofender, elemento subjetivo do tipo, vale dizer, praticou o fato ora com animus narrandi, ora com animus criticandi, não há falar em crime de calúnia, injúria ou difamação. Recurso provido" (RHC 15941- PR– DJ de 1/2/2005, p 611).

Verifica-se, portanto, que o apelado limitou-se a narrar fatos de interesse coletivo *(animus narrandi)*, quando se operam as chamadas "excludentes de ilicitude", não havendo que se falar em responsabilização civil por ofensa à honra quando não restou demonstrada a intenção do apelado em ofender.

Ademais, para que reste caracterizado o dano moral, não basta que a conduta ilícita tenha causado mero aborrecimento à suposta vítima, é necessário que tenha atingido valores eminentemente espirituais, que transpõem o limite do razoável. Meros aborrecimentos ou dissabores do cotidiano não são indenizáveis.

Neste passo, leciona Arnaldo Rizzardo:

> "o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranqüilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos." (Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 246)

Desta feita pode-se afirmar, no caso em tela, que o apelante sofreu mero dissabor, já que não restou caracterizado qualquer ato do apelado capaz de macular a honra do apelante, pois nem mesmo houve prova de que a informação relatada pelo apelado ao Conselho Deliberativo repercutiu externamente, no âmbito social ou profissional do apelante, como este alega.

Dispõe ainda o artigo 333, inc. I, do Código de Processo Civil que: "*O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito*."

Trago à colação os ensinamentos do eminente Professor Ernane Fidélis dos Santos:

> "[...] A regra que impera mesmo em processo é a de que 'quem alega o fato deve prová-lo'. O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência de fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova [...]" (Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 380).

Acerca do tema, trago julgado deste Egrégio Tribunal:

> E M E N T A- APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – ÔNUS DA PROVA – INOBSERVÂNCIA ART. 333, I, DO CPC – VEICULAÇÃO DE NOTA DE ESCLARECIMENTO EM JORNAL – MERA EXPOSIÇÃO DE OPINIÃO – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – RECURSO IMPROVIDO.

> O art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, prevê que o ônus da prova recai sobre o autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, deixando a parte de cumpri-lo quando não traz aos autos elementos concretos suficientes para conferir veracidade às suas alegações.
>
> Se o indivíduo, em matéria veiculada na mídia, limita-se a expor opinião ou posição contrária à de outrem, sem que lhe ofenda a dignidade ou o decoro, não há falar na ocorrência de danos morais. (AC 2006.008083-1, Rel. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, 2ª Turma Cível, j 23.9.2008)

Portanto, a meu juízo não se demonstrou a ocorrência de ato ilícito praticado que justifique o pedido de indenização por dano moral, tratando-se o presente caso de mero aborrecimento.

Desta feita, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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. Des. Joenildo de Sousa Chaves, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0001782-26.2010.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 – SIMPLES MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DE UM DOS CÔNJUGES – NÃO NECESSIDADE DE SANEAMENTO DE EFEITOS COLATERAIS – JUSTIÇA GRATUITA – PEDIDO JÁ INDEFERIDO – NÃO ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Com a Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual alterou o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, para dispor que *"o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio"*, o divórcio passou a ser simplesmente um direito potestativo dos cônjuges não subordinado a critérios temporais, passível de ser exercido em conjunto ou separadamente, pela via judicial ou administrativa.

O divórcio não está condicionado aos seus efeitos colaterais (alimentos, guarda de filhos, uso do nome e partilha de bens), ou seja, pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens (artigo 1.581 do CC e Súmula nº 197 do STJ) e sem que haja o adimplemento de obrigação alimentícia assumida quando da separação judicial (o inciso II do parágrafo único do artigo 36 da Lei nº 6.515/77 não foi recepcionado pela Constituição Federal – STF, RE 387.271).

Mantém-se o indeferimento do pedido de justiça gratuita se a parte requerente não comprovou nos autos a ocorrência de evento superveniente capaz de acarretar a redução da sua capacidade financeira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª 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, 8 de janeiro de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Hercília de Araújo Sobreira interpõe apelação cível contra a sentença, proferida nesta Ação de Conversão de Separação Judicial em Divórcio, que lhe move **Pedro Sobreira**, em que o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido de dissolução da sociedade conjugal e, em consequência, decretou o divórcio do casal.

Alega, em síntese, que: **a)** não foi paga pelo apelado a pensão alimentícia correspondente a 123 (cento e vinte e três) parcelas, no montante de R$ 163.098,00 (cento e sessenta e três mil e noventa e oito reais); **b)** o apelado também não lhe pagou o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do imóvel

descrito à f. 202v; **c)** uma vez que o artigo 36, II, da Lei nº 6.515/77 foi recepcionado pela CF, somente após sanadas as pendências mencionadas e que haviam sido estabelecidas na separação judicial é que poderá ser analisado o pedido de conversão; **d)** faz jus aos benefícios da justiça gratuita.

Prequestiona o inciso II do artigo 36 da Lei nº 6.515/77 e requer o conhecimento e o provimento do recurso, com vistas à reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido inicial, enquanto não sanadas as pendências indicadas acima. Requer, ainda, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Nas contrarrazões, o apelado defende o não provimento do recurso.

O Ministério Público de 1ª instância opinou pelo conhecimento e pelo não provimento do apelo (f. 228-233). Já a Procuradoria de Justiça deixou de opinar nos autos, por entender que não seria o caso de intervenção ministerial (f. 238-241).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira. (Relator)

Depreende-se dos autos que Pedro Sobreira ajuizou esta ação de conversão de separação judicial em divórcio em face de Hercília de Araújo Sobreira, alegando, em síntese, que: *i)* foram casados de 3.7.1950 a 23.11.1976, quando foi realizado judicialmente o desquite consensual do casal; *ii)* atualmente continuam separados, sem que exista a possibilidade de reconstituição da vida em comum. Por conta disso, requereu a conversão da separação judicial em divórcio.

Citada, a requerida apresentou contestação, em que requereu, entre outras coisas, o deferimento da justiça gratuita e em que propôs reconvenção, para que o requerente fosse condenado a pagar a pensão alimentícia correspondente a 123 (cento e vinte e três) parcelas, no montante de R$ 163.098,00 (cento e sessenta e três mil e noventa e oito reais), e a pagar o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do imóvel descrito à f. 37 (f. 31-40).

O pedido de justiça gratuita formulado pela requerida não foi conhecido (f. 99-101) e a reconvenção foi indeferida (f. 112-114). Tais decisões foram mantidas por este Tribunal, no Agravo de Instrumento nº 2011.026157-8 e recursos vinculados a ele, o qual está sendo objeto de agravo perante o STJ.

Após o regular trâmite do processo, o magistrado *a quo* proferiu sentença, julgando procedente o pedido de dissolução da sociedade conjugal e, em consequência, decretou o divórcio do casal. Sentença ora combatida.

A meu ver, deve ser mantida a sentença.

Conversão da separação judicial em divórcio.

Sabe-se que, com a Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual alterou o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, para dispor que *"o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio"*, **o divórcio passou a ser simplesmente um direito potestativo dos cônjuges não subordinado a critérios temporais**, passível de ser exercido em conjunto ou separadamente, pela via judicial ou administrativa.

Ou seja, a partir da EC nº 66/2010, o único requisito para o divórcio passou a ser o desafeto, não se exigindo mais nenhum prazo para a sua decretação. Portanto, basta que um ou ambos os cônjuges peça o divórcio que ele poderá ser concedido.

O divórcio inclusive não está condicionado aos seus efeitos colaterais (alimentos, guarda de filhos, uso do nome e partilha de bens). Pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens (artigo 1.581 do CC[1] e Súmula nº 197 do STJ[2]).

Embora o inciso II do parágrafo único do artigo 36 da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) condicione a conversão da separação judicial em divórcio ao cumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação, ele não foi recepcionado pela Constituição Federal (artigo 226, § 6º); logo, o inadimplemento de obrigação alimentícia assumida quando da separação judicial não impede a transformação em divórcio (STF-Pleno, RE 387.271, Min. Marco Aurélio, j. 8.8.07, DJU 1.2.08).

Com base nessas premissas, verifico que, *in casu*, deve mesmo ser convertida a separação em divórcio, pois o apelado apresentou expressamente a sua intenção de decretação do divórcio, informando a impossibilidade de manutenção do vínculo conjugal.

Não prospera a alegação da apelante de que, enquanto não sanadas as pendências quanto à pensão alimentícia e à partilha de bem, não deve ser concedido o divórcio, pois, conforme dantes mencionado, tais efeitos colaterais do descasamento não impedem a decretação do divórcio, que necessita somente da manifestação de vontade de um dos cônjuges.

É bom que se diga também que essas supostas pendências mencionadas pela apelante (falta de pagamento de pensão alimentícia e de 50% de bem imóvel) foram matérias tratadas por ela na reconvenção, a qual teve seu processamento indeferido. Portanto, a rigor, tais questões não poderiam sequer ser alegadas nas razões recursais, sob pena de inovação da lide.

Mesmo que o STJ determine a análise da reconvenção, as matérias arguidas nela não são capazes de impedir a conversão da separação judicial em divórcio, já que não há nenhuma dependência fática ou jurídica entre eles, de modo que deve ser mantida a sentença.

Justiça gratuita.

A propósito, relembro que já indeferi o pedido de justiça gratuita à apelante, no Agravo de Instrumento nº 2011.026157-8, por entender que ela reúne condições de arcar com as despesas do processo, sem prejuízo de sua subsistência.

Tomei tal decisão baseado nos fatos de a recorrente, quando da partilha dos bens do casal (f. 50-64), ter ficado com parte de imóveis, inclusive com parte de uma gleba de terras, cuja área total é de 9.959 ha e 569 m^2 (nove mil novecentos e cinquenta e nove hectares e quinhentos e sessenta e nove metros quadrados), e de a apelante ter contratado advogados particulares para patrocinarem a causa.

Desta feita, e considerando que a apelante não comprovou nos autos a ocorrência de evento superveniente capaz de acarretar a redução da sua capacidade financeira, mantenho o indeferimento do pedido de justiça gratuita.

Prequestionamento.

Por fim, registro que, encontrado nos fundamentos antes declinados os motivos de convencimento necessários para solucionar o conflito, torna-se desnecessário fazer expressa referência ao dispositivo legal mencionado pela apelante, a título de prequestionamento, o qual não restou ofendido, mormente porque não foi recepcionado pela CF.

1 CC, art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

2 Súmula nº 197, STJ. O divorcio direto pode ser concedido sem que haja previa partilha dos bens.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, acompanhando o parecer ministerial, 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. Dorival Renato oswa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Josué de Oliveira, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 08 de janeiro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0003777-04.2010.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – SEGURO RESIDENCIAL – FURTO – COBERTURA SOMENTE DE FURTO QUALIFICADO – CONTRATO DE ADESÃO – INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE FORMA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – DEVER DE RESSARCIR OS DANOS MATERIAIS – DANO MORAL – RECUSA DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA FEITA COM BASE EM CLÁUSULA DO CONTRATO – MERO DISSABOR – NÃO CONFIGURADO – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

O simples fato de o apelante ter repetido os argumentos deduzidos nos autos não impede o conhecimento da apelação cível, notadamente quando apresenta os motivos pelos quais deseja ver reformada a sentença e o seu pedido delimita o âmbito de devolutividade da irresignação.

Nos casos de contrato de seguro residencial, espécie de contrato de adesão, as cláusulas de interpretação controvertida devem ser analisadas de forma mais favorável ao aderente (artigo 423 do Código Civil c/c artigo 47 do CDC).

"A seguradora é obrigada a indenizar o segurado que teve o seu imóvel residencial furtado, ainda que o contrato de adesão celebrado entre ambos contenha cláusula que estabeleça que a seguradora não responderá por perdas e danos causados por furto simples, principalmente diante da complexidade, no caso concreto, em se definir se houve furto simples ou qualificado. (TJ-MS, AC 2005.000813-5).

"A recusa da seguradora, quando se insere no âmbito da discussão do contrato, a propósito da incidência de cláusula de exclusão de cobertura, não enseja, via de regra, indenização por danos morais" (STJ, REsp 721.647/SC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª 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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Eduardo da Silveira Grillo interpõe apelação cível contra a sentença, proferida nesta Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais, que move em face de HDI Seguros S/A e de HSBC Bank Brasil S/A, em que o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais, para condenar as

requeridas a pagar, de modo solidário, o valor de R$ 1.880,00 (um mil oitocentos e oitenta reais), referente ao notebook furtado da residência do autor, e julgou improcedentes os pedidos de indenização pelo furto de joias e de indenização por danos morais.

O autor-apelante se insurge contra a parte da sentença em que foi julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais, por entender que sofreu sim danos morais, já que, além de ter sido negada de maneira indevida a indenização securitária, os requeridos-apelados agiram com descaso para com ele, tendo inclusive que dormir por 3 (três) dias em casa de amigos, sem ter acesso aos seus bens pessoais existentes no interior da residência, por conta da necessidade de vistoria no imóvel, o que só se realizou cerca de 15 (quinze) após o fato delituoso.

A requerida HDI Seguros S/A apresentou contrarrazões, onde suscitou preliminar de não conhecimento do recurso do autor, por ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, defendeu o não provimento do apelo.

O banco HSBC Bank Brasil S/A também ofertou contrarrazões a esse recurso, em que requereu o não provimento.

Por meio de recurso adesivo, a requerida **HDI Seguros S/A** também recorre da sentença, em que requer a exclusão da indenização securitária, pois o evento ocorrido se deu por risco legitimamente não coberto (furto simples).

O autor apresentou contrarrazões ao apelo da seguradora, nas quais pede o não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira. (Relator)

Consta dos autos que o requerente (Eduardo da Silveira Grillo) celebrou, por intermédio do segundo requerido (HSBC Bank Brasil S/A), contrato de seguro residencial com a primeira requerida (HDI Seguros S/A), com vigência de 15.3.2010 a 15.3.2011, conforme apólice n. 01.050.105.159150. Em 25.5.2010, o requerente deu aviso de sinistro à requerida HDI Seguros S/A, comunicando-lhe a ocorrência de um furto em sua residência, com prejuízo na ordem de R$ 3.000,00 (três mil reais). Após a apuração da ocorrência, a seguradora se recusou a ressarcir o prejuízo, por entender que ocorrera furto simples, cobertura não contratada na apólice, que prevê indenização apenas para furto qualificado. Não se conformando com essa justificativa, o requerente veio a juízo para pleitear a ressarcimento pelos danos materiais e morais, alegando que se trata de furto qualificado e que, mesmo que se tratasse de furto simples, o ônus para assim demonstrar seria das requeridas, em obediência ao princípio da inversão do ônus da prova, como recomenda o Código de Defesa do Consumidor.

Após o regular trâmite processual, o magistrado *a quo* proferiu sentença para julgar parcialmente procedente os pedidos iniciais, condenando as requeridas a pagar, de modo solidário, o valor de R$ 1.880,00 (um mil oitocentos e oitenta reais), referente ao notebook furtado da residência do autor, e julgar improcedentes os pedidos de indenização pelo furto de joias e de indenização por danos morais. Sentença ora combatida pelas partes.

Os recursos serão analisados em conjunto e de acordo com a prejudicialidade das matérias.

Preliminar.

- Dialeticidade.

A invocação de ofensa ao princípio da dialetalidade, feita pela recorrida HDI Seguros S/A nas contrarrazões, não tem razão de ser.

Como visto no relatório, a petição do recurso do autor satisfaz as exigências do artigo 514 do Código de Processo Civil. Tanto é verdade que as apeladas bem entenderam o propósito do recorrente, elaborando as contrarrazões sem dificuldade alguma.

O simples fato de o autor-apelante ter repetido alguns dos argumentos deduzidos nos autos não impede o conhecimento da apelação cível, notadamente quando apresenta os motivos pelos quais deseja ver reformada a sentença e o seu pedido delimita o âmbito de devolutividade da irresignação.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. REPETIÇÃO DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NA CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE.
>
> I – 'A repetição dos argumentos deduzidos na contestação não impede, por si só, o conhecimento do recurso de apelação, notadamente quando suas razões estão condizentes com a causa de pedir e deixam claro o interesse pela reforma da sentença.' (REsp 707.776/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 01/12/2008). [...]." (REsp 1172829/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 13/05/2011).

Por tais razões, fica rejeitada a prefacial.

Mérito.

- *Cobertura securitária.*

Sabe-se que, nos casos de contrato de seguro residencial, espécie de contrato de adesão, as cláusulas de interpretação controvertida devem ser analisadas de forma mais favorável ao aderente (artigo 423 do Código Civil[1] c/c artigo 47 do CDC[2]).

No caso *sub judice*, os requeridos se negam a pagar os prejuízos provenientes do furto na residência do autor, alegando que não houve comprovação de que o furto foi qualificado, pois, durante a vistoria no imóvel foi constado que *"a janela lateral se encontrava aberta, ou seja, sem rompimento de obstáculo"* (f. 80), local por onde o(s) assaltante(s) teria(m) entrado na casa, o que deixaria claro que o que ocorreu foi um furto simples, não sendo dessa forma responsáveis pelo pagamento dos danos, já que existe cláusula expressa no contrato que exime a seguradora do pagamento em casos como este.

Transcrevo parte do manual do segurado juntado pela requerida HDI Seguros S.A às fls.113/150 referente às seguintes normas e definições:

> "CLÁUSULA 4ª – GLOSSÁRIO DE TERMOS TÉCNICOS
>
> [...]
>
> FURTO QUALIFICADO: Subtração, para si ou para outrem, de coisa alheira móvel, caracterizado quando o crime é cometido:

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

2 Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

I. Com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II. Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III. Com emprego de chave falsa;

IV. Mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Salientamos, entretanto, que as garantias que venha garantir prejuízos decorrentes de furto qualificado, restringem-se apenas àqueles caracterizados quando o crime é cometido com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

FURTO SIMPLES: Subtração para si ou para outrem, de coisa móvel alheia, sem deixar vestígios. Evento não garantido por qualquer das garantias previstas neste contrato de seguro, ou seja, trata-se de risco excluído." F. 115 e 117.

Conforme bem observou o juiz *a quo*, essas cláusulas devem ser compreendidas e interpretadas com certa reserva. Se é tormentosa a discussão para definir a diferença entre furto simples e furto qualificado entre os profissionais do direito, imagine para o leigo.

Portanto, a interpretação dessas cláusulas contratuais não pode redundar em prejuízo ao consumidor, notadamente porque, pelo glossário, se houver vestígios, já não se caracteriza o furto simples. E, no presente caso, houve vestígio, tanto que a perícia da Polícia Civil atestou marcas de sapato no local por onde teria entrado o autor do furto (f. 51-54).

Percebe-se também da leitura do glossário acima que a cobertura securitária no caso de furto qualificado restringe-se apenas às hipóteses em que o crime é cometido com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, restrição essa que limita o próprio conceito de furto qualificado (artigo 155, § 4º, CP[3]) e que, por conta disso, torna abusiva essa cláusula, nos termos do artigo 51, IV, do CDC[4].

Desta feita, há de ser mantida a condenação das requeridas pelos danos materiais comprovados.

Nesse sentido é o entendimento deste Tribunal de Justiça (sem destaque nos originais):

"EMENTA – AÇÃO DE COBRANÇA C/C DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINARES – INTEMPESTIVIDADE – AFASTADA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE/FALTA DE INTERESSE RECURSAL – AFASTADA – COBRANÇA SEGURO – CONTRATO DE ADESÃO – FURTO SIMPLES OU QUALIFICADO – IRRELEVÂNCIA – BOLETIM DE OCORRÊNCIA – PAGAMENTO DO SEGURO CONTRATADO – DEVIDO – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

De acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em favor do contratante, nos termos do que dispõe o art. 47 da Lei n. 8.078/90." (Apelação Cível N. 2010.006308-9. Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Quinta Turma Cível. j. 18.3.2010).

3 **Furto qualificado**

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:
I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;
II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;
III - com emprego de chave falsa;
IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

4 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;

> "EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA SEGURO – CONTRATO DE ADESÃO – FURTO SIMPLES OU QUALIFICADO – IRRELEVÂNCIA – BOLETIM DE OCORRÊNCIA – PROVA QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR AS MERCADORIAS FURTADAS – JUROS DE MORA – DEVIDOS – RECURSO IMPROVIDO. A distinção entre "furto simples e qualificado", dada sua natureza exclusivamente jurídica, torna abusiva a contratação do seguro. O Boletim de Ocorrência se mostra suficiente para comprovar os prejuízos suportados pela segurada, ainda mais quando não há outras provas nos autos capaz de ilidir o seu conteúdo. [...]." (Apelação Cível N. 2008.010145-4. Relator Des. Rêmolo Letteriello. Quarta Turma Cível. j. 13.5.2008).

> "E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – CLÁUSULA QUE EXCLUI A RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA NO CASO DE FURTO SIMPLES – CONTRATO DE ADESÃO – ART. 423 DO CÓDIGO CIVIL C.C. ART. 51 DO CDC – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. A seguradora é obrigada a indenizar o segurado que teve o seu imóvel residencial furtado, ainda que o contrato de adesão celebrado entre ambos contenha cláusula que estabeleça que a seguradora não responderá por perdas e danos causados por furto simples, principalmente diante da complexidade, no caso concreto, em se definir se houve furto simples ou qualificado. Cláusulas duvidosas decorrentes de contrato de adesão devem ser interpretadas a favor do aderente ou ainda serem consideradas nulas, em conformidade ao art. 423 do Código Civil c.c. art. 51 do CDC." (Apelação Cível Nº 2005.000813-5. Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Quinta Turma Cível. j. 23.10.2008).

> "E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – FURTO SIMPLES – CLÁUSULA DAS CONDIÇÕES GERAIS QUE EXCLUI TAL MODALIDADE – COBERTURA APENAS PARA FURTO QUALIFICADO – CONTRATO DE ADESÃO – DESCONHECIMENTO DA CLÁUSULA PELA PESSOA COMUM QUE NÃO DISTINGUE AS MODALIDADES DE FURTO – DESCONSIDERAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DATA DA RECUSA DO PAGAMENTO – JUROS DE MORA – A PARTIR DA CITAÇÃO – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. Sendo o contrato de seguro de adesão, é de se desconsiderar a cláusula que excluiu da cobertura o furto simples, já que se deve presumir que a pessoa comum não distingue as modalidades de furto ou diferenças entre o simples e o qualificado. [...] ." (Apelação Cível N. 2004.005033-0. Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves. Primeira Turma Cível. j. 20.6.2006).

- Danos morais.

A respeito, comungo do entendimento esposado na sentença, qual seja, de que não restou configurado o dano moral, pois, ainda que abusivas as práticas contratuais, fato é que o não pagamento pautou-se por cláusula contratual existente.

Em casos semelhantes aos dos autos, o STJ se posicionou da seguinte forma:

> "RECURSO ESPECIAL. SEGURO FACULTATIVO. INVALIDEZ. DOENÇA PREEXISTENTE. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL. DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA.
>
> [...] 2. **A recusa da seguradora, quando se insere no âmbito da discussão do contrato, a propósito da incidência de cláusula de exclusão de cobertura, não enseja,**

via de regra, indenização por danos morais (cf. REsp 795.027/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior). [...]" (REsp 721.647/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 11/04/2011). Destaquei.

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. SINISTRO EM AUTOMÓVEL. COBERTURA. CONSERTO REALIZADO POR OFICINA CREDENCIADA OU INDICADA PELA SEGURADORA. DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO PELA OFICINA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SEGURADORA E DA OFICINA CREDENCIADA. RECONHECIMENTO. DANOS MATERIAIS ACOLHIDOS. DANOS MORAIS REJEITADOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] 4. **O simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável.** No caso em exame, não se vislumbra nenhuma excepcionalidade apta a tornar justificável essa reparação. [...]." (REsp 827.833/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012). Destaquei.

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. VIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO E SEM PREQUESTIONAMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

[...] III. 'O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível' (REsp n. 876.527/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 28.4.2008). [...] ." (AgRg no AgRg no Ag 1033070/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 30/09/2010). Destaquei.

É controvertida a alegação do autor de que teve que dormir por 3 (três) dias em casa de amigos, sem ter acesso aos seus bens pessoais existentes no interior da residência, por conta da necessidade de vistoria no imóvel, o que só teria sido realizada cerca de 15 (quinze) após o fato delituoso, visto que, na própria petição inicial, o autor alega que, na primeira noite, dormiu na casa de amigos e, no dia seguinte, foi informado que poderia voltar para a residência (f. 3). Além disso, pela "Ata de Vistoria do Sinistro" (f. 104), verifica-se que a vistoria foi realizada um dia após o sinistro, ou seja, no dia 26.5.2010, ata essa que inclusive foi assinada pelo autor.

Logo, embora o autor tenha sofrido dissabor com a situação, tal fato não se apresenta como suficiente para produzir dano na sua esfera íntima, motivo pelo qual, mantém-se a rejeição do pedido de indenização por danos morais.

DISPOSITIVO.

Em razão do exposto, rejeito a preliminar, conheço dos recursos interpostos, mas **nego-lhes** provimento para manter inalterada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Josué de Oliveira, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0069.8.12.00018419-50.200 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONDOMÍNIO DE APARTAMENTOS – REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE GARAGEM – REQUISITOS DO ART. 927 CPC NÃO DEMONSTRADOS – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE PARA CONVERSÃO DO PEDIDO EM AÇÃO PETITÓRIA – RECURSO DESPROVIDO.

I – Tendo sido ajuizada ação possessória, quando a intenção era o aforamento de ação petitória, não se aplica o princípio da fungibilidade para a conversão da ação.

II – Sem a demonstração dos requisitos previstos no art. 927 do CPC, mantém-se a sentença de improcedência de pedido formulado em ação de reintegração de posse de garagem de condomínio utilizada há cerca de duas décadas pelo mesmo morador.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª 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, 8 de janeiro de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

CIRIACO SATURNINO DE LACERDA e sua mulher **THEREZA CONCEIÇÃO ARMANI LACERDA** interpõem **recurso de apelação** contra a sentença de fls. 148-152, proferida nos autos da Ação de Reintegração /Manutenção de Posse[1] que promoveram em desfavor de **SARA BITENCOURT VIEIRA** e de **CONDOMÍNIO ITACOLOMI**, que julgou **improcedente** a demanda, condenando-os ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios à defesa da requerida Sara Bitencourt Vieira, estes no importe de R$ 800,00 (oitocentos reais), bem como que **julgou extinto o feito, sem resolução de mérito**, com arrimo no art. 267, inciso VI, do CPC, em relação ao requerido Condomínio Itacolomi, em vista de sua ilegitimidade para a demanda, condenando também os autores ao pagamento de honorários advocatícios à defesa deste último demandado no importe de R$ 300,00 (trezentos reais), na forma do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Sustentam, em síntese, que: **(a)** a sentença deve ser reparada por se alicerçar em presunções, ilações e deduções, pois o que prevalece é a matrícula que confere e garante o domínio; **(b)** a ata do condomínio

1 Autos nº 0068419-50.2009.8.12.0001, da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

e convenção não deve prevalecer, haja vista que não tem o condão de modificar os termos constantes da matrícula do imóvel; **(c)** a apelada não conseguiu se desincumbir do ônus da prova quanto ao domínio específico da garagem.

Pedem provimento ao recurso para reformar a sentença recorrida, a fim de julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, com a inversão do ônus da sucumbência.

Contrarrazões pelo improvimento do apelo (fls. 171-180).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira. (Relator)

Consta dos autos que, no início do ano 2009, o Sr. CIRÍACO SATURNINO DE LACERDA e sua esposa, Srª. THEREZA CONCEIÇÃO ARMANI DE LACERDA, adquiriram da Srª Vana Charbel Moura um apartamento identificado sob o n. 101, Bloco n. 12, do Residencial Parque Itacolomi, sito à Av. Mato Grosso, n. 4.527, nesta capital.

Na escritura pública de compra e venda, lavrada em 11.2.2009, no 4º Tabelionato e Oficial de Registro de Títulos e Documentos da Comarca de Campo Grande (f. 9-11), que se espelhou na matrícula do imóvel n. 151.118, de 2.1.1992, do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campo Grande, constou que o imóvel, além das dependências normais, era dotado de uma *"vaga de garagem n. 01"* (f. 12-13).

Cerca de nove meses após o negócio, os compradores ajuizaram uma Ação de Obrigação de Fazer c/c pedido de Tutela Antecipada em face do CONDOMÍNIO ITACOLOMI e em face da Srª. SARA BITENCOURT VIEIRA, essa proprietária do apartamento n. 201, Bloco 12, do mesmo Condomínio, postulando a entrega da garagem que dizem ser de sua propriedade.

Como causa de pedir indicaram na inicial que, desde a aquisição do referido imóvel, os compradores não conseguiram utilizar a garagem pertencente ao seu apartamento, uma vez que a Srª. SARA, proprietária do apartamento n. 201, vem utilizando indevidamente o referido espaço.

Ao despachar a inicial, a f. 19, o juiz da causa facultou aos autores a emenda da inicial.

Na sequência, os autores, sem oferecer qualquer resistência, requereram a adaptação da ação de obrigação de fazer para a ação de reintegração de posse (f. 21).

Após a fase de instrução, o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido dos compradores quanto à requerida SARA BITENCOURT VIEIRA, por considerar que não restou comprovada a posse da garagem.

Quanto ao CONDOMÍNIO ITACOLOMI, o magistrado extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, por considerá-lo parte ilegítima no feito, *"visto que não há qualquer vinculação entre seus atos e o esbulho noticiado na inicial"* (f. 149).

Os autores deixaram de recorrer da parte da sentença que considerou o Condomínio parte ilegítima, mas apelaram do restante da decisão, afirmando, de início, que a ação, apesar de revestir-se de natureza petitória, foi recebida como possessória, em virtude da emenda incabível da inicial determinada pelo juiz da causa, que, no entanto, direcionou a instrução como se tratasse de ação petitória.

Enfim, nas razões recursais, os autores batem-se na tese de que possuem o domínio do bem e que *"nada pode derrogar o contido na matrícula que somente pode ser mudada por ordem judicial em ação própria"* (f. 162).

Após minuciosa análise da documentação contida nos autos, em cotejo com as argumentações das partes, concluí que o recurso deve ser desprovido.

Ao que se infere da inicial e das próprias razões recursais, os apelantes admitem que realmente não detêm a posse da garagem do imóvel e dão a entender, de forma implícita, que foram induzidos em erro pelo juiz da causa, que determinou a emenda da inicial.

Insistem, agora, que a ação correta deveria ser a petitória e não a possessória.

Repriso, para efeitos didáticos, o conteúdo do despacho que determinou a emenda da inicial: *"Ao que parece, os autores desejam uma medida possessória. Faculto a emenda da inicial em 10 dias."* (F. 18). Sublinhei.

Como se nota do conteúdo do despacho, o juiz de primeira instância, analisando os termos da inicial, colocou em xeque a escolha da ação, oportunidade em que **facultou** aos autores a emenda da inicial.

Como é cediço, a escolha da ação sempre é da responsabilidade dos autores, os quais não estavam obrigados a emendar a ação para possessória. Poderiam manter a ação inicial ou escolher outra, diversa daquela ponderada pelo juiz da causa. Se, por hipótese, o magistrado decidisse em desfavor dos autores, com base na ausência de emenda da inicial, esses poderiam recorrer da decisão que lhes causou prejuízo.

Note-se que, ao optarem pela ação de reintegração de posse, em erro inescusável, os autores sequer tiveram o cuidado de justificar a presença dos requisitos do art. 927 do CPC nem se preocuparam, durante a instrução, em produzir as provas correspondentes.

De acordo com o art. 927 do CPC, incumbe ao autor da reintegração de posse provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse.

Nada disso foi demonstrado pelos autores.

Pelo contrário! Admitem, desde a inicial, que não têm a posse do bem, e agora, na fase recursal, informam que a ação correta seria a petitória, ação diferente da ação de obrigação de fazer inicialmente ajuizada, com o que admitem, tacitamente, que era a necessária a emenda da inicial, mas não fizeram a escolha adequada.

Não bastasse isso, a testemunha JOÃO PEREIRA DA SILVA, zelador do Condomínio Itacolomi há 21 (vinte e um) anos, declarou em audiência:

> [...] que a preferência [pelas garagens] é dos primeiros [moradores]; [...] que Sara foi a primeira a usar a garagem do canto, porque era a única que restava; que o depoente está no condomínio desde sua instalação e a ré Sara entrou um ano depois; que o condomínio dá prioridade nas mudanças de vaga para quem já está no bloco, em caso de mudança." (F. 129).

Como se vê, o zelador do Condomínio, que ali trabalha desde a sua fundação, confirmou que a requerida tem a posse da garagem há cerca de 20 (vinte) anos, informação que se encadeia com a outra, prestada pela mesma testemunha, de que existe um pacto no condomínio que vem sendo respeitado por todos: o de que os moradores mais antigos têm preferência pelas vagas.

De mais a mais, não é razoável nem justo que a requerida venha a ser desalojada da vaga de estacionamento por um morador com menos de um ano de residência (à época do ajuizamento da ação), o qual reconhece na inicial da ação e nas razões recursais nunca ter tido a posse do bem.

Convém ressaltar, de outro lado, que não se aplica à espécie o princípio da fungibilidade, que permitiria, em caso de erro escusável ou de dúvida sobre qual a ação cabível, a substituição ou conversão automática da ação possessória em petitória.

Esse é o entendimento consolidado pela jurisprudência desta Corte e de outros tribunais, *verbis*:

> "Se o postulante nunca teve a posse (CPC, art. 927, I), não pode valer-se dos interditos possessórios. A ação de imissão de posse possui natureza petitória e não possessória, pois é manejada por aquele que detém a propriedade e busca a posse: portanto não se aplica o princípio da fungibilidade das ações possessórias".[2]
>
> "A fungibilidade das ações possessórias não pode ser aplicada quando a pretensão formulada estiver respaldada no direito de propriedade (ação petitória), mas sendo ajuizada uma ação possessória".[3]
>
> "Não se aplica o princípio da fungibilidade em relação à ação possessória e à ação reivindicatória, esta de natureza petitória, eis que diversos os pedidos e causas de pedir, bem como os procedimentos e seus requisitos".[4]
>
> "Ausência de comprovação da posse. Descabimento da ação possessória. Conversão da demanda possessória em petitória. Impossibilidade. Princípio da fungibilidade que se aplica somente entre as ações possessórias stricto sensu".[5]
>
> "Conversão de ação possessória em reivindicatória. Impossibilidade. Inaplicação do princípio da fungibilidade".[6]
>
> "Se a parte não possuía a posse do imóvel, não é cabível a proteção possessória. Não é aplicado o princípio da fungibilidade entre ação possessória e a ação petitória".[7]
>
> "Recorrente que pretende reaver a posse do bem imóvel, adquirida mediante escritura pública. [...] Ação possessória proposta em lugar da petitória. Impossibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade, tendo em vista a diversidade da natureza das demandas".[8]

Não é outra a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *"Inviável, em linha de princípio, a conversão da ação de imissão de posse, de natureza petitória, em ação possessória"*[9]

Ainda que fosse possível analisar a ação sob o viés petitório, a pretensão dos autores esbarraria em outros óbices legais.

A linha de raciocínio firmemente defendida pelos autores é a de que adquiriram o apartamento juntamente com a garagem, conforme consta da cópia escritura pública lavrada em 11/2/2009 (f. 10-11) e da cópia da matrícula n. 151.118, desde 2/1/1992 (f. 12-13).

2 TJ-MS: AG-2005.014192-3. Rel. Des. Rêmolo Letteriello. 4ª T. Cível, j. 1º.11.2005, v.u.
3 TJ-MS: AC-2010.016855-4. Rel. Des. Oswaldo R. Melo. 3ª T. Cível, j. 17.8.2010, v.u.
4 TJ-PA: AC-2009.3014015-4, Rel. Desª Marneide T. Pereira Merabet, j. 28.11.2011.
5 TJ-RN: AC-2010.011940-3, Rel. Juiz conv. Nilson Cavalcanti, DJ-RN 26.5.2011.
6 TJ-CE:APL-1274-26.2001.8.06.0000/0.Rel. Des. Francisco S. B. Mota, DJ-CE 17.8.2010.
7 TJ-MG: APCV 1.0440.07.008339-7/0021. Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. 19.11.2009.
8 TJ-SP: AC-991.99.057081-3, Rel. Des. Spencer A. Ferreira, j. 10.3.2010.
9 STJ: REsp 32.143. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 6.9.1996.

Tudo leva a crer, porém, que houve um erro material na confecção da matrícula n. 151.118 que se reproduziu para a cadeia dominial do título dos autores.

Com efeito, consta na cláusula 7ª da cópia da ata de constituição do condomínio, de 30 de março de 1990 (data anterior aos documentos apresentados pelos autores), que *"as vagas de garagem, adquiridas* [não guardam] *nenhuma relação de ordem numérica com os apartamentos"*. (F. 53v).

Já a cópia do instrumento particular de compromisso de compra e venda do apartamento da requerida, lavrado em 26.7.1991, cerca de 18 (dezoito) anos antes da aquisição dos autores, registra a existência de *"uma vaga para estacionamento"* (f. 50).

A seu turno, à semelhança do título da requerida, na cópia da escritura pública de compra e venda de f. 59-60, lavrada em 26.11.1991, pelo 8º Tabelionato da Comarca de Campo Grande, celebrada pelos antecessores dos proprietários atuais do apartamento n. 101, ora apelantes/autores, não consta a identificação ou numeração do estacionamento e sim existência de uma *"vaga de garagem construída sobre uma área determinada por número 01, com 4 has e 1.546,25m2..."* (f. 59v).

Em outras palavras, o documento de fls. 59-60, que deu origem à primeira venda do apartamento 101, da Construtora Incco para o Sr. ANTONIO CLOVIS GARCIA e s/m MARIA DIAS GARCIA, apartamento esse que hoje pertence aos autores/apelantes, descreve que esse é constituído pelos cômodos e "vaga de garagem", sem especificar número, e complementa: *"construído* [o bloco 12 inteiro e não apenas a vaga de garagem] *sobre uma área determinada por número 01 (um) com 4 has e 1.546,25m2"*.

Desta forma, da leitura do documento de f. 59 e 59v (título dos antecessores dos autores), infere-se que o "número 01" refere-se a uma área de blocos, sobre a qual foram construídos os apartamentos do Bloco n. 12, inclusive o apartamento n. 101, atualmente de propriedade dos autores, e todas as garagens do Bloco n. 12.

Essa dedução é confirmada, analisando-se o projeto anexado pelos próprios recorrentes, a f. 17, no qual consta a espécie do projeto (conjunto residencial), localizado à Av. Mato Grosso, entre os nºs 4.035 e 4.645 (**ÁREA "I").**

Enfim, mesmo que se considerasse legítimo o registro da existência da garagem nº. 1 na matrícula do imóvel, a pretensão dos apelantes também não teria como prosperar, uma vez que não foram produzidas provas convincentes de que a garagem ocupada pela requerida corresponda à vaga que consta do registro imobiliário, não só porque inexiste numeração na referida vaga, como também porque *"as vagas de garagem adquiridas* [não guardam] *nenhuma relação de ordem numérica com os apartamentos",* conforme consta da já mencionada cláusula sétima da ata de constituição do condomínio (f. 53v).

Essas evidências são corroboradas pelas declarações de outras testemunhas:

É o caso da Srª. Nilza de Souza Jaffal, moradora do Condomínio, que afirmou em Juízo: *"[...] que no contrato da declarante não consta direito a determinada vaga [...]"* (F. 128).

E do zelador do Condomínio João Pereira da Silva: *" [...] que as vagas não são numeradas; que no bloco 12 não tem nenhuma numeração [...]"* (F. 129).

As fotos de f. 66-68 confirmam a assertiva de que as vagas das garagens do Bloco 12 não possuem numeração.

Esse possível erro, porém, ainda que não retificado perante o Registro Imobiliário, não tem o condão de atribuir domínio da referida garagem aos autores, uma vez que o álbum imobiliário não espelha a situação de fato, que é a realidade do Condomínio.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Josué de Oliveira, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 08 de janeiro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0002635-44.2010.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS – ALEGAÇÃO DE DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL ANTES DO PRAZO APONTADO NA INICIAL – NÃO COMPROVAÇÃO DE ENTREGA DAS CHAVES – ÔNUS DO RÉU DESCONSTITUIR O DIREITO DA AUTORA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 17 de janeiro de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Angelo Souza Terto interpõe recurso de apelação contra a decisão de 1° Grau que julgou procedente a ação de cobrança de pagamento de aluguéis intentada por Maria de Lourdes da Silva Monaris.

O apelante alega, em síntese, que não há que se falar em débito referente aos meses de novembro e dezembro, tendo em vista que desocupou o imóvel em 07/10/2009. Afirma que a testemunha Elenice Aparecida Alves prestou informações ao juízo, destacando que o apelante firmou consigo contrato de locação aproximadamente em 06/10/2011, o que pode comprovar a desocupação do imóvel. Aduz que nos presentes autos restara a palavra de uma parte contra da outra, tendo em vista que a autora/apelada não comprovou que não foi informada da desocupação do imóvel.

Contrarrazões às fls. 164/169.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Angelo Souza Terto interpõe recurso de apelação contra a decisão de 1° Grau que julgou procedente a ação de cobrança de pagamento de aluguéis intentada por Maria de Lourdes da Silva Monaris.

A julgadora de 1° Grau entendeu que o apelante/réu não fez prova da alegação de que teria desocupado o imóvel, com a anuência da proprietária/apelada, em 07/10/2009.

Alega o apelante que não há que se falar em débito referente aos meses de novembro e dezembro, tendo em vista que desocupou o imóvel com anuência da proprietária em 07/10/2009, sendo que é pessoa humilde e não lavrou termo de ciência por escrito.

Segundo o que consta do contrato de locação juntado às fls. 09/11, o prazo de locação seria no período entre 10/05/2009 e 10/05/2010. Contudo, conforme se depreende da própria inicial, o apelante/réu não permaneceu no imóvel até a data avençada. Assim, a lide resume-se exatamente na questão de quando o apelante/locatário teria deixado o imóvel.

Pois bem, as únicas provas a serem analisadas são o contrato de locação juntado pela autora e, as testemunhas arroladas pelo réu/apelante, sendo que é certo que o apelante não permanecera no imóvel até a data final prevista no contrato.

As testemunhas ouvidas em juízo afirmam que o apelante/locatário teria deixado o imóvel em outubro de 2009. No entanto, o apelante não logrou êxito em comprovar que teria comunicado a proprietária que sairia do imóvel antes do prazo previsto para o término do contrato, tampouco que teria realizado a entrega das chaves à autora.

Neste ponto, peço vênia para transcrever trecho da decisão de 1° Grau:

> "O requerido comprovou que alugou novo imóvel em outubro de 2009 (f. 38-42), mas não que tenha efetuado de imediato a restituição das chaves à autora. Como é cediço, o término da locação é representado pelo ato de entrega das chaves ao proprietário do imóvel, fato que o réu não provou. Nesse sentido, aliás, já se manifestou o STJ:
>
> '[...] **A entre das chaves do imóvel em juízo põe fim à relação locatícia,** sendo devido o aluguel referente ao período que antecedeu referida extinção. 5. Hipótese em que a ex-locatária, ora recorrida, deverá pagar à recorrente o aluguel do mês de outubro de 2002, a ser calculado, proporcionalmente aos dias em que efetivamente esteve na posse do imóvel, até a data da entrega das respectivas chaves, ocorrida em 30.10.02, acrescido de correção monetária e juros moratórios. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.' (Recurso Especial n 1122586/SP (2009/0122198-9), 5ª Turma do STJ, Rel. Arnaldo Esteves Lima. J. 26.06.2010, unânime, DJe 02.08.2010) - Grifei"

Diante dessas circunstâncias e atento à regra da distribuição do ônus da prova insculpida no art. 333, II, do CPC, competia ao apelante ter demonstrado em Juízo a entrega das chaves à proprietária do imóvel, a fim de desconstituir o direito invocado na exordial, porém não o fez.

Sobre a matéria, Ernane Fidélis dos Santos, em seu Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 2009, Vol. I, p. 509, leciona:

> "Um dos mais relevantes princípios subsidiários da verdade real é o da distribuição do ônus da prova. De acordo com tal distribuição, o fato deve ser provado por essa ou aquela parte, de forma tal que ao juiz não deixe nenhuma dúvida, que se interpreta sempre contra quem tem o encargo probatório. "A regra geral é a de que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 333, I), e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II) [...] "A regra que impera mesmo em processo é a de que "quem alega o fato deve prová-lo". O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência de fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova."

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Angelo Souza Terto, contudo, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão de 1° 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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 17 de janeiro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0005843-36.2010.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALEGAÇÃO DE ASSÉDIO MORAL – NÃO COMPROVAÇÃO – EXISTÊNCIA DE CISÃO POLÍTICA DENTRO DA UNIVERSIDADE – DISSIDÊNCIA DE IDEIAS – DANO MORAL NÃO COMPROVADO – ÔNUS DA PROVA – ART. 333, I, DO CPC – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 7 de março de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Solange Fachin interpõe recurso de apelação cível em face da sentença que julgou improcedente a *Ação de Indenização por Danos Morais* por si ajuizada contra **Alexandre Pierezan**.

Assevera que o apelado, então diretor de Campus da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campus de Nova Andradina -, praticou atos de extremo desrespeito e assédio moral contra si, na época professora da instituição, utilizando-se do manto do cargo para lhe perseguir, molestar e ameaçar de exoneração.

Defende que o recorrido foi inclusive destituído do cargo após a universidade ter reconhecido a prática de assédio e que, mesmo diante das inúmeras provas juntadas ao processo, quais sejam, documentais, testemunhais e gravação em áudio, a magistrada de piso decidiu erroneamente pela improcedência do pedido indenizatório, o que impõe a reforma da sentença impugnada.

Assim, requer seja o recurso provido para condenar o apelado no pagamento de indenização por danos morais em razão do assédio moral por ele praticado e, caso o Colegiado não entenda dessa forma, pede sejam os honorários advocatícios reduzidos para patamar condizente com a complexidade do feito.

Contrarrazões às fls. 316-367, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por **Solange Fachin**, inconformada com a sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório por si formulado contra **Alexandre Pierezan**.

A apelante sustenta que a sentença necessita de reforma, visto que o apelado praticou atos de extremo desrespeito e assédio moral contra si, utilizando-se do manto do cargo de direção no Campus Nova Andradina, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, para persegui-la, molestá-la e ameaçá-la de exoneração do cargo de professora.

Argumenta que a própria universidade destituiu o recorrido do cargo em virtude da prática de assédio moral, e que as inúmeras provas juntadas ao processo, quais sejam, documentais, testemunhais e gravação em áudio, são claras quanto à ocorrência dos fatos narrados na inicial.

Assim, pede a condenação do recorrido no pagamento de indenização por danos morais ou, se isso não ocorrer, requer a redução dos honorários advocatícios arbitrados.

Pois bem.

Conforme se depreende do feito, a apelante era professora da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campus Nova Andradina -, e, à época dos fatos, candidatou-se ao cargo de membro do Conselho Universitário (COUN) como representante dos docentes, momento a partir do qual teriam se iniciado as atitudes de desrespeito e de assédio moral por parte do apelado.

A recorrente alegou que o recorrido, então diretor do Campus local, tinha uma outra pessoa de sua preferência para lançar como candidato, e, em razão disso, ele iniciou perseguição contra si no intuito de forçá-la a desistir da candidatura, mediante ameaças de exoneração, instauração de sindicância contra a recorrente e desqualificação pública dela.

Ocorre que, apesar dos argumentos ventilados pela apelante em seu recurso, entendo que a magistrada de piso muito bem decidiu ao julgar improcedente o pedido indenizatório, visto que as provas carreadas aos autos - documentais, testemunhais e gravação em áudio -, evidenciam a existência de acirrada divergência de opinião entre as partes, no que diz respeito à política interna da instituição em que trabalham, sem, contudo, configurar o suposto assédio moral sofrido pela recorrente.

Examinando os documentos carreados ao processo, vejo que as correspondências internas (CI's) de fls. 33-40 não tem o condão de caracterizar a alegada perseguição ou intuito de desqualificação pública da professora, na medida em que se tratam de pedidos de providência e de esclarecimentos formulados pela Diretoria e pela Coordenadoria do Campus local acerca de dois eventos desenvolvidos pela recorrente na qualidade de docente da instituição, o que, a meu ver, em nada causam ofensa à apelante ou destoam dos procedimentos internos da instituição no tocante à supervisão das atividades executadas pelos professores.

O primeiro evento apurado (fl. 33), que inclusive ensejou a instauração de sindicância contra a recorrente e foi posteriormente arquivada, consistiu em atividade realizada fora do recinto da instituição, cujo conhecimento chegou à direção do campus após o acadêmico Geferson Deodato Soares ter repassado um e-mail ao apelado (depoimento do acadêmico às fls. 241-242 e teor do e-mail à fl. 243). No e-mail citado, constou-se a notícia de que a apelante teria convidado os alunos para um "rodízio" em uma determinada pizzaria da cidade durante o horário de aula, levando o acadêmico Geferson a acreditar que se trataria de uma comemoração, e não exatamente de uma aula no referido estabelecimento comercial, culminando no pedido de esclarecimentos à professora a fim de elucidar o ocorrido.

O segundo evento apurado (fl. 39) consistiu em atividade ministrada dentro da própria sala de aula, na qual, contudo, foi *"constatada a entrada de equipamentos de uso doméstico com potencial inflamável (fogão e botijão de gás), utilizados por professor e alunos"*. Diante da espécie do material empregado na

aula e do risco por eles oferecido, outro pedido de esclarecimento foi encaminhado à apelante a fim de que esta explicasse o porquê do uso dos equipamentos.

Assim, atento às circunstâncias em que se operaram os fatos, entendo que os esclarecimentos solicitados pelo apelado não podem ser interpretados pura e simplesmente como perseguição – já que houve justificativa para eles -, nem também como desqualificação da recorrente, até porque esta última participou da eleição de conselheiros e foi eleita pelo voto da maioria dos que compareceram (fl. 32).

Em relação aos depoimentos das testemunhas, juntados às fls. 193-211, vejo que eles igualmente não comprovam o suposto assédio moral praticado pelo recorrido em face da apelante e a existência de dano passível de indenização.

Segundo a testemunha José Antônio Menoni (fl. 199), o apelado suscitou, na reunião do Conselho Universitário, que a recorrente não estava em condições de ser nomeada e de tomar posse naquele momento – visto que ela fazia parte de 2 conselhos -, porém a questão de ordem foi imediatamente dirimida e afastada sob o fundamento de que a apelante havia pedido exoneração de um dos cargos. Ademais, a testemunha afirmou que ao apelado era facultado levantar tal espécie de questionamento na reunião e que não havia razão para deixar de fazê-lo, o que revela a ausência de abusividade na questão de ordem ventilada pelo recorrido.

Quanto aos depoimentos das testemunhas Lia Moretti e Silva (fl. 201-206) e Ronaldo Amaral (fl. 207-211), percebo que nenhuma prova trouxeram quanto ao alegado assédio moral praticado especificamente contra a apelante. Consoante destacou a julgadora da instância singela, as referidas testemunhas tão-somente reafirmaram a existência de cisão política dentro da universidade e divagaram sobre situações que não possuíam ligação com o caso em exame, nada acrescentando, de concreto, no tocante à recorrente.

Por sua vez, as testemunhas Leandro Baller (fls. 193-195) e Marcela de Biazi Ferreira (fl. 196), asseveraram que desconheciam qualquer fato capaz de desabonar a conduta do apelado, tendo o primeiro depoente reconhecido a existência de grupos com pontos de vista diferentes dentro da instituição, sem classificá-los como caso de rejeição entre pessoas.

Por fim, analisando a conversa havida entre os litigantes no gabinete do apelado (arquivo de áudio encartado à fl. 133), gravada pela apelante sem o conhecimento do recorrido, nenhuma dúvida me resta quanto à inexistência do direito à indenização pleiteada na inicial deste feito.

Ora, do extenso diálogo travado com o apelado, nota-se que este em momento algum agiu com desrespeito, pressão psicológica, desqualificação ou de forma ameaçadora, tendo ambas as partes discutido com urbanidade e com o ânimo proporcional ao que se espera de uma conversa entre pessoas que possuem opiniões políticas distintas dentro de uma mesma instituição.

A apelante teve a liberdade de expressar seus pontos de vista sobre diversos assuntos, inclusive enfrentando veementemente as colocações do apelado que não lhe pareciam oportunas, não demonstrando qualquer constrangimento ou sofrimento em virtude de assédio moral.

Nesse sentido, confira-se o teor da respeitável sentença de primeiro grau:

> "À fl. 133 a autora acostou aos autos CD contendo gravação de conversa havida entre ela e o réu no gabinete deste último, no total aproximado de 50:00 minutos. Em atenta escuta dessa conversa, que fora gravada pela autora sem conhecimento do réu, frise-se, de forma lícita já que ela própria era uma das interlocutoras, verifica-se claramente que a autora possui ponto de vista diverso do réu a respeito da forma de gestão do campus da Universidade Federal. Não se vislumbrou desrespeito explícito entre os interlocutores, qualquer ameaça ou tipo de pressão psicológica, ou mesmo desqualificação, tanto que a certa altura do diálogo a autora confirma que o réu nunca a distratou, tendo sido possível

> verificar que ela teve liberdade para expor suas idéias na ocasião, apesar de possuírem posições opostas a respeito de determinados assuntos.
>
> O que tange à questão relativa à candidatura da autora, não foi possível também detectar que o réu tenha utilizado de seu cargo ou hierarquia para persuadi-la a desistir. A própria autora teve a liberdade para dizer com convicção que não retiraria sua candidatura. Pelos 18 minutos de conversa, a autora foi expressa em negar que retiraria, não se vislumbrando alteração do réu quanto a isso.
>
> Tampouco se verificou que a autora tenha se sentido constrangida, ameaçada ou pressionada em qualquer momento. Com efeito, a continuação da gravação, realizada após o diálogo com o réu, demonstra que a autora, em conversa com demais interlocutores que parecem ser professores ou pessoas ligadas à Universidade, não demonstra o tipo de reação característica de uma vítima de violência ou pressão psicológica, que esteja sofrendo em função da situação à qual estaria sendo exposta." (fl. 298)

Destarte, após sopesadas todas estas considerações, concluo, do mesmo modo que a ilustre Julgadora *a quo*, que a situação experimentada pelas partes *"parece mais uma clara dissidência de idéias sobre a política interna da Universidade, o que inclusive é salutar a uma instituição, do que qualquer tipo de perseguição séria de réu contra autora"* (fl. 298-299).

Para que a recorrente fizesse *jus* à indenização pretendida, deveria ela ter demonstrado, de forma concreta, a ocorrência do assédio sofrido e o dano moral experimentado, desincumbido-se do ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, à luz do art. 333, I, do CPC, o que, contudo, não fez.

Assim, considerando que a sentença de piso, com muito brilhantismo, examinou as provas juntadas aos autos, tenho que ela deve ser prestigiada e, consequentemente, mantida em todos os seus termos e fundamentos.

Derradeiramente, no que toca à pretensão de redução dos honorários advocatícios arbitrados equitativamente em R$ 2.000,00 (dois mil reais), improvejo o pedido, porquanto a quantia apresenta-se razoável e adequada para condignamente remunerar o causídico pelos trabalhos desenvolvidos nos autos, sem confundir equidade com modicidade.

Conclusão:

Por todo o exposto, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo integralmente a sentença atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 07 de março de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0008466-66.2007.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS FALECIMENTO DO DEVEDOR – REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO, AOS SUCESSORES OU AO CÔNJUGE MEEIRO – IMPOSSIBILIDADE – INDICAÇÃO ERRÔNEA DO SUJEITO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL – LEI Nº 6.830/80, ART. 4º, III E CTN, ART. 131, III – INAPLICABILIDADE – SENTENÇA DE EXTINÇÃO CONFIRMADA – RECURSO DESPROVIDO.

Falecido o executado antes do ajuizamento da execução fiscal, impossível a regularização do polo passivo da demanda.

A execução fiscal deveria ter sido direcionada desde o início aos sucessores do devedor. Assim, mostra-se correta a sentença que extinguiu o feito, por ausência de interesse de agir.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 24 de janeiro de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

A Fazenda Pública de Três Lagoas interpõe recurso de apelação, contra a decisão do magistrado de 1° Grau que extinguiu sem julgamento de mérito a ação de execução fiscal intentada em desfavor de Benedito Dias Machado.

O magistrado singular entendeu a ausência de pressuposto de validade e constituição do processo, qual seja, capacidade processual da parte, uma vez que o executado faleceu antes da propositura da ação.

Aduz a apelante que é possível a regularização do feito por meio da substituição processual, em face do Espólio do executado. Afirma que o município não tinha como prever a ocorrência do falecimento do executado. Assevera que o artigo 4°, III e VI da Lei 6.830/80 e o artigo 131, II e III do CTN deixam clara a possibilidade da responsabilização do espólio e dos herdeiros pelos débitos deixados pelo falecido. Assim, requer a reforma da decisão para anular a sentença e determinar o normal prosseguimento do feito.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recurso aviado pela **Fazenda Pública do Município de Três Lagoas**, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas/MS que, nos autos da ação de execução fiscal ajuizada em face de **Benedito Dias Machado,** julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, ante a ausência de capacidade processual da parte ré, nos termos do artigo 267, IV, do CPC.

Conforme consta dos autos, a apelante ajuizou a presente ação de execução fiscal em desfavor do recorrido na data de 04.10.2007, em razão de dívida ativa de IPTU referente ao exercício de 2005 e 2007.

Recebida a inicial e determinada à citação da executada, constatou-se pelo meirinho, após informação da filha do recorrido, que o falecimento do executado ocorrera há aproximadamente 12 anos e que a sucessão hereditária ainda não foi regularizada (fl. 15).

Diante de tal situação, o recorrente requereu a suspensão do feito, em face de não ter localizado ação de inventário ou arrolamento de bens deixados pelo executado e, por conseguinte, inexistir responsável legal pelo espólio. (f. 17)

Posteriormente, vários foram os pedidos para a manutenção da suspensão do feito. (fls. 20; 22 e 26). Às f. 30, requereu a substituição da CDA, garantindo-se ao executado a devolução do prazo para a interposição de embargos ou aditamento daqueles já apresentados, sendo deferido pelo magistrado *a quo*. (f. 38)

Ás f. 39, o serventuário da justiça certificou nos autos que o executado é falecido, conforme certidão do meirinho acostada aos autos ás f.15.

Em ato contínuo, o magistrado de primeiro grau proferiu sentença de extinção do feito, ante a ausência de capacidade processual da parte executada, expondo a seguinte fundamentação, senão vejamos: ***"Trata-se de ação de Execução Fiscal em que o Executado faleceu antes da propositura do feito, conforme verifica-se pela certidão do Sr. Oficial de Justiça de fls. 14/v. Deste modo, o executado não mais possuía capacidade para estar em Juízo, diga-se isso antes mesmo da propositura da presente lide, eis que, à época, já era falecido. Por conseguinte, a relação processual nos presentes autos não pode ser viabilizada, eis que impossível a citação do executado. [...] O falecimento antes do ajuizamento da execução fiscal impede a regularização do polo passivo do feito, não havendo que se falar em citação do espólio ou habilitação de herdeiros, devendo a ação ser extinta, uma vez que ausente a capacidade processual do Executado para figurar em Juízo. [...]"***. (fls. 40-41)

Irresignado, o Município apelante insurge-se aduzindo, em síntese, que quando propôs a presente ação executiva não tinha conhecimento que o executada era falecido.

Afirma ser plenamente possível a suspensão do processo, concedendo prazo razoável para a apelante providenciar a substituição da falecida pelo seu espólio, herdeiros ou sucessores, diante da disposição contida no artigo 568, II, do CPC.

Sustenta ainda que a substituição ou emenda da Certidão de Dívida Pública é uma faculdade conferida a Fazenda Pública, em observância ao princípio da economia processual, sendo permitido até a prolação da sentença, conforme dispõe o § 8º, do art. 2º, da Lei n.º 6.830/80.

Em que pesem as fundamentações de fato e de direito expostas pela recorrente em suas razões recursais, entendo que não há que se falar no caso em tela, de reforma da sentença.

Como visto, a controvérsia instaurada nos presentes autos gira em torno da possibilidade de regularização do polo passivo, mediante habilitação do espólio ou dos herdeiros, quando o falecimento do devedor ocorreu antes do ajuizamento da execução fiscal.

Primeiramente, não há falar na incidência do art. 131, II, do CTN, e 4º, V e VI, da Lei 6.830/80, como quer induzir a Fazenda Municipal, o qual prevê que são pessoalmente responsáveis o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de *"cujus"* até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão, do legado ou da meação.

Isso porque, no campo processual, a morte do devedor, sem deixar testamento conhecido, bens a inventariar e, portanto herdeiros ensejam a extinção da execução, ante a ausência de polo passivo e impossibilidade jurídica do pedido. No campo material, por sua vez, a presença de sujeito passivo da obrigação é condição de existência dela mesma. Sem sujeito passivo, a obrigação padece de incerteza, tornando a inscrição em dívida ativa indevida.

Com a morte do devedor, como fato superveniente ao título executivo, deve a Fazenda Pública corrigir a sujeição passiva da obrigação e verificar a existência de bens onde possa recair a execução. (art. 43 do CPC)

No entanto, conforme resta demonstrado nos autos, o débito foi inscrito em Dívida Ativa em 21/11/2005 e 02.01.2007 (f. 05 e 32-35), data em que o devedor já era falecido, ou seja, a CDA foi direcionada contra devedor inexistente. O título executivo deveria ter sido direcionado, desde o início, aos sucessores do devedor.

Em sendo assim, evidencia-se a ausência de pressuposto processual subjetivo indispensável à existência da relação processual, porquanto à época da propositura da demanda, o executado não tinha capacidade para integrar a lide, razão que justifica a extinção do feito.

Portanto, falecido o executado antes do ajuizamento da execução fiscal, impossível a regularização do polo passivo do feito com o respectivo redirecionamento da presente ação, não havendo que se falar em citação do espólio ou habilitação dos herdeiros.

Com dito alhures, não cabe a tese de que o direito da exeqüente estaria amparado nos artigos 4º, III, da Lei nº 6.830/80 e 131, III, do CTN. De uma leitura dos dispositivos, é de se concluir que ambos se remetem à possibilidade de se expedir CDA já em nome de espólio, o que não é o caso dos autos.

Uma vez expedidas novas certidões de dívida ativa, desta vez em nome de quem de direito, poderá a autarquia ajuizar nova execução fiscal com o objetivo de cobrar o crédito tributário que alega lhe ser devido.

A propósito:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO APÓS O FALECIMENTO. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL SUBJETIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. 1. Noticiam os autos que o débito foi inscrito em dívida ativa em 19/3/2002 (fls. 3 e 19), quando o executado já havia falecido, o que se deu em 19/11/2001. 2. A execução fiscal deveria ter sido direcionada desde o início aos sucessores do devedor. Assim, mostra-se correto o acórdão que extinguiu o feito, por ausência de interesse de agir. 3. "Mesmo quando já estabilizada a relação processual pela citação válida do devedor, o que não é o caso dos autos, a

jurisprudência desta Corte entende que a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução não encontrando amparo na Lei nº 6.830/80. Sobre o tema, foi editado recentemente o Enunciado N. 392/STJ: 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" (AGRG no RESP 1.056.606/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/05/2010). 4. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-REsp 1.218.068; Proc. 2010/0194798-7; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Benedito Gonçalves; Julg. 05/04/2011; DJE 08/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - AJUIZAMENTO APÓS O FALECIMENTO DO EXECUTADO - REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO E AOS HERDEIROS - IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, constatado que o falecimento da parte executada ocorrera antes do ajuizamento da execução fiscal, não é possível a regularização do pólo passivo da ação mediante habilitação do espólio, de herdeiros ou do cônjuge meeiro. 2. Precedentes da 7ª Turma: AC 2003.39.00.008457-0/PA, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 p.438 de 04/12/2009 e AC 2004.37.00.001293-9/MA, Rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, Sétima Turma, e-DJF1 p.153 de 19/05/2008. 3. Apelação não provida. (AC 0003585-20.2009.4.01.3900/PA, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 p.253 de 11/02/2011)

Assim sendo, o falecimento do executado antes do ajuizamento da execução fiscal impede a regularização do polo passivo do feito, não havendo que se falar em citação do espólio ou habilitação de herdeiros, a impor, assim, a extinção do processo de execução.

Conclusão:

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0007799-72.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. DANOS MORAIS – DEMORA DE TRÊS ANOS NA TRANSFERÊNCIA DE RESIDÊNCIA – DANOS MORAIS DEVIDOS – VALOR MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Devem ser ressarcidos os danos morais decorrentes de injustificada demora na outorga da documentação relativa à regularização imobiliária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Progemix - Programas Gerais de Engenharia e Construção Ltda. interpõe *apelação* contra sentença (f. 229/235) que, na *ação de obrigação de fazer c.c. pedido cominatório de outorga de escritura definitiva e indenização por danos materiais e morais* movida por **Elaine Mara Trino**, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condená-la ao pagamento de R$ 5.000,00-(cinco mil reais) a título de danos extrapatrimoniais. Diante da sucumbência recíproca, condenou ambos os litigantes ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.500,00-(um mil e quinhentos reais), permitida a compensação.

Aduz que a sentença está fundamentada no suposto atraso de três anos para entrega do imóvel, todavia, tal fato não ocorreu, eis que a apelada o recebeu no prazo estipulado, conforme faz prova os documentos de f. 30-4 e 103-6. Assevera que o entrave burocrático para viabilizar a escritura do apartamento não pode ser confundido com sua disponibilidade, o que se deu em julho de 2007, permitindo à recorrida o pleno gozo da posse, a ponto de tê-lo alugado a terceiro, não se podendo falar em dano extrapatrimonial, o qual, se mantido, deve ser reduzido a um *quantum* proporcional ao abalo sofrido, sob pena de enriquecimento sem causa. Ao final, requer o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 267/270.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

A apelada ajuizou a presente porque recebeu da Construtora Progemix, como forma de pagamento de um negócio jurídico, a unidade 31 do Condomínio Village Talahassi, todavia como não houve a averbação e outorga da respectiva escritura requereu fosse determinado a apelada que tomasse as providências burocráticas para viabilizar a transferência do imóvel, bem como sua condenação ao pagamento de danos morais e multa de 20% sobre o valor do contrato.

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, com a condenação da Construtora ao pagamento de R$ 5.000,00-(cinco mil reais) a título de danos morais, por considerar a demora na efetiva entrega do imóvel passível de ser indenizável.

A sentença deve ser mantida sem reparos.

O dever de indenizar decorre da injustificada demora na individualização da matrícula e transferência do bem e não da entrega das chaves do imóvel à proprietária, como quer fazer crer a apelante, restando consignado no *decisum... evidente que o termo entrega pressupõe não apenas a posse do bem, mas o cumprimento das condições necessárias à habitação e livre disposição dele, o que só ocorre mediante a escrituração do imóvel à adquirente, que é a pretensão ora buscada* (f. 230).

Embora a apelada já estivesse sobre a posse do bem desde julho de 2007 (cláusula quarta, parágrafo primeiro - f. 32), somente em novembro de 2010 foram tomadas as providências burocráticas relativas a individualização de cada unidade habitacional e averbação junto ao registro de imóveis (f. 169). A demora de mais de três anos não pode ser atribuída a recorrida que experimentou significativo sofrimento em razão da insegurança gerada pela longa espera na regularização da situação jurídica de seu apartamento.

O artigo 186, do CC preceitua: *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 artigo 927 do mesmo diploma legal estabelece: *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*;

No caso, os danos são evidentes, eis que nos três anos de espera a recorrida estava impedida de dispor do imóvel como bem entendesse, conforme lhe fora assegurado pelo contrato celebrado entre as partes, veja-se:

> Cláusula Terceira. [...]
>
> Parágrafo Primeiro. Ficam os SEGUNDOS TRANSACIONANTES expressamente autorizados a escriturar em seu próprio nome os imóveis descritos na cláusula primeira ou em nome de quem os mesmos indicarem, ou mesmo, vender, permutar, comercializar a quem entender os imóveis objeto deste contrato a quem entender pela forma que lhe convier, e a PRIMEIRA TRANSACIONANTE não obstacularizará qualquer tentativa de transação com relação aos referidos imóveis, assinando todos os documentos necessários a perfeita consecução das futuras vendas, tais como, regular escrituração junto aos tabelionato de notas ou agente financeiro e a transmissão do domínio junto aos Serviços Registrais Imobiliários competentes (f. 20).

Tal fato, sem dúvida, gera mais do que meros dissabores, mas efetivo abalo suscetível de indenização.

Nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. **AÇÃO INDENIZATÓRIA. DEMORA NA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL ADQUIRIDO POR NEGLIGÊNCIA DOS REQUERIDOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS**. NÃO DEMONSTRADOS OS PREJUÍZOS MATERIAIS ALEGADOS (IMPOSSIBILIDADE DA VENDA DO IMÓVEL, NECESSIDADE DE LOCAÇÃO DE UM IMÓVEL EM OUTRA CIDADE). DANOS MATERIAIS INDEVIDOS. FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO CONSIDERANDO O GRAVE EQUÍVOCO DA RÉ, O ABORRECIMENTO E O TRANSTORNO SOFRIDOS PELA AUTORA, ALÉM DO CARÁTER PUNITIVO-COMPENSATÓRIO DA REPARAÇÃO. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COMPATÍVEL COM A COMPLEXIDADE DA CAUSA E TRABALHO DESENVOLVIDO PELO ADVOGADO. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Ap. n. 70034699710, TJRS, Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, j. em 24.02.2011). Destacado.

O valor da compensação do dano moral deve ser arbitrado com cautela e prudência, atendendo às peculiaridades próprias do caso concreto, de modo que não seja elevado a ponto de resultar em aumento patrimonial indevido do lesado, nem inexpressivo que não sirva ao seu fim pedagógico.

Nesse contexto, a indenização fixada em R$ 5.000,00-(cinco mil reais) revela-se condizente com as circunstâncias fáticas do caso, pois atento à natureza e extensão do dano, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como à situação financeira das partes (a apelada é empresária e a apelante é uma construtora de médio porte, com capital social de um milhão e quatrocentos mil reais – f. 88).

Conclusão

Diante do exposto, **voto por se negar provimento ao apelo.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 05 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0025947-63.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CIRURGIA BUCO-MAXILO-FACIAL REALIZADA POR CIRURGIÃO-DENTISTA – COBERTURA OBRIGATÓRIA – EXIGÊNCIA DE MÉDICO CREDENCIADO – DESCABIMENTO – DANO MORAL REDUZIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Manifesta a abusividade na negativa em custear a cirurgia buco-maxilo-facial apenas porque realizada por um dentista e não por um médico cooperado.

Reduz-se os danos morais quando fixados em desacordo com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, 8 de janeiro de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Unimed de Lins Cooperativa de Trabalho Médico interpõe *apelação* contra sentença (f. 285/290) que, na a*ção de obrigação de fazer* movida por **Michelly Calin Lopes Medeiros**, julgou procedentes os pedidos para condená-la a suportar as despesas médico-hospitalares, assim como todos os materiais (órteses e próteses) necessários a viabilizar o procedimento cirúrgico, bem como ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais, sobre os quais deverão incidir correção monetária pelo IGPM/FGV a partir da sentença e juros de mora de 1% ao mês desde 24.03.2011, data em que se negou a custear o tratamento. Custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre a indenização, a cargo da apelante.

Aduz não ser obrigada a pagar por cirurgia realizada por médico não cooperado, sob pena de desconstituir a própria essência do cooperativismo, modalidade societária sobre a qual está edificada. Disponibiliza os serviços que constam no bojo do contrato e não qualquer outro, sendo certo que se a apelada preferiu realizar o procedimento com profissional não credenciado deve custear as despesas, sob pena de violação do contrato e desequilíbrio da relação entre as partes. Afirma que os fatos narrados não configuram dano moral, eis que a *ex adversa* não foi submetida a qualquer constrangimento ou abalo psicológico, ressaltando que eventual inadimplemento contratual não gera indenização extrapatrimonial,

a qual, se mantida, deve ser diminuída, sob pena de gerar enriquecimento sem causa. Ao final, requer o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 316/328.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Em razão de fortes dores na mandíbula, cabeça, têmpora e pescoço, a apelada foi diagnosticada com *...acentuada retrusão maxilar, acentuada retrusão mandibular e altura facial inferior diminuída, além de relação oclusal deficiente e sobremordida exagerada* (f. 41)*,* sendo-lhe indicada cirurgia buco-maxilo-facial para reparar a disfunção.

Diante da negativa da Unimed em custear o tratamento, houve o ajuizamento da presente ação. A antecipação da tutela foi indeferida (f. 195-7), decisão reformada por está 2ª Câmara Cível ao julgar o agravo de instrumento 2011.022275-8, do qual fui relator, ficando determinado à cooperativa que arcasse com a cirurgia no prazo de dez dia sob pena de multa diária (f. 278/281).

Adveio a sentença na qual se julgou procedente o pedido, condenando a apelante a suportar as despesas e materiais necessários ao procedimento cirúrgico e ao pagamento de danos morais arbitrados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A controvérsia reside na obrigação ou não de a Unimed custear a cirurgia realizada por um dentista, de acordo com a interpretação e o alcance das cláusulas contratuais avençadas.

A vontade das partes é imprescindível para firmar uma relação contratual, porém, não se pode negar que o código consumerista mitiga a obrigatoriedade e intangibilidade de seu conteúdo, além de possuir superioridade hierárquica, prevalecendo-se sobre as normas de caráter privado, salvaguardando valores básicos da sociedade.

No caso, verifica-se que a apelada teve negado o tratamento apropriado à preservação de sua saúde porque teria escolhido um especialista não credenciado ao corpo clínico da Unimed.

Dada oportunidade para que ela indicasse um cirurgião cooperado que operasse a paciente, deixou de fazê-lo (f. 276), sendo desarrazoada a exclusão do procedimento porque realizado por um dentista e não por um médico.

Veja-se que não se trata de um simples atendimento odontológico, mas de um ato cirúrgico realizado em hospital, com aplicação de anestesia e colocação de placas de titânio e parafusos no maxilar. Por ser assim, a Resolução 10 do Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU) prevê:

> Art. 5° O Plano Hospitalar, compreende os atendimentos em unidade hospitalar definidos na Lei n.º 9.656/98, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso II deste artigo e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica do CONSU sobre urgência e emergência, observadas as seguintes exigências:
>
> I - cobertura de cirurgias odontológicas buco-maxilo-facial que necessitem de ambiente hospitalar;

Do mesmo modo, há previsão de cobertura para este tipo de cirurgia, consoante artigo 18 da Resolução Normativa 211/2010 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), *verbis:*

> Art. 18 O **Plano Hospitalar** compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências:
>
> [...]
>
> VIII - **cobertura dos procedimentos cirúrgicos buco-maxilo-faciais listados nos Anexos desta Resolução**, para a segmentação hospitalar, conforme disposto no artigo 4° desta Resolução Normativa, **incluindo a solicitação de exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem, alimentação, órteses, próteses e demais materiais ligados ao ato cirúrgico utilizados durante o período de internação hospitalar**; (Redação dada pela RN nº 262 de 01.08.2011).

A abusividade no caso em comento reside justamente no fato de a Cooperativa se negar a cumprir sua obrigação, após a enferma pagar por mais de dez anos o plano de saúde (f. 29/38), atitude dissociada da boa-fé contratual.

Também não há falar em desequilíbrio econômico, visto que a longa vigência do contrato já lhe proporcionou razoável retorno financeiro, impondo-se, dessa maneira, que a apelada usufrua integralmente do serviço prestado, até porque, sopesando os interesses de ambas as partes, a lesão que supostamente poderia ser causada à estrutura econômica da apelante seria ínfima em face da lesão à saúde da paciente em razão das fortes dores de cabeça, têmpora e pescoço causados pela disfunção mandibular.

Quanto aos danos morais, verificado o abuso da empresa ao deixar de prestar o serviço contratado, mostra-se viável e até necessária sua condenação ao ressarcimento dos danos de ordem extrapatrimonial causados injustamente, de modo a se preservar a perfeita execução dos pactos, evitando a banalização de descumprimentos injustificados.

No caso em tela, o dever de indenizar advém da recusa em fornecer o serviço esperado pela consumidora, em momento de extrema angústia e sofrimento físico, mesmo após pagar o plano de saúde por mais de dez anos.

Norteada pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se esta 2ª Câmara Cível:

> AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL DE CONTRATO C/C INDENIZATÓRIA – DANO MATERIAL – COMPROVAÇÃO – DANO MORAL – LIMITAÇÃO DE INTERNAÇÃO EM UTI – RECUSA INDEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.[...]A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a recusa indevida à cobertura médica enseja reparação a título de dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já fragilizado pela própria doença. (Ag. Reg. n. 2009.009552-5, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, **j. em 17.11.2009**).

Todavia, se de um lado a condenação se revela necessária, de outro não se pode admitir que dela resulte enriquecimento sem causa, visto que vedado em nosso ordenamento jurídico.

No caso, observadas as particularidades dos fatos, bem como os princípios de moderação e razoabilidade, mostra-se excessivo o valor fixado pelo magistrado de instância singela (R$ 20.000,00), ultrapassando os limites da compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, eis que o agravo à honorabilidade da apelada não foi tão intenso e não propiciou grande repercussão.

Assim, o valor arbitrado deve ser reduzido para R$ 5.000,00-(cinco mil reais), suficientes para servir de exemplo para o causador do dano não reincidir na prática indevida.

Conclusão

Por todo o exposto, **voto por se dar parcial provimento ao recurso** a fim de reduzir os danos morais para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), ficando, no mais, mantida a decisão objurgada.

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. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 08 de janeiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0352860-14.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL E RESTITUIÇÃO DE VALORES – PRESCRIÇÃO AFASTADA – PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE ABUSIVO DA MENSALIDADE – MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – 60 ANOS – APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO NÃO PROVIDO.

Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste elevado da mensalidade de plano de saúde calcado exclusivamente na mudança de faixa etária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, 15 de janeiro de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - Cassi interpõe *apelação* (f. 318-47) contra sentença (f. 312-4) que, na *ação declaratória de nulidade de cláusula contratual com pedido de repetição de indébito* movida por **Maurício Tadeu Silva Campo**, julgou procedentes os pedidos iniciais para: i) declarar a nulidade da cláusula 3ª, parágrafo 1º, do contrato celebrado entre os litigantes (f. 77), determinando que a cada 12 meses, a partir de 20.09.2006, a mensalidade do plano seja atualizada pela variação do Fipe Saúde observada no período (cláusula 7ª, parte final - f. 78); ii) condená-la à restituição do que foi pago em excesso, na forma simples, em razão no aumento da mensalidade com base na cláusula declarada nula, aplicando-se correção monetária pelo IGPM/FGV desde a cobrança indevida e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Custas processuais e honorários advocatícios em R$ 1.000,00, a cargo da Cassi.

Alega que o § 3º do artigo 15 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) não se aplica aos contratos de planos privados de assistência à saúde celebrados antes de sua vigência. Entendimento diverso levaria à violação não só do princípio da irretroatividade das normas, mas também ao ato jurídico perfeito e da segurança jurídica. Ressalta, ainda, que a evolução da mensalidade em função da sinistralidade e da variação de faixa etária não é discriminatória ou abusiva, apenas reconhece que as pessoas possuem características diferenciadas. Prequestiona dispositivos legais e, por fim, pleiteia o provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

O apelado é associado da Cassi como titular do "Plano de Associado", no qual constava sua esposa Maria Izabel de Campos como dependente. Diante da separação consensual do casal em 26.10.1988, averbada em 14.02.2005, firmou o "Termo de Opção de Transição de Dependentes Indiretos" para regularizar a situação de sua ex-esposa (f. 75-8 - em 6.11.2005).

Em razão do abusivo reajuste na mensalidade (67,1143%) pela mudança de faixa etária (60 anos), que passou de R$ 245,34 (agosto de 2006) para R$ 409,99 (setembro de 2006), ajuizou a presente pleiteando a revisão do contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares e a consequente restituição dos valores pagos a maior.

A sentença que julgou procedentes os pedidos não merece modificações.

Prevê a cláusula 3º do contrato celebrado em 06.11.2005 (f. 76):

> Parágrafo 1º: Para efeito de verificação da contribuição mensal de cada dependente econômico indireto, a ser paga mediante débito em conta corrente no Banco do Brasil S.A., de titularidade do ASSOCIADO ou do PENSIONISTA, serão utilizadas, observando o TERMO DE OPÇÃO DE TRANSIÇÃO DE DEPENDENTES INDIRETOS, a classificação por faixa etária e as variações percentuais entre elas adotadas pelo PLANO SAÚDE FAMÍLIA-PSF, a saber:
>
> [...]
>
> f) 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade, com variação de 67,1143% superior à anterior;
>
> A Lei 9.656/98 estabeleceu novas regras a serem seguidas pelos Planos de Saúde:
>
> Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.
>
> Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.

Como se constata, a ex-esposa do apelado já era beneficiária do plano há muito tempo, sendo que em novembro de 2005 apenas regularizou sua situação diante da dissolução da sociedade conjugal.

Portanto, conforme já decidiu o STJ, mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei 9.656/98, qualquer variação de mensalidade em razão da faixa etária está sujeita à autorização prévia da ANS, art. 35-E da Lei 9.656/98 (REsp 809.329/RJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJe 11.04.2008).

No caso, a apelante não trouxe aos autos nenhuma autorização da Agência Nacional de Saúde permitindo-lhe a variação na contraprestação pecuniária ou para aplicação dos percentuais originariamente previstos.

A despeito disso, esse fato não elide o direito à revisão das cláusulas abusivas com base no Código de Defesa do Consumidor, por infringir o inciso IV de seu artigo 51, visto que, como sabido, não se pode deixar o consumidor ao livre arbítrio das entidades mantenedoras de planos de saúde no que se refere ao reajustamento das prestações, cabendo ao Judiciário impedir procedimentos unilaterais, desproporcionais ou abusivos.

Por sua vez, aplica-se ao caso a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que trouxe disposições relevantes e que interferem na aplicação da Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98), especialmente quanto ao veto de discriminação em razão da idade. Veja-se:

> 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.

Insta anotar que, em função do seu caráter de ordem pública, a legislação tem aplicação imediata. Por isso, influi em relações que, a despeito de nascidas em período anterior a sua vigência, devem sofrer os efeitos da nova lei.

Desse modo, deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste elevado de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária, de modo a vedar a discriminação do idoso em razão da idade.

Analisando caso semelhante, tive a oportunidade de firmar meu posicionamento:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS, CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E RESTITUIÇÃO DE VALORES – PRESCRIÇÃO AFASTADA – PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE ABUSIVO DA MENSALIDADE – MUDANÇA DE FAIXA-ETÁRIA – 60 ANOS – APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> A ação que prevê a revisão das cláusulas contratuais de planos de saúde está sujeita à prescrição aplicável às ações de natureza pessoal previstas no artigo 205 do Código Civil.
>
> Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste elevado da mensalidade de plano de saúde calcado exclusivamente na mudança de faixa-etária. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.001712-9/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade, Segunda Câmara Cível, j. 3.4.2012)

Seguem outros precedentes sobre o tema:

> AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADE EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA (IDOSO). INADMISSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO E DE ABUSIVIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
>
> A jurisprudência deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, mormente se for consumidor que atingir a idade de 60 anos, o que o qualifica como idoso, sendo vedada, portanto, a sua discriminação.
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 1113069/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17/03/2011, DJe 29/03/2011)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – REAJUSTE PELA FAIXA ETÁRIA – 60 ANOS – APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O Estatuto do Idoso contém disciplina contrária à legislação que rege os planos de saúde, vedando a prática de reajustamento das mensalidades dos planos de saúde em razão de mudança de faixa etária, como disposto no § 3º do art. 15.

O consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. (TJMS – Apelação Cível n. 2010.033438-0, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª Turma, j. 23.11.2010).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – AGRAVO RETIDO – NÃO CONHECIDO – MÉRITO RECURSAL – CONTRATO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ONEROSIDADE EXCESSIVA – CLÁUSULA ABUSIVA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

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.

Recurso conhecido e não provido. (TJMS – Apelação Cível n. 2007.018089-7, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Turma, j. 17.02.2009).

Com esses argumentos, é de ser mantida a sentença que declarou a nulidade da cláusula contratual que prevê o indevido reajuste de mensalidade em razão da mudança de faixa etária, com a consequente restituição dos valores indevidamente pagos.

Conclusão

Ante o exposto, **voto por se negar provimento ao apelo.**

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 15 de janeiro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0011631-79.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRÊMIO DE SEGURO – DEVIDO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO, PELA SEGURADA, DA INTENÇÃO DE RESCINDIR O PACTO SECURITÁRIO – MERA INADIMPLÊNCIA, QUE NÃO TEM O CONDÃO DE PÔR FIM AO CONTRATO – RECURSO PROVIDO.

O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação. (Precedentes do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tokio Marine Brasil Seguradora S/A interpõe recurso de apelação para ver reformada a sentença que julgou procedente pedido formulado por Transportadora Edivan Ltda., em embargos do devedor, e decretou a extinção da execução de título extrajudicial com resolução de mérito (inc. I, art. 269, CPC).

Sustenta que a fundamentação do sentenciante para extinguir a execução – rescisão do contrato de seguro pela mera inadimplência, existência de cláusula ambígua/contraditória em contrato de adesão ofensor da boa-fé objetiva conduz à interpretação favorável ao contratante – não pode prevalecer porque a contratação entabulada com o apelado para a garantia do risco de mercadorias transportadas e cobrança do prêmio dá-se pelo sistema de averbação eletrônica, cujo sistema é alimentado pelo próprio segurado, com inserção de dados das cargas a serem transportadas (quantidade e valores das mercadorias), e com os quais são gerados os títulos de prêmio de responsabilidade do segurado mensalmente. Logo, inadmissível admitir a rescisão automática pela inadimplência em razão do apelado ter inserido no sistema eletrônico os dados das mercadorias transportadas, desfrutando de cobertura securitária, e por via de consequência gerado os títulos respectivos, circunstância que reflete a boa-fé objetiva da relação contratual.

Alega existência de convenção expressa e que o desinteresse na continuidade da cobertura securitária impõe denúncia com prazo mínimo de 30 dias, cujo proceder inviabilizaria ... *as averbações eletrônicas, e consequentemente não geraria as cobranças referente ao seguro contratado e vigente* (f. 217), tanto que só tomou ciência do desinteresse da apelada através da intimação destes embargos.

Requer a reforma para reconhecer a legitimidade do contrato e do título executivo, com a inversão da sucumbência.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Tokio Marine Brasil Seguradora S.A. ingressou com ação de execução contra a Transportadora Edivan Ltda., dizendo-se credora de prêmios das apólices ns. 0554100897 e 0555100563, relativos aos transportes de mercadorias cujas faturas venceram-se em 18.10.2008, 15.11.2008, 27.12.2008, 01.01.2009 e 01.02.2007.

Salientou que os prêmios eram apurados mensalmente, através da digitação no terminal de averbação eletrônica das cargas transportadas, com especificação da quantidade e valores das mercadorias, pela segurada.

A segurada, entendendo nada dever, opôs-se à execução pela via dos embargos de devedor, alegando a rescisão do contrato, não só em decorrência de comunicação à corretora em setembro de 2008, suspendendo-se, desde então, os pagamentos das parcelas do fracionamento do prêmio, bem como pela própria avença no contrato, de que a inadimplência levava ao cancelamento da apólice automaticamente.

Disse também que as *parcelas referentes aos meses 10, 11 e 12 de 2008 e 01 e 02 de 2009 de duas das apólices, são indevidas, mesmo porque nenhum sinistro ocorrera no período, portanto, nenhum prejuízo sofrera a Embargada, que obrigue a Embargante ao pagamento de mencionadas parcelas* (f. 07).

A tese defendida pela segurada foi acolhida pelo sentenciante e a execução extinta, gerando o inconformismo da seguradora.

A meu sentir com razão.

Consta das apólices firmada pela apelada que:

> CLÁUSULA DE RESCISÃO
>
> A apólice supra citada poderá ser rescindida a qualquer tempo por quaisquer das partes mediante aviso prévio de 30 (trinta) dias, não prejudicando os riscos em curso. Porém, em caso de não cumprimento das obrigações contratuais, a cobertura ficará prejudicada, implicando de pleno direito a imediata rescisão, sem prévio aviso e sem restituição de prêmio de seguro dos riscos decorridos.
>
> O não cumprimento por parte do segurado do aviso prévio de 30 (trinta) dias, acarretará na obrigação do pagamento da conta mensal relativa ao período em questão, que será calculado com base na média dos embarques dos últimos 3 (três) meses, emitindo-se a respectiva fatura como risco decorrido e prêmio devido, sujeito a cobrança judicial em caso de não pagamento. (f. 24 dos autos de execução em apenso).

Ao contrário do entendimento do magistrado, não vislumbro ambiguidade na cláusula em questão para interpretá-la de modo mais favorável à segurada, posto ter sido avençado entre os contratantes que a inércia na comunicação do desinteresse da continuidade do contrato implicaria em cobrança do prêmio com base na média dos embarques dos últimos 3 meses.

O apelado, na inicial dos embargos, disse que fez a comunicação prévia, exigida no contrato, à corretora. No entanto, a prova respectiva não veio aos autos, como lhe competia, a rigor do art. 333, I, do CPC.

No que diz respeito à rescisão automática por força da singela inadimplência, tem sido ela repelida pela doutrina e mesmo jurisprudência.

Carlos Roberto Gonçalves[1] sobre o tema registra que:

> [...] Antes do novo diploma civil, já se decidira que o atraso no pagamento dos prêmios não resolve ***ipso jure*** o contrato de seguro. Se o sinistro se verifica antes de proferida a sentença de rescisão, fica o segurador obrigação a indenizar o segurado moroso, descontando da importância a pagar o valor dos prêmios em atraso.
>
> O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão paradigma, afirmou que a companhia seguradora "não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro/ b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando possível será avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio".
>
> Para Jones Figueiredo Alves, é de entender, na esteira do mencionado julgado, cabível, mesmo com o advento do art. 763 do novo Código Civil, "a impossibilidade da resolução do contrato, quando reiterado o exercício da seguradora em receber as prestações com atraso e/ou reconhecida a insignificância do inadimplemento em cotejo da parte substancialmente atendida pelo segurado. De tal sorte, o direito de o segurado ser o credor da prestação da cobertura securitária, preponderando, em seu favor, o princípio do adimplemento substancial e descabendo a resolução".
>
> Por sua vez, José Augusto Delgado manifesta entendimento de que a regra do aludido art. 763 do novo Código Civil deve ser interpretada em consonância com os princípios regedores do Código de Defesa do Consumidor, que considera abusiva a resolução do contrato de seguro em face da mora do segurado, aduz, "apontam para uma leitura do art. 763, ora comentado, em consonância com princípios que prestigiam a aplicação da boa-fé, da função social e do equilíbrio contratual".
>
> Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, já na vigência do novo diploma civil, que o simples atraso no cumprimento da prestação "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".

Os julgados do STJ, hodiernamente, preservam o entendimento a que o autor faz alusão, veja-se:

> [...] Desse modo, o presente caso amolda-se perfeitamente à orientação jurisprudencial consolidada desta Corte no sentido da necessidade da prévia constituição em mora do segurado para o cancelamento do contrato de seguro de vida. Nessa linha, merecem referência os seguintes precedentes, iniciando-se pelo Recurso Especial n. 316.552/SP, relatoria do eminente Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado pela Segunda Seção do STJ, em outubro de 2002, que tem servido de paradigma para os julgados subsequentes desta Corte acerca do tema: CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO. AUTOMÓVEL. ATRASO NO PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA. IMPOSSIBILIDADE DE AUTOMÁTICO CANCELAMENTO DA

1 *Direito Civil Brasileiro,* vol. III, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 506.

AVENÇA PELA SEGURADORA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. COBERTURA DEVIDA. I. O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação. II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 316.552/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/10/2002, DJ 12/04/2004, p. 184) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO. SEGURO DE VIDA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NS. 211/STJ E 282/STF. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83/STJ. 1) Não se conhece de recurso especial sem o devido prequestionamento. Incidência das Súmulas ns. 211/STJ e 282/STF. 2) Decisão recorrida em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal, sedimentada a partir do seguinte precedente: "O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação" (Segunda Seção, REsp n. 316.552/SP, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, por maioria, DJU de 12/4/2004). Aplicação da Súmula n. 83/STJ. 3) Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 807.974/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 25/05/2012) .... (STJ, REsp 1156714, Rel Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, p. 26/09/2012.

[...] 2 - O simples atraso no pagamento do prêmio 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. [...].

Ademais, acertadamente o Tribunal a quo reconheceu que a resolução do contrato, por inadimplência do segurado, depende da sua prévia constituição em mora, sem a qual não é possível a suspensão dos efeitos da avença. Por conseqüência, considerou ilegítima a recusa do pagamento do prêmio porque, apesar de o sinistro ter ocorrido no período em que o segurado estava em atraso com o pagamento das parcelas, não foi devidamente constituído em mora. Nessa esteira, o acórdão recorrido não destoa do entendimento desta Corte de "que o simples atraso no pagamento do prêmio 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" (STJ, AgRg no REsp 770.720/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI).

A propósito: "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. ATRASO NO PAGAMENTO DO PRÊMIO. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO EM MORA DO SEGURADO. SUSPENSÃO AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O simples atraso no pagamento do prêmio não implica suspensão ou cancelamento automático da cobertura securitária, fazendo-se necessária a interpelação do segurado, apta a constituí-lo em mora. Precedentes. 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, nada havendo a retificar ou acrescentar na decisão agravada, deve esta ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido." (STJ, AgRg no REsp 906608/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJe 31/08/2009).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. SUSPENSÃO OU CANCELAMENTO. INTERPELAÇÃO. NECESSIDADE. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que

> alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental. 2. A orientação desta Corte é no sentido de que o simples atraso no pagamento do prêmio 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 (AgRg no REsp 770.720/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 20/06/2008). 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg nos EDcl no Ag 1007926/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, DJe 16/06/2009). Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. (STJ, Ag 1217010, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 27/06/2011).

Não há dúvida que em contrato desta natureza a boa-fé objetiva é imperiosa. E o é em relação a ambos contratantes, segurada e seguradora.

E na hipótese com muito mais ênfase, posto que, como dito pela apelante, a apelada, mesmo não tendo mais interesse na continuidade do contrato de seguro, continuou a informa-la dos transportes de cargas, o que lhe conduziu à cobrança dos prêmios respectivos.

É inconsistente o argumento da apelada feito na inicial de que nenhum prejuízo há para a seguradora, pela inocorrência de sinistro no período que busca satisfação.

Aliás, esta conotação traz conformação de ausência de boa-fé na relação, posto que, se tivesse ocorrido qualquer sinistro evidentemente que não envidaria esforços para, mesmo em mora com os respectivos prêmios, obter a cobertura do sinistro. O contrato não tem dois pesos e duas medidas. Tem obrigações e direitos tanto para um como para outro.

Orlando Gomes em obra atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino[2], ao discorrer sobre a interpretação de contratos traz lição impar, veja-se:

> Práticas usuais e palavras usadas habitualmente no mesmo sentido ajudam o intérprete na realização de sua tarefa. Formam-se, desse modo, **usos sociais**, que devem ser levadas em conta na interpretação dos contratos, conforme prescrevem algumas legislações, como o Código Civil alemão e também o brasileiro. [...]
>
> Os **usos interpretativos** não devem ser confundidos com as normas consuetudinárias. Estas são autênticas normas jurídicas, gerais e obrigatórias, enquanto aqueles representam práticas úteis à interpretação das declarações de vontade. Não tem o valor de uma norma de direito objetivo, valendo, antes, como **parte constitutiva da declaração de vontade.**
>
> Duas funções distintas se atribuem aos **usos interpretativos**, uma estritamente hermenêutica e outra nitidamente supletória; ao **uso supletivo** recorre-se para integrar lacuna do contrato, podendo ser excluído por vontade expressa das partes, enquanto ao uso interpretativo **stricto sensu** deve o intérprete reportar-se para investigar se há efeitos jurídicos não declarados mas correspondentes ao que é usual em tais contratos, aplicando-os, segundo alguns, mesmo quando é desconhecido dos interessados.
>
> O **uso** pode instaurar-se no curso de uma relação contratual, como se verifica quando as duas partes observam, durante muito tempo, conduta uniforme a que se atribui habitualmente determinada significação, e não possa ser considera nova cláusula tacitamente admitida pelas partes. (destaques dos autores)

2 Orlando Gomes, *Contratos,* 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 248.

Antecedendo a estes comentários dize o tratadista[3]:

> A **função tradicional** do intérprete é perquirir e aclarar a vontade dos contraentes, manifestada no contrato mediante **declaração destinada a provocar efeitos jurídicos.**
>
> Para os preceptivistas a vontade a ser interpretada no contrato é a que nele se encontra objetivada, a ***vontade normativa*** *o*u objetiva, não a vontade subjetiva. Sem admiti-la como fonte normativa, já explicava Bonfante que a vontade, uma vez separada do declarante, assume caráter objetivo e tamanha força, que a pessoa menos indicada para aferir o seu valor é quem a emitiu. São os comandos jurídicos integrantes do conteúdo do contrato que exprimem a ***vontade objetiva,*** assim manifesta, e constituem, portanto, o objeto da interpretação.
>
> Função da interpretação do contrato é a determinação dos efeitos jurídicos que este visa a plasmar e a produzir. Diz-se que, se o objeto da vontade contratual (negocial) são os efeitos do contrato, deve-se admitir, por dedução lógica, que o fim último da interpretação é a determinação de tais efeitos. Afinal, o que importa é definir a **vontade contratual** objetivamente expressa nas cláusulas, mesmo que não corresponda exatamente à intenção do declarante. É, de resto, o comportamento obrigatório dos contratantes que demanda do intérprete clara definição e, se é juiz, a escolha do preceito aplicável em caso de controvérsia (lide).
>
> O intérprete não pode se afastar da regra que manda interpretar as declarações de vontade, atendendo-se mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem, a fim de determinar com precisão a efetiva vontade das partes. Nos ordenamentos jurídicos que converteram tal princípio em artigo de lei como o nosso, tem-se entendido que não se pode prescindir a investigação da vontade interna de cada parte, mas a verdade é que o fim da disposição legal é obrigar o intérprete a verificar o **espírito do contrato***,* isto é, o seu significado genuíno. Interpretação correta da regra hermenêutica estatuída no Código Civil para interpretação dos negócios jurídicos em geral não pode admitir que alusão à intenção da declaração de vontade seja, no contrato, a de cada declarante, pois a vontade singular de cada parte é sempre irrelevante para o fim de interpretação do **acordo**.

Com estas ilações, e preservando a integridade do escrito e da livre manifestação de vontade das partes, ao equilíbrio do contrato, até mesmo com anteparo de interpretação jurisprudencial, inclino-me ao acolhimento do recurso, na medida em que, a resilição de contrato de seguro por desinteresse da apelada, estava na dependência de interpelação à seguradora, mormente como no caso em questão, em que a apelada, mesmo após interiorizar sua intenção de resilir o pacto, sem exteriorizá-la à seguradora, continuou a alimentar o sistema de informatização desta, com as cargas que estavam sendo transportadas, garantindo, deste modo, eventual risco durante o transporte.

Conclusão

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe **provimento**, para reconhecer a preservação do contrato no período em que continou a alimentar o sistema eletrônico da apelante com as informações das cargas transportadas (15 de agosto de 2008 a 01 de fevereiro de 2009), relativo às apólices 0554100897 e 0555100563.

Inverte-se o ônus da sucumbência e dos honorários, fixados adequadamente no presente feito.

A execução, pois, haverá de prosseguir normalmente.

3 Idem, p. 239-240.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0022053-79.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ABALROAMENTO DE TRÂNSITO – VEÍCULO OFICIAL DE EMERGÊNCIA EM SERVIÇO – UTILIZAÇÃO DE SINAIS LUMINOSO E SONORO – CRUZAMENTO PROVIDO DE SEMÁFORO – FECHADO – CAUTELA DA VIATURA – VEÍCULO COM DESLOCAMENTO TRANSVERSAL – CONDUTORA DESATENTA – CONVERSÃO À ESQUERDA FECHADO – CONTRARIEDADE DO ART. 28 DO CTN – ORÇAMENTOS FORNECIDOS POR EMPRESAS CONVENIADAS COM O ESTADO – POSSIBILIDADE – EXCESSIVIDADE DO VALOR CONTRAPOSTO SEM PROVA – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – INÉRCIA DA RÉ EM DENUNCIAR À LIDE A SEGURADORA – MATÉRIA PRECLUSA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO ENTE PÚBLICO INEXISTENTE – RECURSO IMPROVIDO.

1. A viatura oficial, identificada e dotada de sinalização luminosa e sonora, tem preferência do tráfego. Provada a desatenção da condutora do veículo que se deslocava em via transversal, e a conversão à direita sem observância da regra de deslocamento, a reparação é devida.

2. O fato dos orçamentos terem sido ofertados por empresas conveniadas com o poder público nenhuma ilegalidade há, mormente quando nenhuma prova foi trazida aos autos pelo *ex adverso* para demonstrar o argumento de superfaturamento.

3. A parte que não se conformar com a decisão lançada pelo presidente da lide tem a seu dispor o recurso previsto na lei processual. A não impugnação no momento oportuno engessa a parte de fazê-lo posteriormente, dado o instituto da preclusão.

4. Litigar de má-fé é fazê-lo contra a lei, sem justa causa e com plena consciência do indevido. Ausentes tais circunstâncias, afastada está a possibilidade de penalizar o litigante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 31 de janeiro de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Anne Caroline Belizário Scarpin interpõe recurso de apelação objetivando reformar a sentença que acolheu pedido indenizatório material formulado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, no valor de R$ 10.975,00 (dez mil, novecentos e setenta e cinco reais).

Reconhece a preferência no trânsito do veículo de emergência quando em serviço. Obtempera, no entanto, a imperiosidade observância pelo condutor dos cuidados de segurança, ausente no caso em apreço pelo fato da viatura surgir [...] *de inopino à sua frente, quando ainda estava fazendo a conversão passando ao lado de um caminhão que se encontrava parado no semáforo, do mesmo modo que dois veículos que seguiam a sua frente*, tanto que estes *não colidiram com a viatura que se deslocava a 40 km/h pela Joaquim Murtinho porque ainda se encontrava bem antes do cruzamento* (f. 159).

Sustenta que a dinâmica do acidente leva à aferição de que os veículos que a antecederam, assim com a apelante, que também fez a conversão quando o semáforo lhe favorecia, [...] *não viram nem ouviram os sinais de emergência da viatura e não ocorreu o sinistro com eles em face da distância que ainda os separavam da viatura* (f. 159), o que já não ocorreu com a apelante exigindo do motorista da viatura oficial manobra de frenagem exatamente por ter visualizado o seu deslocamento em sentido perpendicular, tanto que a atingiu no flanco anterior esquerdo.

Impugna os orçamentos, que se apresentam elevados e ilegais, vez que fornecidos por oficinas conveniadas com o apelado, desprovido da necessária concorrência, não fazendo a prova que lhe competia em razão dos serviços terem sido realizados [...] *muito antes do ajuizamento da ação pelo Estado* (f. 163).

Diz ter se surpreendido com o fato do apelado não ter acionado a seguradora e que a citação desta por precatória esbarraria no princípio da celeridade processual.

Pleiteia a aplicação da pena de litigância de má-fé *...tendo em vista que ao ajuizar a ação, além de tentar eximir ou atenuar a responsabilidade de seu preposto, tentou subverter o direito da apelante, transformando a mesma de vítima em ré* (f. 168).

Contrarrazões às f. 172-176.

VOTO (EM 13.12.2012)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Na inicial o apelado relatou que no:

> [...] dia 20.09.2010, às 10h e 40 min, quando em deslocamento para atender vítima e apendicite aguda, houve uma colisão entre veículo oficial e particular no cruzamento das ruas Joaquim Murtinho e Nova Era, conforme consta do Relatório de Acidente de Trânsito nº 05483/2010, fls. 24-30 do Inquérito Técnico.
>
> Em declaração prestada ao encarregado do Inquérito (fls. 44-45) a Sra. Anne Caroline Belisário Scarpin, condutora do FORD/KA, afirmou que trafegava pela Rua Nova Era quando fez a conversão à esquerda para entrar na Ria Joaquim Murtinho, com sinal verde, momento em que colidiu com a viatura de resgate. Alega que não pode perceber a aproximação da viatura de resgate, possivelmente em decorrência do barulho do trânsito ou porque trafegava com os vidros fechados. Esclarece também que haviam carros parados a sua frente no semáforo, inclusive um caminhão, por isso não pode perceber que uma viatura transitava pela Rua Joaquim Murtinho.

> O condutor da viatura de resgate, Sr. Klesto Rodrigues Alves, declarou (fls. 39-40) que se deslocava em código 3 (três), ou seja, com os **sinais sonoros e luminosos acionados**. Afirma ainda que o semáforo estava no vermelho, porém os veículos a sua frente se deslocaram para a direita para lhe dar passagem. (f. 03-04).

Com a maturidade do feito a sentença foi proferida com o reconhecimento da responsabilidade da requerida, condenando-a ao pagamento das avarias no veículo de propriedade do requerente, com o que não se conforma.

Responsabilidade civil

O art. 927 do Código Civil estabelece a obrigação reparatório àquele que, *por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem.*

O ato atribuído à apelante foi a manobra de conversão sem atenção à prioridade do veículo oficial de emergência que se deslocava com sinais luminosos e sonoros, corroborado pelo fato de que o ponto de impacto *ocorreu na área reservada à travessia de pedestre, antes de iniciado o cruzamento*, não deixando dúvida de que o motorista da viatura sequer *chegou a avançar o sinal, que lhe era desfavorável* (f. 150), com o que não se conforma.

A irresignação da apelante é, no entanto, desprovida de razão.

O argumento de que a viatura surgiu de inopino não merece crédito. É incontroverso nos autos o uso de sinais luminosos e sonoros pelo veículo do apelado quando deslocava-se para atendimento de emergência, cujo desiderato tem o escopo de indicar aos demais condutores e pedestres a proximidade de veículos com prioridade de passagem, tanto que os demais veículos *das duas faixas de rolamento em seu sentido de direção deslocaram-se para a direita para ajudar a passagem da viatura*, como dito pelo condutor da viatura em juízo (f. 146).

A desatenção da apelante à sinalização é evidente. Ao prestar declarações no procedimento administrativo a apelante disse que:

> [...] Ao realizar conversão a esquerda, saindo da Rua Nova Era e entrando na Rua Joaquim Murtinho, com a sinalização de trânsito (semáforo) favorável, me deparei imediatamente com a viatura do Corpo de Bombeiros, vindo a colidir. Porém, como estava com os vidros do carro fechados e devido também ao próprio barulho do trânsito e com a baixa visibilidade, considerando os veículos que estavam parados no semáforo, inclusive um caminhão, não pude perceber que uma viatura de emergência estava transitando pela Rua Joaquim Murtinho. (f. 52)

O art. 28 do CTB exige que o condutor, *a todo momento,* tenha *domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito*.

Se assim é, inviável admitir que a apelante cumpria a esta determinação legal, pois, deixou ela consignado a não percepção de *que uma viatura de emergência estava transitando pela Rua Joaquim Murtinho* (f. 52).

Ainda que a visibilidade da apelante estivesse prejudicada em relação ao sinal luminoso pelo fato de ter um veículo, tipo caminhão, parado na Rua Joaquim Murtinho, o mesmo já não pode ser admitido em relação ao sonoro, pois é de conhecimento público a estrindência destes exatamente para chamar atenção dos demais condutores e dos pedestres.

Arnaldo Rizardo[1] sobre o artigo em tela discorre:

> [...] o condutor é responsável pelo seu veículo e por tudo o que possa resultar de sua conduta ao dirigir. Assim, deve o condutor dirigir atentamente, conscientizando-se de todas as precauções possíveis a fim de evitar acidentes e não obstruir o trânsito. Exercer o domínio ou o controle sobre o veículo significa um ato de vontade, ou a extensão do querer. Nesse sentido a previsão do art. 28, de que o condutor deve sempre dirigir com atenção e ter o total domínio de seu veículo.
>
> Qualquer decorrência resultante do uso do veículo é atribuída ao seu condutor. Por isso, incumbe-lhe manter o domínio completo do veículo, que circulará segundo a sua vontade exclusiva. Para que isso ocorra, evitará distrações, [...] Enfim, não desviará sua atenção para que não perca o domínio sobre a direção. Outrossim, tomará cuidados para a segurança do trânsito, como circular na sua mão de direção, parar quando cruzar por vias preferenciais, acionar o sinal indicativo quando for parar ou passar para outra via etc.

Também não pode ser atribuído ao condutor do veículo do apelante desatenção à regra de trânsito sob o auspício de deslocamento com excesso de velocidade, aproximadamente 40 km/h. Isto porque, o deslocamento não deu início na Rua Joaquim Murtinho e os sinais, luminosos e sonoros, estavam acionados, não deixando margem de dúvida de que quando aproximou do cruzamento reduziu a velocidade que desenvolvia até então.

Para corroborar com esta conclusão tem-se a admissibilidade da própria apelante de que os veículos que circulavam à sua frente efetuaram a manobra de conversão. Ora, diante de tal ocorrência evidente que o motorista do veículo do apelado reduziu a velocidade, patenteando sua condução com cuidados de segurança necessários, inclusive com execução de frenagem ao perceber que a apelante conduzia sem a necessária atenção.

Além do mais, observa-se do documento de f. 36 que o ponto de impacto ocorreu sob a faixa de pedestre da rua Joaquim Murtinho.

Este procedimento não guarda a adequada indicação do inc. II do art. 38 do CTN.

A manobra à esquerda exige que o condutor posicione seu veículo *o máximo possível rente ao seu eixo ou à linha divisória*[2]. Não foi o procedimento que a apelante adotou já que iniciou a conversão para a esquerda antes de atingir a zona central do cruzamento.

O comentarista do CBT citado neste ponto leciona que:

> No caso de saída da via pelo lado esquerdo (inciso II), o condutor se aproximará do bordo esquerdo da via, tratando-se de via de um só sentido, adotando o mesmo procedimento visto no inciso I.
>
> Cuidando-se de pista com circulação nos dois sentidos, se posicionará o máximo possível rente ao seu eixo ou à linha divisória. O Código revogado possuía preceito semelhante, quando previa, no seu art. 13, III: "Todo veículo, para entrar numa esquina à esquerda, terá de atingir, primeiramente, a zona central do cruzamento, exceto quando uma ou ambas as vias tiverem sentido único de trânsito, respeitada sempre a preferência de passagem do veículo que venha em sentido contrário".

1 *In, Comentários ao Cód. Bras. De Trânsito*, 8ª ed., RT: São Paulo, 2010, p. 107-108.

2 Idem, p. 130.

> Nas conversões à esquerda, especialmente em rua movimentada, por cortarem o fluxo contrário de trânsito, munir-se-ão os condutores de todas as cautelas, sobretudo por constituir a manobra conduta de risco elevado. Parando o automóvel no eixo da pista, ou na sua linha divisória, o condutor guardará com maior segurança o momento oportuno para atravessar a via, sem, com isso, obstruir o trânsito que ali é desenvolvido.[3]

Como anotou o sentenciante:

> Constata-se, ainda, do croqui acostado à f. 36, que o veículo da ré atingiu a ambulância em colisão frontal durante a conversão realizada, esclarecendo a testemunha já citada (f. 146): ... fez a conversão à esquerda em ângulo fechado, pois dois veículo que fizeram a idêntica manobra antes dela passaram pela viatura.
>
> A manobra de conversão realizada pela ré, além de incorreta foi também imprecisa, pois não se aproximou o suficiente da linha divisória da pista, antecipando a conversão em ângulo com abertura insuficiente, vindo a colidir com a viatura que trafegava no sentido contrário. (f. 151-152)

Montante do dano - orçamentos

Quanto aos orçamentos, diz a apelante que estão superfaturados, além de ilegais, por terem sido obtidos em empresas conveniadas com o apelado, inviabilizando o exercício da livre concorrência e que não produziu prova neste sentido porque no veículo já havia sido efetuado os reparos.

Alegar e não provar é o mesmo que nada dizer. Assim procedeu a apelante. Restringiu em opor-se aos orçamentos sem qualquer paralelo a afirmar seus argumentos.

E não diga que não poderia fazer tal comparativo. Ainda que os reparos do veículo já estavam efetivados poderia a apelante, com base nos orçamentos contidos nos autos, buscá-los comparar com outras empresas, dada a descrição naqueles tanto das peças necessária como dos serviços empregados.

Denunciação à lide

Também não merece maiores digressões o inconformismo dispensado sobre a denunciação à lide da seguradora porque, como consignado pelo apelado nas contrarrazões. A matéria encontra-se preclusão.

A denunciação foi deferida na audiência de conciliação (f. 104). Emitida a carta precatória de citação e intimação da seguradora denunciada, foi a apelante intimada para que a retirasse e comprovasse, no prazo assinalado, a sua distribuição (f. 137).

Como a apelante não atendeu à determinação judicial o presidente do feito lançou a seguinte decisão: "*Ante a desídia da ré, reputo desistida a denunciação da lide"*(f. 140).

Ainda que a apelante não tenha sido intimada do *decisum* dele tomou conhecimento na oportunidade em que teve acesso aos autos, na audiência de instrução (f. 144), sem esboçar qualquer reação ao seu conteúdo. Preclusa, portanto, a questão da denunciação à lide.

Litigância de má-fé

Na ótica da apelante na ação proposta pelo apelado houve desvirtuamento dos fatos.

Trata-se de argumento estéril.

3 Idem, p. 130.

Na peça inicial o apelado restringiu em alegar os fatos e prova-los. E o fez de forma extremamente ética. Aliás, neste particular, o comportamento do preposto em juízo foi impar ao avalizar a alegação da apelante de que sua visibilidade estava com relativo comprometimento pelo fato de estar *parado à direita da viatura bloqueando a visão deste veículo no ângulo de quem seguia pela rua Nova Era à direita* (f. 146).

Registre-se, por oportuno, que mesmo esta circunstância não tem o condão de retirar a responsabilidade da apelante que, como amplamente demonstrado, conduzia o veículo sem a atenção devida, tanto que não viu o sinal luminoso, tampouco ouviu o sonoro, utilizados pela viatura de emergência para chamar atenção de pedestres e demais motoristas que estavam nas vias de circulação no momento em que deslocava para atendimento de emergência; além de fazer conversão à direita diversa da recomendação do Código de Trânsito.

Conclusão

Do exposto, conheço do recurso, mas **nego-lhe** provimento.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DE 31/01/2013 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. SIDENI), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

V O T O (EM 31.1.2013)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Revisor)

Justifico o pedido de vistas na necessidade de estudo mais acurado dos elementos de convicção constantes dos autos.

Bem examinados os autos, cheguei às mesmas conclusões exaradas pelo eminente Relator, no sentido de ratificar a sentença invectivada, negando provimento ao apelo autoral.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2013.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 0604350-55.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR EFETIVO NÃO ESTÁVEL – NOMEAÇÃO PARA O CARGO EM COMISSÃO DE ASSESSOR DE DESEMBARGADOR – ATO ADMINISTRATIVO DE SUSPENSÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO – OFENSA AO POSTULADO DA AMPLA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS E DO DIREITO À AVALIAÇÃO ESPECIAL DE DESEMPENHO PARA FINS DE AQUISIÇÃO DA ESTABILIDADE – DIREITO LIQUIDO E CERTO VIOLADO – ORDEM CONCEDIDA.

A avaliação especial de desempenho, mais do que um dever da administração, é um direito do servidor não estável, mormente no caso dos autos, em que o impetrante continua no exercício de atividade no mesmo órgão de seu cargo efetivo, com estreita compatibilidade de funções, sendo, portanto, perfeitamente possível a sua submissão à avaliação periódica, para fins de aquisição da estabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e, com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Declararam-se suspeito o Des. Rubens B. Bossay e impedidos os Desembargadores Hildebrando Coelho Neto e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 20 de março de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Luiz Augusto Alves Corrêa ajuiza mandado de segurança contra ato imputado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que lhe indeferiu pedido administrativo de afastamento de suspensão do estágio probatório.

Em síntese, o impetrante é analista judiciário lotado na Secretaria deste Tribunal e que, após assumir o cargo em comissão de assessor de desembargador, teve suspenso seu estágio probatório.

Sustenta que o ato administrativo em questão ofende seu direito líquido e certo à estabilidade.

Requereu medida liminar e a concessão da segurança, para o fim de tornar sem efeito o ato administrativo que suspendeu o estágio probatório.

Instruiu a ação mandamental com os documentos de f. 15-43.

O relator originário, Des. Sérgio Fernandes Martins, deferiu a liminar pleiteada (f. 44-45), ao fundamento de que manutenção da suspensão do estágio probatório, em princípio, cerceia direitos funcionais do impetrante.

A autoridade coatora prestou informações (f. 49-51), dizendo que o ato impugnado decorreu de mero cumprimento da legislação vigente e aplicável aos servidores do Poder Judiciário, de modo que não ocorreu qualquer ilegalidade no ato coator. No mesmo ato, deixou registrado a necessidade de se dar ciência do feito ao órgão de representação da pessoa jurídica interessada, qual seja, a Procuradoria-Geral do Estado, nos termos do art. 7º, II, da Lei n. 12.016/2009.

O Estado de Mato Grosso do Sul defendeu o ato impugnado (f. 58-69), requerendo a denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer (f. 70-78), pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Luiz Augusto Alves Corrêa**, contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que lhe indeferiu pedido de providência n. 161.127.0054/2012, em que pleiteou o afastamento do regramento legal em vigor, que impõe a suspensão do estágio probatório do servidor que ocupa cargo em comissão.

Como relatado, o impetrante é analista judiciário lotado na Secretaria deste Tribunal e que, após assumir o cargo em comissão de assessor de desembargador, teve suspenso seu estágio probatório.

Sustenta, em síntese, que o ato administrativo em questão ofende seu direito líquido e certo à estabilidade.

Requer a concessão da segurança para o fim de tornar sem efeito o ato administrativo que suspendeu o estágio probatório.

O relator originário, Des. Sérgio Fernandes Martins, deferiu a liminar pleiteada (f. 44-45), ao fundamento de que a manutenção do ato administrativo de suspensão do estágio probatório, em princípio, cerceia direitos funcionais do impetrante.

A autoridade coatora prestou informações (f. 49-51), dizendo, em resumo, que o ato impugnado decorreu de mero cumprimento da legislação vigente e aplicável aos servidores do Poder Judiciário deste Estado, de modo que não há qualquer ilegalidade no ato coator.

O Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, defendeu o ato impugnado (f. 58-69), requerendo a denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer (f. 70-78), opinando pela concessão da segurança. Pois bem.

A matéria se resume na pretensão de aquisição de estabilidade no serviço público, direito esse que teria sido violado em virtude de suspensão do estágio probatório do impetrante, em princípio a partir de **15.04.2011**, data em que foi nomeado no cargo em comissão de assessor de desembargador (f. 19).

A autoridade impetrada informa que o ato coator tem por base o disposto no artigo 40, da Lei Estadual n. 3.310/2006 (Estatuto dos Servidores Públicos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul), que assim dispõe:

> "Art. 40. No caso de nomeação ou designação para cargo em comissão ou para função de confiança, de ausência ou de afastamento do servidor em estágio probatório por período superior a sessenta dias, a contagem para fins de avaliação será suspensa, recomeçando nova contagem a partir do retorno do servidor às suas atividades inerentes ao cargo efetivo." (caput com redação determinada pela lei estadual n.3.893/2010).
>
> Acerca da estabilidade, a Constituição Federal assim disciplina: "Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo serviço os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.
>
> [...]
>
> § 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade." (destaquei)

Como se vê, a estabilidade é uma garantia assegurada em favor do servidor público titular de cargo efetivo. Trata-se, destarte, de garantia constitucional de permanência no serviço público, assegurada ao servidor que tenha cumprido um período de prova, só podendo ser demitido após a aquisição da estabilidade em virtude de sentença judicial transitado em julgado, mediante processo administrativo que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa, conforme preceitua o § 1º, I, II e III, do art. 41, da lei maior.

Já o estágio probatório, especificamente no caso de servidor do Poder Judiciário deste Estado, tem por finalidade aferir o desempenho do funcionário quanto aos critérios da pontualidade, assiduidade, disciplina, aptidão, eficiência e dedicação, conforme o disposto no art. 34, I a V, da Lei Estadual n. 3.310/2006. Nesse período, o servidor fica sob observação, sendo que a administração apurará a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, conforme o texto do art. 33 da lei de regência, sendo certo que a avaliação de desempenho é um dos instrumentos para a aquisição da estabilidade.

No caso destes autos, o direito líquido e certo do impetrante, a meu ver, decorre das normas constitucionais disciplinadas no artigo 37, I e II e artigo 41, § 4º, bem como das condições pessoais reunidas pelo impetrante, já que é direito do servidor investido em cargo ou emprego público, mediante aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, a submissão à avaliação de desempenho, condição específica para a aquisição da estabilidade.

Tendo o impetrante sido nomeado para o cargo de provimento efetivo decorrente de concurso público (Analista Judiciário – Área fim, símbolo PJJU-1), s.m.j. tem direito líquido e certo à avaliação de desempenho, sob pena de ofensa ao postulado da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

Ademais, o desempenho no cargo em comissão (assessor de desembargador), guarda estreita compatibilidade com o cargo efetivo de analista judiciário, até com maior grau de responsabilidade, de modo que o impetrante tem o direito à avaliação especial de desempenho a ser aferida por seu superior hierárquico imediato, para fins de aquisição oportuna da estabilidade.

Nesse sentido precedente deste Órgão Especial:

> "E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA NÃO ESTÁVEL – **FUNÇÃO DE CONFIANÇA EXERCIDA DURANTE ESTAGIO PROBATORIO – *S*USPENSÃO DA AVALIAÇÃO – DIREITO LIQUIDO E CERTO VIOLADO**

> **– ORDEM CONCEDIDA**. A avaliação mais do que um dever da Administração é um direito do servidor, mormente no caso dos autos, em que a impetrante continua no exercício de atividades no mesmo órgão de seu cargo efetivo (Poder Judiciário), sendo perfeitamente possível a sua submissão à avaliação periódica com a aferição de sua capacidade, aptidão e habilidade para o serviço público" (TJMS. Mandado de Segurança n. 2011.038093-3. Rel: Des. Paulo Alfeu Puccinelli. J. 04/07/2012).

Conclusão

Posto isso, com o parecer, **concedo a ordem**, para o fim de tornar sem efeito o ato coator que suspendeu o estágio probatório e garantir ao impetrante o direito à avaliação especial de desempenho por seu superior imediato.

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. DECLARARAM-SE SUSPEITO O DES. RUBENS B. BOSSAY E IMPEDIDOS OS DESEMBARGADORES HILDEBRANDO COELHO NETO E ROMERO OSME DIAS LOPES.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Josué de Oliveira, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 20 de março de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4000958-54.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONTRATO DE COMODATO POR PRAZO INDETERMINADO – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – NÃO ENTREGA DO BEM – ESBULHO – MENOS DE ANO E DIA – LIMINAR DEFERIDA – RECURSO PROVIDO.

1. A concessão de liminar na reintegração de posse submete-se à observância dos requisitos do art. 927 do CPC, quais sejam, posse anterior, prática de esbulho e data da posse.

2. Em se tratando de contrato de comodato verbal por prazo indeterminado, e utilizado o bem pelo tempo necessário a que se destinava, configura-se o esbulho a partir do momento em que o comodatário, devidamente notificado, não entrega o bem que lhe foi emprestado a título gratuito, situação que recomenda o deferimento da liminar, quando satisfeitos os requisitos do art. 927, II, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 14 de março de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tereza Laurice Domingos Name interpõe agravo de instrumento contra a decisão do juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada contra **Flávia Fontoura Marcon Name**, indeferiu o pedido liminar, eis que ausentes os requisitos necessários para tanto.

Alega que está comprovada a existência de contrato de comodato do qual decorre o direito de reintegração na posse do veículo, haja vista a confissão exarada pela agravada na contranotificação de f. 11/12.

Diz que a agravada, na ação de divórcio ajuizada contra o filho da agravante, confessou que o automóvel pertencia à agravante, sendo que a posse injusta e o esbulho do veículo restaram comprovados com a recusa da agravada em devolvê-lo, após notificada para tal.

Sustenta que a decisão agravada é desacertada porque *"tratando o caso de reintegração de posse sobre bem móvel, basta que o proprietário comprove nos autos a prática do esbulho decorrente da ausência*

da entrega do bem apesar de solicitação para tanto, que depende exclusivamente da conveniência do proprietário". (f. 05), concluindo que estão preenchidos os requisitos previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil, necessários para a concessão da medida pleiteada.

Por fim, diz que o perigo na demora é evidente e resulta do fato de a agravada não ter como arcar com eventual prejuízo decorrente da fruição do automóvel, como, por exemplo, acidente de trânsito ou qualquer outro infortúnio.

Pede *"seja o presente recurso conhecido e provido para o fim de reformar a decisão recorrida e determinar a imediata reintegração da Agravante na posse do automóvel que se encontra em poder da Agravada"* (f. 08), em tutela recursal, para o fim de reintegrar a agravante na posse do automóvel, até final julgamento do recurso.

Foi recebido o agravo no efeito devolutivo (f. 88-89). No mesmo ato, requisitou-se as informações ao juízo da causa, que foram prestadas às f. 101-102.

A recorrida apresentou contraminuta às f. 93-100.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Teresa Laurice Domingos Name contra a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de liminar, nos autos da ação de reintegração de posse movida contra Flávia Fontoura Marcon Name.

Conforme relatado, a agravante alega que está comprovada a existência de contrato de comodato do qual decorre o direito de reintegração na posse do veículo, haja vista a confissão exarada pela agravada na contranotificação de f. 11/12.

O esbulho restou comprovado pela recusa da agravada em devolvê-lo, após devidamente notificada.

Sustenta que a decisão agravada é equivocada porque *"tratando o caso de reintegração de posse sobre bem móvel, basta que o proprietário comprove nos autos a prática do esbulho decorrente da ausência da entrega do bem apesar de solicitação para tanto, que depende exclusivamente da conveniência do proprietário"*. (f. 05), concluindo que estão preenchidos os requisitos previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil, necessários para a concessão da medida pleiteada.

Por fim, aduz que o perigo na demora é evidente e resulta do fato de a agravada não ter como arcar com eventual prejuízo decorrente da fruição do automóvel, como, por exemplo, acidente de trânsito ou qualquer outro infortúnio.

Pede *"seja o presente recurso conhecido e provido para o fim de reformar a decisão recorrida e determinar a imediata reintegração da Agravante na posse do automóvel que se encontra em poder da Agravada"* (f. 08), em tutela recursal, para o fim de reintegrar a agravante na posse do automóvel, até final julgamento do recurso.

Em contrrazões, a agravada, em síntese, alega que agravante não demonstrou ter a posse anterior do bem; não há elementos seguros a comprovar o comodato verbal; por derradeiro, diz que o veículo é produto de doação, batendo-se, ao final, pelo improvimento do agravo.

A decisão motivadora da interposição do presente recurso, na parte que interessa, está vazada nos seguintes termos, que ora transcrevo:

> "Como é sabido, para a concessão de liminar nas ações reintegratórias devem ser preenchidos os requisitos do artigo 927, do Código de Processo Civil, além de estarem demonstrados os requisitos do art. 273 do mesmo codex.
>
> Quanto aos requisitos do art. 927, a requerente não comprovou a sua posse anterior sobre o veículo, o qual alega ter sido objeto de comodato verbal com a requerida, contrato este que também não se pode presumir, ainda mais diante da confusão pela própria relação familiar que existia entre as partes.
>
> Assim sendo, mesmo havendo a notificação extrajudicial, esta não caracteriza automaticamente o esbulho sem que estejam presentes prova suficiente da existência do contrato alegado e da posse anterior da requerente. Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência pátria nos seguintes julgados:
>
> [...]
>
> Feitas essas considerações, segue-se para a analise da presença dos requisitos do art. 273 do CPC, também necessários para a autorização da medida: é preciso considerar se existe verosimilhança tal no alegado que permita a utilização de um exercício de cognição sumária a fim de que o direito da parte que requer a liminar não seja lesionado em razão da normal duração do processo. Devem estar presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora.
>
> Quanto ao fumus boni iuris, não é aquilatar sua presença diante dos fatos apresentados, uma vez que, além dos fatos expostos pela requerente na inicial, há também a alegação trazida na contestação pela requerida de que o que houve foi uma doação. E mesmo não sendo este o momento oportuno para esta análise, é necessário ventilar essa possibilidade no momento de se ponderar quanto à verosimilhança das alegações da requerente, principalmente em face da relação de parentesco e proximidade que existia entre as partes.
>
> Por outro lado, não está presente o periculum in mora, uma vez que o veículo se encontra já há um grande tempo na posse da requerida (mais de dois anos) sem que a requerente tenha mostrado interesse em reavê-lo, o que veio a ocorrer somente após o início da separação litigiosa, motivo pelo qual, merece o caso uma maior dilação probatória a fim de se averiguar a que título se deu a transmissão do bem.
>
> Assim sendo, com fundamento nos motivos acima expostos, indefere-se o pedido liminar, eis que ausentes os requisitos necessários [...]"

De início, refuto a alegação da ré-agravada, no sentido de que a agravante não detinha a posse anterior do veículo, ao fundamento de que, desde a aquisição perante a concessionária, o bem estaria sob sua posse, porque era casada com o filho da autora.

Em verdade, o veículo Kia Mohave 3.8 L V6 estava sob a posse da recorrente, que foi emprestado à recorrida por ser casada, à época do empréstimo, com o filho daquela. Essa questão não comporta maiores discussões, pois a própria recorrida, em sua contranotificação endereçada à agravante, confessa implicitamente que se trata de empréstimo gratuito, para transporte dos netos da autora.

O caso versando, s.m.j., se constitui em contrato de comodato verbal em que a recorrente, por mera liberalidade e por questão de laços familiares, emprestou o veículo para a recorrida, por tempo indeterminado.

Aplica-se, aqui, o disposto no art. 581, primeira parte, do Código Civil, "*Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido* [...]"

A recorrida, segundo consta dos autos, está na posse do veículo em torno de dois anos, situação que, a meu ver, não pode perdurar ao seu arbítrio.

No caso dos autos, houve a notificação prévia por meio do 4º Serviço Notarial e Registral de Títulos e Documentos desta Capital (f. 17-18-TJ), com recebimento em **09.12.2012.** A recorrida, por sua vez, efetuou contranotificação (f. 19-TJ), onde alega, como dito, contrato de comodato verbal e que não haveria necessidade urgente e imprevista para a devolução do bem, ao teor do disposto no art. 581, segunda parte, do Código Civil.

Entendo que a razão está com a recorrente.

Em se tratando de comodato verbal, sem prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido. Não é crível que esta necessidade perdure por um, dois, três, quatro, cinco anos ou mais, sem que a recorrida alegue extrema necessidade do uso do bem, sobretudo em se tratando de veículo de alto valor.

Assim, comprovada, em juízo de cognição primária, a posse anterior, o esbulho pela não entrega do bem após notificação extrajudicial, que se deu em 09.12.2012, a liminar deve ser concedida, sob pena de negativa de vigência do disposto no art. 927, II e 928, primeira parte, do Código de Processo Civil.

A jurisprudência é torrencial no sentido de que:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. COMODATO POR PRAZO INDETERMINADO. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL PARA DESOCUPAÇÃO DO BEM. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC. POSSE DERIVADA DE COMODATO CEDIDO AO ESPOSO DA DEMANDADA. LIMINAR DEFERIDA. Tratando-se de comodato firmado com prazo certo, e após encerrado, transforma-se em prazo indeterminado, reclamando a notificação do comodatário para fins de consumação do término. [...] A notificação judicial dos comodatários para desocupação do bem, desatendida, constitui esbulho possessório, passível de liminar para reintegração de posse, se presentes os requisitos do art. 927 do CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO." (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70020269833, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 11/10/2007).
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MEDIDA LIMINAR. USUFRUTUÁRIO. COMODATO. NOTIFICAÇÃO. ESBULHO CARACTERIZADO. [...].
>
> Demonstração, por ora, da existência de comodato verbal, celebrado com o filho da ex-companheira do autor.
>
> Notificação para a desocupação. Esbulho configurado. Requisitos do art. 927 do CPC comprovados." Reformada a interlocutória para deferir a liminar de reintegração de posse em favor do requerente. (TJRS.AI n.º 70049918881. Relator: Nelson José Gonzaga. Órgão Julgador: Décima Oitava Câmara Cível. Data de Julgamento: 23/08/2012).

Por derradeiro, refuto a alegação de que teria havia doação do mencionado veículo. Primeiro porque, na contranotificação endereçada pela agravada à agravante, houve **confissão** quanto a possível contrato de comodato verbal. Segundo porque, ao teor do disposto no parágrafo único do art. 541 do

Código Civil *"A doação verbal será válida se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição"*.

No caso destes autos, ainda que fosse o caso de **doação verbal**, o veículo em questão não se trata de bem móvel de pequeno valor, e sim de automóvel de luxo, bem acima da média de mercado, situação que descaracteriza a alegada doação. Veja-se:

> "AÇÃO ORDINÁRIA. **DOAÇÃO DE VEÍCULO. CONTRATO VERBAL. VALOR SIGNIFICANTE. FORMALIZAÇÃO POR ESCRITO**. EXIGÊNCIA LEGAL. ART. 541, DO CÓDIGO CIVIL. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. INADMISSIBILIDADE. ART. 401, DO CPC. IMPROCEDÊNCIA. DANOS MATERIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CONFIGURADA. Sentença mantida - Consoante regra do art. 541, do Código Civil, é da substância do ato de doação de bens móveis, a escritura pública, ou seja, a forma escrita, **admitida a doação verbal, apenas quando se tratar de bem de pequeno valor - Não realizada a doação pela forma escrita, única maneira de dar efetividade à vontade declarada pelo doador, tendo em vista tratar-se de bem móvel de valor significativo, a improcedência do pedido se impõe - Alterada pela autora a verdade dos fatos** (art. 17, II, do CPC), deve aquela ser condenada nas penas por litigância de má-fé. (TJMG; APCV 1593257-33.2009.8.13.0525; Pouso Alegre; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. José Marcos Vieira; Julg. 08/02/2012; DJEMG 17/02/2012).

> **"AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA VERBAL C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE.** Veículo automotor. Asserção de doação não comprovada, uma vez que o ato exige forma solene. Veículo que não pode ser considerado bem de pequeno valor para o fim de não exigir instrumento escrito. Dicção do art. 541 do Código Civil. Recurso desprovido." (TJSP; APL 0024067-64.2010.8.26.0071; Ac. 6537499; Bauru; Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Dimas Rubens Fonseca; Julg. 26/02/2013; DJESP 11/03/2013).

> [...] 2. Ante a premissa de que doação somente se aperfeiçoa por meio de escritura pública ou instrumento particular, sendo certo que **a forma verbal apenas é permitida para doação de bens móveis e de pequeno valor** (CC, 541, parágrafo único), **deve ser reconhecido como comodato o empréstimo gratuito de imóvel realizado entre mãe e filho,** resultando que, não tendo sido aperfeiçoado formalmente, vigora por prazo indeterminado, não reclamando sua resolução denúncia formal como pressuposto para a recuperação da posse direta do bem pelo comodante se constatado que o comodato desfizera-se a partir da cessão de direitos realizada pelo comodatário à margem do legalmente exigido, pois não detinha poderes para entabular essa avença e dispor da coisa como se seu titular fosse. 3. A comprovação da posse consubstancia premissa genética da invocação da proteção possessória, estando debitada sua comprovação à parte autora, por traduzir fato constitutivo do direito invocado, resultando que, evidenciando que é detentora dos direitos incidentes sobre o imóvel e que sobre ele detinha e exercia posse, o negócio entabulado entre aquele a quem havia cedido a coisa a título de comodato e terceiro não lhe é oponível, ensejando o reconhecimento da insubsistência do negócio içado pelo detentor e a qualificação de que praticara esbulho por ter adentrado na posse do que não lhe pertence sem a anuência ou permissão da efetiva titular dos direitos, determinando que a efetiva possuidora seja reintegrada na posse do imóvel (CPC, arts. 333, I, 927, I, e 928). 4. Quem, a despeito de carente de justo título, adentra em imóvel pertencente a outrem e se recusa a desocupá-lo, comete esbulho, sujeitando-se à atuação da proteção possessória assegurada ao legítimo possuidor e detentor de justo título pelo travejamento legal que resguarda a posse como exteriorização de ato inerente ao domínio, não lhe sobejando nem mesmo direito a indenização pelas benfeitorias agregadas à coisa, pois sobeja que, não ostentando a condição de possuidor de boa-fé, somente as benfeitorias necessárias que efetivamente

tivesse agregado à coisa seriam passíveis de composição, resultando que, ausente essa situação de fato, não o assiste direito a qualquer compensação (CC, arts. 1.291 e 1.220). 5. Apelo conhecido e improvido. Unânime. (TJDF; Rec 2010.03.1.026822-5; Ac. 650.519; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; DJDFTE 06/02/2013; Pág. 327).

"[...] 5. A doação exige escritura pública ou instrumento particular, salvo nos casos de doação de bens de pequeno valor ou nas hipóteses em que se segue de imediato a tradição, nos termos do parágrafo único do art. 541, CC. Situação essa que sequer guarda similitude com a hipótese dos autos. 6. Doutrina. ""O contrato de doação deve revestir-se, de regra, da forma solene (caput do artigo), como essencial à validade do negócio jurídico, visto que prescrita pela dicção legal do artigo. É celebrado por escritura pública, se a coisa doada for bem imóvel, de valor superior a trinta vezes o maior salário minimo vigente no Pais (art. 108), dependendo do registro imobiliário para a translatividade dominial (aquisição da propriedade), prevalecendo, daí, o registro sobre qualquer outro negócio (RESP 260.051-SP) ou por instrumento particular, em caso de imóveis abaixo daquele valor ou de móveis de valor expressivo. A doação é verbal, isto é, sem qualquer forma, quando a liberalidade apenas alcançar bens móveis de pequeno valor e se lhe seguiu incontinenti a tradição. (....)"" (SIC fls. 478/479, in Novo Código Civil Comentado, Coordenação Ricardo Fiúza, 1ª edição, 2002). 7. Vige no nosso sistema o princípio, nas decisões judiciais, do livre convencimento motivado e assim agiu da Magistrada sentenciante, afastando-se em definitivo a alegação de violação ao art. 93, IX do texto constitucional. 7. Não se encontra nos autos nenhum elemento ao menos indicativo de que os réus agiram amparados pela boa-fé com tentam fazer crer. 8. É possível apelação adesiva visando à majoração dos honorários advocatícios. 8.1Nesse caso, ainda que não se cuide de demanda de alta complexidade, mas em atenção ao tempo transcorrido, a atuação com desvelo, a elevada grandeza econômica que envolve a causa, a verba honorária a de ser elevada, para melhor atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 9. Agravo retido e recurso de apelação dos réus desprovidos. 10. Apelação dos autores provida." (TJDF; Rec 2010.01.1.164380-2; Ac. 623.233; Quinta Turma Cível; Rel. Des. João Egmont; DJDFTE 04/10/2012; Pág. 135).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DOAÇÃO VERBAL. DESCARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO. OCUPAÇÃO POR MERA LIBERALIDADE. INDÍCIOS DE COMODATO. REINTEGRAÇÃO NECESSÁRIA. LIMINAR DEFERIDA. Requisitos do art. 927 do código de processo civil evidenciados. Decisão irreprochável. Recurso desprovido. Deferir-se-á liminarmente a reintegração de posse quando o autor comprovar na inicial que é o possuidor da área a reintegrar; que o esbulho foi praticado pela parte ré; a data da ocorrência do ato; e, por fim, a perda da posse sobre o bem. 'A doação é, portanto, em geral, formal ou solene, porque a Lei impõe a forma escrita, por instrumento público ou particular (art. 541, caput), salvo a de bens móveis de pequeno valor, que pode ser verbal (parágrafo único). A Lei não tolera, realmente, a liberdade de forma, optando por inscrever a doação entre os contratos formais, como regra. [...] a eficácia da liberalidade está condicionada à observância da forma prescrita na Lei, não produzindo efeitos jurídicos pelo simples consentimento (solo consensu). Na realidade, impõe a Lei a forma escrita (CC, art. 541), seja móvel ou imóvel o seu objeto. Trata-se, portanto, de contrato formal'(Gonçalves, Carlos roberto. Direito civil brasileiro: Contratos e atos unilaterais. 6. ED. São paulo: Saraiva, 2009. P. 259)." (TJSC; AI 2011.034427-4; Caçador; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Fernando Carioni; Julg. 10/10/2011; DJSC 25/10/2011; Pág. 120).

Isto posto, **dou provimento** ao agravo para deferir a liminar de reintegração de posse do veículo em favor da agravante, por se fazerem presentes os pressupostos legais autorizadores para a concessão da medida, ou seja, posse anterior, esbulho com menos de ano e dia.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 14 de março de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000872-42.2009.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EXIGÊNCIA DE DEVOLUÇÃO, POR PARLAMENTAR, DE PARTE DO SALÁRIO DE ASSESSORA PARA REPASSE À FILHA – MATERIALIDADE DO FATO – NÃO COMPROVADA – CONDENAÇÃO LASTREADA EM PRESUNÇÕES – IMPOSSÍVEL – RECURSO DO ACUSADO PROVIDO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO.

I. Para a imposição de sanções por ato de improbidade, mostra-se imperioso comprovar a conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, o dano, o nexo de causalidade e a tipicidade para, só então, se caracterizada a imoralidade qualificada, passar-se à dosagem de eventual penalidade, conforme prescrição do art. 12 da Lei nº 8.429/92.f

II. Para conferir fé ao depoimento da pretensa vítima do ilícito, é preciso não apenas que as declarações sejam seguras, estáveis, coerentes, plausíveis e uniformes mas principalmente que o depoimento esteja amparado por outras provas legais, a fim de, analisado o acervo probatório de forma global, amparar um decreto condenatório.

III. Se as testemunhas que, segundo a sentença, teriam comprovado a tipicidade da conduta são de referência, isto é, souberam do fato por terceiros e não estavam presentes quando da ocorrência do alegado fato típico, não se há de conferir legitimidade a tais elementos probatórios, a fim de lastrear uma condenação.

IV. À mingua de prova da materialidade do fato o pedido condenatório deve ser julgado improcedente, mormente porque as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa são iniludivelmente severas e, por isso, reclamam prova contundente do ato ímprobo.

V. Provido o recurso do acusado, para julgar improcedente o pedido inicial, resta prejudicado o recurso do Ministério Público Estadual que pretendia agravar a condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e contra o parecer, vencido o Revisor, dar provimento ao recurso de João Lúcio Santolini e julgar prejudicado o apelo do Ministério Público Estadual, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Ministério Público Estadual, qualificado nos autos da Ação Civil de Improbidade Administrativa (feito nº 0000872-42.2009.8.12.0017, da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, MS) que promove em face de **João Lúcio Santolini**, também qualificado, parcialmente inconformado com a sentença proferida à f. 549-559, interpôs apelação cível (f. 573-584).

Em suas razões, alegou que o Juízo singular incorreu em equívoco ao afastar sua tese, de que a conduta do ex-parlamentar amolda-se em perfeição à tipologia prevista no caput do art. 9º da Lei nº 8.429/1992 (LIA).

Referiu que deve ser declarada a adequação típica da conduta do apelado à norma que sanciona os "atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito", visto que este, quando exercia o mandato de vereador, ao contratar uma assessora, exigiu que esta lhe devolvesse parte do salário para ser repassado à filha do parlamentar, circunstância que foi reconhecida em sentença.

Em vista disso, sob o fundamento de que ato se amolda ao art. 9º, *caput*, da LIA, pediu o conhecimento e provimento do apelo para, em reformando-se parcialmente a sentença, igualmente condenar o apelado nas sanções do inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 em razão da pratica de conduta típica prevista no art. 9º da referida Lei.

Intimado, o recorrido deixou transcorrer *in albis* o prazo sem apresentar recurso (f. 590).

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta ofertou parecer (f. 597-608), opinando pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo não provimento.

Reconhecida uma irregularidade procedimental (f. 610-612), o processo foi devolvido em primeiro grau a fim de se proceder à intimação do requerido acerca da sentença, o que restou cumprido (f. 614).

A seu turno, o requerido **João Lúcio Santolini**, também descontente com a tutela jurisdicional prestada, manejou apelação cível (f. 620-631).

Nas razões de apelo, preliminarmente, reiterou o pedido de concessão da justiça gratuita, não apreciado em primeiro grau, nada obstante tenha juntado o comprovante de recolhimento do preparo.

No mérito, referiu que a materialidade do suposto ato de improbidade, consistente em exigir de uma assessora certa quantia da remuneração para repassá-la à filha do parlamentar, não restou provada nos autos, tendo a magistrada formado sua convicção apenas em especulações veiculadas na imprensa e declarações prestadas por terceiros, que contrariam os pronunciamentos formais da própria assessora, a qual nega veementemente os fatos.

Por isso, pediu o deferimento da justiça gratuita e, no mérito, o conhecimento e provimento do recurso para, em reformando-se a sentença, julgar integralmente improcedente o pedido inicial do *Parquet*.

O Ministério Público Estadual atuante em primeiro grau apresentou contrarrazões (f. 638-646), rebatendo os argumentos do apelante e pleiteando o não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer complementar (f. 659-670), ratificando a manifestação anterior, bem como opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso do requerido.

Primeiramente, **retifique-se**, na autuação e no SAJ, o nome dos procuradores do requerido, devendo constar os novos advogados constituídos por meio do mandato de f. 632.

Após, **remeta-se** o processo à Douta Revisão.

VOTO (EM 29.1.2013)

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

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Órgão Ministerial e ex-parlamentar, objetivando a reforma da sentença que, em acolhendo parcialmente o pedido inicial do *Parquet*, reconheceu a adequação típica da conduta do requerido ao ato de improbidade que afronta os princípios da administração pública e o condenou ao pagamento de multa civil, além de suspender seus direitos políticos por 4 (quatro) anos e o proibir de contratar e receber incentivos fiscais e creditícios do Poder Público pelo prazo de 3 (três) anos.

Tendo em vista que os dois litigantes apresentaram recurso de apelação, passo ao julgamento dos expedientes de forma separada.

I. <u>Apelação interposta por João Lúcio Santolini</u>

Como relatado, o requerido reitera nas razões de seu apelo, de forma preliminar, o pedido de concessão da justiça gratuita e, no mérito, pugna pelo provimento do recurso para julgar improcedente o pedido inicial.

I.I. Juízo de admissibilidade

I.I.a. <u>Justiça gratuita e preparo recursal</u>

Conforme disposto no art. 4º, §1º da Lei nº. 1.060/50[1], para a concessão do benefício da gratuidade judiciária, é necessário que a parte não possua condições de arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família.

O referido dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 no seu art. 5°, inciso LXXIV, que assegurou o beneplácito, mas condicionou o seu deferimento àqueles que comprovem a insuficiência de recursos, devendo, assim, a declaração firmada pela parte interessada ser valorada juntamento com os demais documentos constantes dos autos.

Esclareça-se que, mero pedido embasado em declaração de hipossuficiência da parte interessada, não tem, por si só, o condão de conferir à parte os benefícios da justiça gratuita. Deve ele, a toda evidência, carrear aos autos meios comprobatórios que esclareçam sua situação financeira, sob pena de a benesse ser-lhe negada.

No caso, extrai-se dos autos que o requerido, ora apelante, apesar de vindicar os benefícios da gratuidade judiciária em sua contestação, nem sequer juntou aos autos a declaração de hipossuficiência, tendo consignado nas procurações de f. 354 e f. 632 ser comerciante.

Diante destas circunstâncias, pela completa inexistência de prova da condição de miserabilidade, seria de rigor indeferir o benefício.

Ocorre, todavia, que o interessado juntou com sua apelação o comprovante de pagamento do preparo recursal (f. 634), afastando por completo qualquer presunção de impossibilidade de fazer frente às custas e honorários advocatícios.

Sendo assim, **indefiro** o pedido de justiça gratuita.

1 Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. § 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

Nesta trilha, diante da verificação do recolhimento do preparo recursal (f. 634) e presentes os demais requisitos e pressupostos recursais, **conheço** do recurso e passo ao julgamento do mérito.

I.II. Mérito

Consoante relatado, o requerido sustenta que a materialidade do suposto ato de improbidade, consistente em exigir de uma assessora certa quantia da remuneração para repassá-la à filha do parlamentar, não restou provada nos autos, tendo a magistrada formado sua convicção apenas em especulações veiculadas na imprensa e declarações prestadas por terceiros, que contrariam os pronunciamentos formais da própria assessora, a qual nega veementemente os fatos.

Para a correta análise dos argumentos, impõe-se tecer algumas considerações iniciais.

I.II.a. Considerações iniciais

Inicialmente, para a resolução da lide, é imprescindível verificar se a conduta do requerido deve ser considerada ato de improbidade.

É que para alcançar tal qualificação, não basta a prática de uma mera antijuridicidade, a conduta deve antes estar direcionada a uma finalidade específica bem definida em lei.

Conforme lições do eminente constitucionalista José Afonso da Silva, "*a probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem*" (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 669.).

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça há muito consolidou entendimento de que "*A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador*" (REsp 940.629/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008).

De tal precedente, infere-se uma estreita ligação entre a aplicação das sanções, por atos de improbidade, e a teoria geral do delito, que estabelece, para a imposição de penas, a necessária comprovação, pelo Órgão Acusador, do fato típico e da antijuridicidade.

Nesta trilha, percebe-se que a aplicação de penalidades, nos termos da Lei nº 8.429/92, deve traspassar a verificação, quando exigido pelo modelo legal, da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, do dano, do nexo de causalidade, bem como da tipicidade.

No que se refere a este último requisito, os artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, estabelecem condutas que, abstratamente, tipificam os atos de improbidade administrativa e se fundamentam em hipóteses distintas, a saber: ato que importa em enriquecimento ilícito; que causa lesão ao erário; e que atenta contra os princípios da administração pública.

Prescrevem os mencionados dispositivos:

> "Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:

> "Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
>
> "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:"

Pela dicção dos artigos, percebe-se que a previsão do elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa) encontra-se previsto apenas no art. 10, da Lei nº 8.429/92, tudo a indicar, pelo princípio da excepcionalidade dos tipos culposos e da responsabilidade subjetiva que informa, em regra, nosso ordenamento, que as condutas previstas nos outros dois dispositivos (art. 9º e art. 11) só são apenadas em sua forma dolosa.

Corroborando este entedimento, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ensinam:

> "A Lei 8.429/1992 agrupou a tipologia dos atos de improbidade em três dispositivos distintos. O art. 9º versa sobre os atos que importar em enriquecimento ilícito, o art. 10 sobre aqueles que causam prejuízo ao erário (rectius: patrimônio público) e o art. 11 sobre os atos que atentam contra os princípios administrativos.
>
> Somente o art. 10 se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar em "qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa", enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito.
>
> Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade." (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.267-268.)

Assim, sintetizando o exposto, para a imposição de sanções por ato de improbidade, mostra-se imperioso verificar o implemento dos mencionados requisitos (conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, dano, nexo de causalidade e tipicidade) em relação ao requerido para, só então, se caracterizada a imoralidade qualificada, passar-se à dosagem de eventual penalidade, conforme prescrição do art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Tecidas estas noções preambulares, passo a examinar se os pressupostos referidos acima restaram avaliados pela sentença, a fim de manter ou afastar a condenação promovida em primeiro grau.

I.II.b. Imputações feitas na inicial e conclusão sentencial

Consoante imputações do Ministério Público, o requerido João Lúcio Santolini, pelo fato de exigir, visando repassar à sua filha, parte do salário de sua assessora parlamentar, teria se enquadrado na tipologia prevista no art. 9º e art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Assim, teria o requerido praticado ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito (art. 9º) e que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11).

A Juíza de primeiro grau acolheu em parte tais imputações (f. 549-559), visto que reconheceu a adequação típica da conduta do requerido ao ato de improbidade, que afronta os princípios da administração pública (art. 11), e o condenou ao pagamento de multa civil, além de suspender seus direitos políticos por

4 (quatro) anos e o proibir de contratar e receber incentivos fiscais e creditícios do Poder Público pelo prazo de 3 (três) anos.

Irresignado, o requerido manejou o presente apelo, afirmando que a materialidade do pretenso ato ímprobo não restou provado, razão pela qual as imputações devem ser rechaçadas e, com isso, julgado improcedente o pedido inicial.

É o que se passarei a analisar.

I.II.c. Materialidade do fato e adequação típica

Analisando detidamente os autos, com o devido respeito à convicção do Juízo singular, tenho que o fato constitutivo da pretensão ministerial não restou comprovado nos autos, visto que não logrou fazer prova da materialidade do desvio de conduta do requerido-apelante, consubstanciado no ato de exigir de suas assessoras parlamentares parte do salário para posterior entrega à própria filha.

Para justificar este entendimento mostra-se necessário fazer breves considerações sobre a teoria das provas.

Como ressabido, a pretensão deduzida em juízo sempre se encontra amparada em uma alegação de fato, cujo ônus da prova de sua existência e veracidade cabe ao requerente, que o invocou e o enquadrou à uma consequência jurídica previamente descrita em lei.

A respeito disso, Cintra, Grinover e Dinamarco bem esclarecem, *in verbis*:

> **"As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não ser verdadeiras.** As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. **A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo.**" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. - 23. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2007. p. 371.) Grifei

Pela compreensão de tais ensinamentos, percebe-se que o fato controvertido nada mais representa do que o contraste entre as alegações de fato apresentadas pelo requerente e, a seu turno, pelo requerido, as quais podem, cada qual, apresentarem-se verdadeiras ou falsas.

Nesta trilha, o fato (conduta) imputado pelo Ministério Público ao requerido, no sentido de exigir de suas assessoras parlamentares parte do salário para posterior entrega à própria filha, pode ou não ser verdadeiro.

Para dirimir tal ponto controvertido, o ordenamento jurídico dispõe de inúmeros instrumentos de prova, bem como de um sistema de valoração calcado na persuasão racional, ou no livre convencimento, mediante cotejo dos elementos de convicção carreados aos autos e as regras específicas de distribuição do ônus da prova.

No caso, infere-se que o juízo condenatório restou constituído pelas provas documentais (cópias do inquérito civil – f. 10-140 – e da Comissão Parlamentar de Inquérito – f. 149-337) e testemunhais (f. 389-396) levadas aos autos, as quais, segundo a magistrada sentenciante, teriam comprovado a existência e a veracidade do fato alegado pelo *Parquet*.

Em que pese tal deliberação, indene de dúvidas que tais elementos de prova não possuem o condão de retratar, com a necessária certeza que uma condenação em ato de improbidade exige, a existência do fato e sua veracidade.

Isso porque, todo o arcabouço probatório se fundamenta em um único fato que, em meu sentir, não pode ser considerado como prova da materialidade da conduta típica do requerido.

É que todos os depoimentos colhidos no inquérito civil, na comissão parlamentar de inquérito e na instrução da presente ação de improbidade referem-se ao fato de a vítima do pretenso ato espúrio (Ivanilda Dantas) ter "confessado" publicamente que ocorria a exigência de devolução de parte do salário.

Desta constatação, conclui-se que as testemunhas, ouvidas tanto no processo quanto nos inquéritos administrativos, tomaram ciência do fato de forma indireta, isto é, por meio da própria vítima que declarou existir a conduta antijurídica do parlamentar.

Ora, nesta perspectiva, apenas uma verdade incontestável restou aclarada nos autos, a saber: Ivanilda Dantas declarou publicamente existir o fato típico.

Até este ponto e tendo o requerido negado o fato, poder-se-ia afirmar tão somente, com certo grau de certeza, que sobre o ocorrido existem duas verdades contrapostas: aquela afirmada pela assessora em choque com aquela defendida pelo parlamentar.

Ocorre, entretanto, que a "declaração pública" da assessora é apenas um indício da existência da conduta antijurídica do requerido, que evidentemente reclama outras provas da materialidade do fato, sob pena de conferir à declaração da vítima do ilícito uma força probante que o ordenamento jurídico não confere.

Acerca desta matéria, vale citar as lições de Julio Fabbrini Mirabete que, tecendo considerações sobre as declarações do ofendido e seu valor probatório, esclarece:

> "Como visto, as declarações do ofendido constituem-se em meio de prova sem, contudo, ter, normalmente, o valor legal da prova testemunhal. **Em princípio, o conteúdo das declarações deve ser aceito com reservas, já que o ofendido é normalmente interessado no litígio, podendo, às vezes, ser motivado por ódio, vingança etc.** Todavia, como se tem assinalado na doutrina e jurisprudência, as declarações do ofendido podem ser decisivas, quando se trata de delitos que se cometem às ocultas, como os crimes contra os costumes (estupro, atentado violento ao puder, corrupção de menores etc). **É preciso, porém, que as declarações sejam seguras, estáveis, coerentes, plausíveis, uniformes, perdendo sua credibilidade quando o depoimento se revela reticente e contraditório e contrário a outros elementos probatórios. [...]**
>
> Em resumo, embora os depoimentos das vítimas em princípio sejam suspeitos, dependendo do caso concreto, estando em sintonia com outras provas dos autos merecem fá, podendo, servir de suporte a um decreto condenatório. **Tudo está subordinado, para se obter um veredicto justo, à formação cultural, moral, psicológica e humana de um juiz que, atento a serenidade e a imparcialidade em seu espírito, pode encontrar o caminho certo a seguir a fim de alcançar a realização da justiça ao valorar as declarações da vítima, para concluir, sem prevenções, se merecem fé ou não."** (MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 291-292.) Grifei

Apesar de a doutrina estar inserida nos ensinamentos do processo penal, não há dúvidas que se aplicam às ações de improbidade, visto a intimidade dos conceitos aplicados a ambos sistemas sancionatórios.

Como se percebe, para conferir fé ao depoimento da vítima do ilícito, é preciso não apenas que **"***as declarações sejam seguras, estáveis, coerentes, plausíveis, uniformes***",** mas principalmente que o depoimento esteja amparado por outras provas legais, a fim de, analisado o acervo probatório de forma global, amparar um decreto condenatório.

In casu, apesar de o fato abstrato imputado ao requerido ser iniludivelmente indecoroso, por retratar uma covardia de indignar qualquer homem de média compreensão, certo é que o Ministério Público não logrou comprová-lo ou, pelo menos, carrear aos autos um mínimo de suporte material que corroborasse com a "declaração pública" dada pela assessora Ivanilda.

A própria vítima do pretenso ato antijurídico (Sra. Ivanilda), nada obstante tenha afirmado na frente de diversos assessores parlamentares que era obrigada a devolver parte de seu salário ao requerido João Lúcio Santolini, entendeu por bem retratar-se desta declaração, conforme se percebe da leitura dos depoimentos por ela prestados na CPI (f. 295-296), extrajudicialmente (f. 297), na Promotoria (f. 88-89) e em Juízo (f. 396).

Disso resulta, por certo, que as declarações da vítima não se mostram seguras, estáveis, coerentes, plausíveis e uniformes, a tornar duvidosa a existência real do fato pela simples declaração da assessora envolvida.

Ainda que assim não fosse, pudesse o Estado-Juiz conferir fé à "declaração pública" da assessora, os outros elementos de cognição carreados aos autos não dão suporte à pretensão ministerial.

É que as próprias testemunhas ouvidas em juízo, nada obstante ratifiquem o fato de a vítima Ivanilda ter "confessado" que lhe era exigido parte do salário, não presenciaram a entrega do dinheiro e nem qualquer outro ato material que esclarecesse a existência do ilícito.

A testemunha Márcia Batista Lobo Grigolo (f. 390), apesar de reiteradamente afirmar que tomou conhecimento do fato de forma indireta, isto é, "*segundo disse Ivanilda*", foi categórica ao declarar que "*não presenciou Ivanilda fazendo entrega de dinheiro para João Lúcio*".

Não fosse suficiente observar que todas as testemunhas tomaram conhecimento do fato de forma indireta, seja em razão da notícia veiculada pelo colunista Gerson Lopes (f. 14), seja pela repercussão do fato nos corredores da Câmara, seja pela declaração da própria vítima Ivanilda, a testemunha Deise Mora das Neves também declarou que "*não viu Ivanilda entregar dinheiro para João Lúcio*" (f. 395).

Ora, como se vê, as testemunhas que, segundo o Juízo singular, teriam comprovado a tipicidade da conduta do requerido são de referência, isto é, souberam do fato por terceiros, não estavam presentes quando o fato típico aconteceu, mas ouviu falar, reportando ao Juízo algo que alguém lhe contou.

À mingua, então, da prova da materialidade do fato não se pode manter a condenação, tendo em conta que a sanção prevista na LIA mostra-se claramente severa e, por isso, reclama prova contundente do ato ímprobo.

Nem se diga que a permanência da filha do parlamentar, Sra. Paulini, nas dependências da Câmara Municipal de Nova Andradina, estaria a comprovar o repasse de dinheiro, porque não se mostra sem fundamento a declaração da própria filha (f. 117), no sentido de que se encontrava ajudando, espontaneamente e sem remuneração, seu pai na campanha eleitoral.

Este depoimento é confirmado pela outra assessora do parlamentar, Sra. Aparecida Lopes dos Reis Viana, a qual igualmente declarou na Promotoria que "*Paulini ajuda seu pai na campanha*", além de que "*não é obrigada a devolver parte de seu salário*" (f. 74).

Nem mesmo o outro fundamento adotado na sentença hostilizada, de que a Sra. Fernanda, em seu depoimento na CPI (f. 289-290), teria sido afirmativa quanto ao fato de a filha do requerido, Sra. Paulini, ter declarado para os colegas Luana e Eduardo, na faculdade, a existência do fato ilícito, pode prosperar.

Isso porque, o próprio Eduardo Rodrigues Vieira, compromissado, afirmou na CPI que "*nunca ouviu de Pauliny que ela recebia parte de salário da assessora de seu pai*" (f. 303), o que não destoa do depoimento de Luana Priscila Bubela, que igualmente declarou na mencionada comissão parlamentar que"*em nenhum momento ouviu de Pauliny que ela recebe parte de salário da assessora de seu pai*" (f. 304).

Ora, diante da declaração de Eduardo e Luana, não se pode dar crédito ao depoimento de Fernanda de Carvalho Souza, quando afirma (f. 289-290) que ficou sabendo pelos mencionados acadêmicos, que Paulini "*declarou que as assessoras do seu pai recebiam o pagamento e devolviam parte dele para ela (Pauliny)*".

Conclui-se, portanto, que a condenação promovida em primeiro grau está lastreada em frágeis depoimentos de pessoas que simplesmente ouviram falar do fato típico.

Por certo, como já afirmado, tais declarações não se prestam a fazer prova do fato controvertido, mas tão somente das convicções dos próprios interlocutores que, em meio à proliferação das notícias, acabaram por concluir serem verdadeiras as declarações da suposta vítima.

Para lograr a procedência do pedido sancionatório, poderia o *Parquet,* a fim de comprovar o repasse do salário, solicitar eventual quebra de sigilo bancário da filha do parlamentar ou mesmo quebra do sigilo telefônico do gabinete ou das pessoas envolvidas.

Estas, ou outras providências instrutórias assemelhadas, serviriam para comprovar o ato ímprobo, porquanto demonstrariam a materialidade da notícia que se espalhou pela cidade, não permanecendo apenas na declaração da pretensa vítima, que entendeu por retratar-se posteriormente, ou mesmo na especulação e todos os cidadãos.

Sendo assim, não tendo o órgão ministerial promovido a confecção da prova necessária à comprovação da imputação, não há como acolher a pretensão inicial com suporte em meras presunções.

Até porque, uma condenação por presunção operaria um precedente perigoso, visto que bastaria a uma suposta vítima "espalhar" com um "boato" para, em sendo levado o caso ao judiciário, acarretar a penalização do pretenso autor do fato.

Desta forma, tendo em vista que as provas carreadas aos autos comprovam apenas uma versão do fato típico, constituída por afirmações de terceiros, e não a materialidade propriamente dita da conduta ímproba, dar provimento ao recurso do requerido, para julgar improcedente o pedido inicial, é medida de rigor.

II. Apelação interposta pelo Ministério Público Estadual

Diante do provimento do apelo do requerido, para julgar improcedente o pedido inicial, julgo prejudicado o recurso do Ministério Público Estadual.

Dispositivo

Em vista do exposto, **conheço** do recurso de apelação interposto por João Lúcio Santolini e, **contra** o parecer, **dou-lhe provimento** para, em reformando-se a sentença hostilizada, **julgar improcedente** o

pedido condenatório declinado na inicial, em razão falta de comprovação do fato típico. Por consequência, julgo prejudicado o apelo do Mistério Público Estadual.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DE 19/02, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR, APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE JOÃO LÚCIO SANTOLINI E JUGAR PREJUDICADO O APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 10.2.2013)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Revisor)

Ministério Público Estadual e João Lúcio Santolini interpõem apelações cíveis visando a reforma da sentença prolatada nos autos da Ação de Improbidade Administrativa, pelo juiz de direito da 1ª Vara Cível da comarca de Nova Andradina, que julgou procedente a pretensão contida na inicial para, com fundamento no art. 11, *caput*, e inciso I, c/c artigo 12, III, da lei 8.429/92, condenar o réu João Lúcio Santolini, ao pagamento da multa civil de 10 (dez) vezes o valor de sua última remuneração na Câmara de Vereadores, sendo que o montante respectivo será apurado em liquidação de sentença, incidindo-se correção monetária pelo IGPM a partir da publicação da sentença e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação (07/07/2009, f. 363-364), até efetivo pagamento. Por consequência, determinou a suspensão dos direitos políticos do requerido pelo prazo de 4 (quatro) anos, proibindo-o de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão *sub judice*.

O e. Relator, contra o parecer, deu provimento ao recurso interposto por João Lúcio Santolini para, em reformando-se a sentença hostilizada, julgar improcedente o pedido condenatório declinado na inicial, em razão da falta de comprovação do fato típico. Por consequência, julgou prejudicado o apelado do Ministério Público Estadual.

Passo à análise dos recursos.

Recurso de apelação cível interposto por João Lúcio Santolini:

Inicialmente, por questão de prejudicialidade, analiso inicialmente o recurso interposto por João Lúcio Santolini.

O apelante aduz, em síntese, que o conjunto probatório dos autos cinge-se às declarações prestadas por terceiros e notícias veiculadas pela imprensa especulativa, em contradição com a declaração prestada pela própria assessora, que supostamente teria sido forçada a partilhar parte dos seus vencimentos com a filha do apelante.

Alega que, em momento algum, houve a menor prova de que a sra. Ivanilda tenha confirmado os fatos que lhes foram atribuídos, nem tampouco comprovação ou indícios de prova de que tenha havido repasse de valores por ela recebidos à filha do apelante.

Pugna pela reforma do apelo, por entender que não é crível que alguém possa ser condenado com base em fofocas, sem a menor prova material do fato imputado como de improbidade, ocorrendo o mesmo quanto à inexistência de prejuízo ao erário público pois, ainda que o fato fosse verídico, o que não se admite, dele não teria decorrido qualquer prejuízo ao patrimônio público.

Requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita, com a consequente devolução dos valores despendidos como pagamento do preparo.

Por fim, requer a reforma da sentença objurgada.

Inicialmente, acompanho o e. Relator no que se refere ao indeferimento do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, porquanto o apelante, além de não juntar aos autos a declaração de hipossuficiência, qualifica-se como comerciante e ainda efetuou o pagamento do preparo recursal, o que demonstra que possui condições de arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família (art. 4º da lei 1.060/50).

No mérito, como bem observou a magistrada singular, a questão a ser analisada é simples, e consiste em saber se o réu João Lúcio Santolini, ex-vereador da cidade de Nova Andradina, teria exigido da sua ex-assessora, Ivanilda Dantas, que dividisse o seu vencimento com a filha dele (Paulini Alves Santolini), repassando-lhe o valor mensal de R$ 300,00 (trezentos reais) e, se este fato configura a prática de ato de improbidade administrativa.

O conjunto probatório constante dos autos, em especial o testemunhal, demonstram a veracidade dos fatos noticiados nos autos, ou seja, de que os vencimentos da servidora Ivanilda, assessora do réu, então vereador na comarca de Nova Andradina, eram rateados com a filha dele, Paulini Alves Santolini.

Em que pesem as declarações da servidora Ivanilda no sentido de que tudo não passou de uma brincadeira, as testemunhas são categóricas no sentido de que os fatos ocorreram como noticiados na imprensa local.

É de se notar que as testemunhas foram ouvidas no Inquérito Civil, na Comissão Parlamentar de Inquérito e em juízo e, todas, sem exceção, mantiveram o teor das suas declarações.

Neste sentido temos o depoimento das testemunhas Márcia Batista Lobo Grigolo (f. 76, 287 e 390), Karine Mendes Lima (f. 67, 283 e 391), Paula Aiello (f. 92, 285, 392), Rosângela Maziero Fernandes (f. 71, 284 e 393), Gleid Eliana Delgado da Costa (f. 96, 286, 394), Deise Mora das Neves (f. 87, 294 e 395).

Também foram ouvidos na Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, Luciano Woff (f. 291), Fernanda Carvalho (f. 289) e o vereador Paulo Rogério Rosa de Sousa (f. 305), que também confirmaram o esquema existente no gabinete do réu/apelante.

Segundo o então vereador Paulo Rogério de Sousa, ex-vereador:

> "[...] que ouviu da própria Ivanilda que tinha um cheque para roçar e não sabia o que fazer, porque ela tinha que trocar e não conseguia falar com o vereador João Lúcio, pois estava sem saber se podia trocar e "pegar" a parte dela. Que acha que ouviu essa fala da Sra. Ivanilda durante esse período de comentários. Que ouviu da Sra. Ivanilda que ela ia negar porque tinha receio de outros vereadores não confiaram mais nela, e que ela achava que isso não ia dar em nada. [...] Que foi procurado em seu gabinete pela própria Ivanilda, momento em que ela falou que tinha que repassar parte do valor do cheque par o vereador João Lúcio, razão porque estava preocupada. [...]" (f. 305)

Em juízo, Márcia Batista Lobo Grigolo, confirmando os depoimentos anteriores, esclareceu que:

> "[...] quando ouviu comentário de Ivanilda Dantas, dando conta de que ela devolvia parte de seu salário para o vereador João Lúcio Santolini, sendo que ele repassava tal valor para a filha dele; que Ivanilda comentou que o valor devolvido para João Lúcio era de R$ 300,00; que segundo disse Ivanilda, tal procedimento aconteceu desde o primeiro mês que

> ela começou a trabalhar para o vereador; que Ivanilda não disse como era feito o reembolso; que segundo o comentário de Ivanilda ela estava descontente com aquela situação, pois o dinheiro fazia falta para ela, e ela estava revoltada, que a depoente se recorda que estavam presentes naquela sala as pessoas de Karine, Paula e Luciano, sendo que tais pessoas já haviam conversado com Ivanilda anteriormente, e ela relatou aqueles fatos, sendo que a depoente ainda não conhecia os fatos; [...] que se recorda que Ivanilda disse que a pessoa mencionada em matéria de jornal que abordava o assunto era ela." (f. 390)

Karine Mendes de Lima também ratificou os depoimentos anteriores e informou em juízo que:

> "[...] a depoente e outras pessoas, sendo elas Gleide, Paula, Rosângela, Luciano e salvo engano Márcia, estavam na sala do vereador Rogério de Souza, quando chegou no local Ivanilda, que estava chorando em razão do fato acontecido na rua, sendo que ela teria discutido com outra colega de trabalho; que Ivanilda disse que estavam tratando ela mal, o que não devia acontecer porque ela já devolvia parte de seu salário conforme acordo feito; que Ivanilda disse que devolvia parte do salário para o vereador João Lúcio; [...] que depois dos fatos a depoente conversou com Ivanilda, e ela disse que ia negar a alegação de devolução de salário, porque tinha medo. [...]" (f. 391)

Estas mesmas informações foram confirmadas em juízo pela testemunha Paula Aiello:

> "[...] sendo que então a depoente chamou Ivanilda Dantas em sua sala, indagou a ela sobre os fatos, e ela confirmou que devolvia parte do salário para João Lúcio; que Ivanilda confirmou que devolvia para João Lúcio R$ 300,00; que segundo disse Ivanilda, ela passava por situação difícil, e quando foi contratada João Lúcio disse que faria o contrato porém ela teria que devolver R$ 300,00; que a depoente gravou aquela conversa com Ivanilda Dantas; que a depoente tem aquela fita porém não foi aceita como prova na CPI da Câmara; que no dia seguinte, enquanto a depoente e outros funcionários tomavam café em uma sala, Ivanilda Dantas também comentou sobre a devolução do salário, sendo que estavam presentes naquela sala, a depoente, as pessoas de Karine, Márcia Batista Lobo Grigolo e Rosângela, [...] que quando conversou com Ivanilda, ela disse que estava com medo de perder o emprego. [...] " (f. 392)

Rosângela Maziero Fernandes também informou em juízo: *"[...] Ivanilda Dantas chegou chorando na sala da depoente, muito nervosa, e disse que devolvia parte do salário para João Lúcio. Que Ivanilda estava se sentindo humilhada no gabinete, dizia que não tinha espaço; [...]"* (f. 393)

O mesmo ocorreu com a testemunha Gleid Eliana Delgado da Costa, *"[...] Ivanilda Dantas chegou chorando na sala, acompanhada de Luciano, e disse sobre os fatos; que a depoente ouviu Ivanilda comentar que quando foi contratada, houve um ajuste para que devolvesse metade do salário para a filha de João Lúcio, [...]"* (f. 394)

Por fim, Deise Mora das Neves, em juízo, disse que *"[...] confirma integralmente o depoimento prestado em promotoria, a fls. 87, [...] que confirma que ouviu Ivanilda dizer que devolvia parte do salário para João Lúcio; [...]"* (f. 395)

Neste contexto, como bem observou a magistrada singular, *"[...] não se vislumbra qualquer justificativa para que a ex-assessora tivesse inventado tal história, e depois voltado atrás."* (f. 552)

Ao contrário, como bem observou o membro do *parquet*, nas alegações finais (f. 535/541), deve-ser dar destaque para o estado anímico da servidora Ivanilda no momento em que fazia o relato, o que foi reforçado pelas testemunhas, no sentido de que estava descontente e revoltada com a situação por ela vivenciada, em razão do dinheiro lhe fazer falta.

De outro lado, também não se pode desconsiderar as observações feitas pelas testemunhas no sentido de que a servidora Ivanilda tinha medo de que essa situação viesse à tona. Ou seja, como decidido pela magistrada singular, não dá para afirmar que tudo foi um grande mal entendido, ou que tudo foi uma grande perseguição de descontentes. (f. 553)

Aliás, transcrevo os fundamentos da sentença para afastar as supostas alegações do apelante/réu de que foi vítima de perseguição política, "E não há falar em perseguição ou ameaças do funcionário Luciano Wolff, ao menos pelo que se extrai do conjunto probatório realizado nesses autos. Não se entende plausível que todo um aparato de pessoas (pelo menos 7 pessoas) tenham todos inventado uma situação ou história fantasiosa para incriminar ou denegrir a imagem de um vereador porque ele não aprovara um projeto de lei de interesse de um dos servidores." (f. 552)

De outro lado, algumas testemunhas foram categóricas no sentido de que a filha do requerido, ora apelante, era vista diariamente na Câmara dos Vereadores, em horário de expediente, ajudando o seu pai no gabinete.

Além do mais, a testemunha Fernanda Carvalho Souza, ouvida na CPI da Câmara de Vereadores confirmou que ela recebia parte do salário das assessoras do seu pai, ora apelante, *verbis*:

> "[...] e que quando a mesma foi questionada pelos acadêmicos com relação a forma de como ela recebia, pois sendo filha de vereador ela não poderia receber salários da Câmara Municipal, **a mesma declarou que as assessoras do seu pai recebiam o pagamento e devolviam parte dele para ela** (Pauliny). [...]" (f. 289) (destacado)

Portanto, não há como acatar as alegações do apelante no sentido de que os fundamentos da sentença encontram-se lastreados em declarações e notícias especulativas da imprensa. Ao contrário, a prova testemunhal e documental são robustas e vão de encontro às afirmações da servidora Ivanilda, que busca desmentir as declarações anteriormente realizadas.

Indiscutivelmente, como observou a magistrada singular:

> "Restou demonstrada a prática espúria e imoral de imposição , pelo requerido, desde o início da contratação de sua assessora parlamentar Ivanilda, da divisão de salário e repasse à sua filha, Paulini.
>
> O que se verifica, então, é uma espécie de nepotismo não declarado de pai que favoreceu a filha, e da maneira mais antidemocrática e desumana: através de coação moral que objetivava a divisão da contraprestação dada pelo Estado pelo desempenho da função de assessoramento parlamentar.

A prática do nepotismo é vedada em todas as esferas de Poder através da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

> "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo ou direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda em função gratificada na administração pública direta ou indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."
>
> Mais, verificou-se, no caso, um nepotismo camuflado, através do qual e mediante coação psicológica uma servidora pública estava sendo obrigada a repassar parte de seu

> salário, leia-se, seu próprio sustento, à filha do ex-vereador, para que essa trabalhasse, sem submissão a concurso público, para o próprio pai e no interesse dele, no âmbito do Poder Legislativo. A filha, e por consequência o ex-vereador requerido, sem dúvida nenhuma, foram beneficiados com o esquema de "contratação" de servidor informal.
>
> O repasse compulsório de parte dos rendimentos da assessora do requerido à filha desse, que funcionava como verdadeira assessora particular e informal viola, expressamente, os princípios administrativos da moralidade, finalidade, legalidade e do interesse público.
>
> Os atos não geraram, ao menos aparentemente, prejuízo ao erário público, mas nem por isso deixam de ser típicos, visto que a conduta do ex-parlamentar amolda-se ao quanto descrito no caput e no inciso I do artigo 11 da lei 8.429/92. Inadmissível concluir pelo mero não sancionamento, sob pena de consagração de verdadeira impunidade.
>
> [...]
>
> À luz da proporcionalidade, considerando que o erário público não sofreu dano direto, entretanto, que é indiscutível a violação ao normal funcionamento da estrutura estatal, e com vista ao que disposto no artigo 12, III, da lei 8.429/92, entendo por bem suspender os direitos políticos do requerido pelo prazo de 4 (quatro) anos e proibi-lo de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.
>
> Ainda, e sem prejuízo das sanções anteriores, faz-se necessária a sua condenação ao pagamento da multa civil de 10 (dez) vezes o valor de sua última remuneração na Câmara de Vereadores, de maneira a evitar que as condenações anteriores tornem-se demasiadamente amenas, entendendo-se que o valor imposto (décuplo do valor do último salário do edil) será suficiente a repreender tal conduta." (f. 553/557)

Reforço que as provas documentais e, em especial, as testemunhais são suficientes para a comprovação da materialidade da conduta típica do requerido, tipificada no *caput* do art. 11 da lei 8.429/92 e seu inciso I, que dispõe que "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;"

No caso, várias testemunhas, ouvidas no Inquérito Civil, na CPI e em juízo, estavam presentes no momento em que a assessora revelou a pratica ilícita realizada pelo apelante em seu gabinete, sendo que também houve confirmação de que a sua filha recebia parte dos vencimentos da assessora.

Como prelecionado por Romualdo Flávio Dropa, em artigo denominado Improbidade Administrativa I (http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/improbidadeadministrativacontrolesocial.Htm), *"A improbidade administrativa é um dos maiores males envolvendo a máquina administrativa de nosso país e um dos aspectos negativos da má administração que mais justificam a implementação de um maior controle social."*

Assim ponderando, é indiscutível que o agentes administrativos precisam atuar na conformidade de princípios éticos, entre eles o da moralidade, sendo que violá-los importa em violação do próprio direito, como bem leciona o mestre Celso Antonio Bandeira de Mello:

> "De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de

> pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu â,bito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. [...]" (Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 21ª edição, f. 115)

O princípio da moralidade tem por princípio evitar abusos por parte do administrador público e ampliar o controle da legalidade, ou seja, busca normatizar a conduta do agente público no desempenho de suas atividades.

Assim considerando, a atuação do administrador público deve ser pautada na honestidade, sendo que a improbidade administrativa significa justamente a falta de probidade, honestidade e honradez.

No caso vertente, como observou o e. Relator, ainda que defendendo tese contrária à minha, o fato imputado ao requerido é indiscutivelmente indecoroso, por retratar uma covardia de indignar qualquer homem de média compreensão.

Desta forma, havendo subsunção da conduta do apelante no *caput* do art. 11 e inc. I, da lei 8.429/92, escorreita a sentença que a ele aplicou as sanções do art. 12, inc. III, da mesma norma legal, que assim dispõe:

> "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
>
> [...]
>
> III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos."

Deste modo, impõe-se a manutenção da sentença.

Recurso de apelação cível interposto pelo Ministério Público:

O inconformismo do apelante reside na falta de reconhecimento de que a conduta do apelante também subsume-se à previsão do art. 9º, "*caput*" da lei de improbidade administrativa, que assim dispõe: *"Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:"*

No caso, não há falar em reforma da sentença, porquanto os atos praticados pelo apelado não se amoldam às hipóteses descritas nos incisos I ao XII do art. 9º da lei 8.429/92.

Na hipótese dos autos, não houve enriquecimento ilícito do apelado, já que não houve incorporação ao seu patrimônio de bens, direitos ou valores de maneira indevida.

Deste modo, escorreita a sentença que tipificou a sua conduta apenas no inc. I do art. 9º da lei 8.429/92.

Alias, neste sentido foi o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça que, inclusive, pugnou pelo desprovimento do recurso de apelação cível interposto pelo Ministério Público Estadual, *verbis*:

> "[...] Assim, diante da clara afronta aos princípios administrativos por parte do vereador João Lucio Santolini temos que restou correta a disposição realizada pela julgadora *a quo*, a qual, com fundamento no artigo 11, caput, e inciso I, c/c artigo 12, III, da lei 8.429/92, condenou o recorrente por ato de improbidade administrativa." (f. 668)

Desta feita, impõe-se a manutenção da sentença e, por consequência, o improvimento do recurso.

Pelo exposto, conheço do recurso de apelação cível interposto por João Lúcio Santolini, acompanho o relator para indeferir a concessão dos benefícios da justiça gratuita e, no mérito, peço vênia a relator para, divergindo, negar provimento ao recurso e, conheço do recurso de apelação cível interposto pelo Ministério Público Estadual, porém, divergindo do relator, nego-lhe provimento.

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

Com a vênia do ilustre revisor, acompanho o relator.

Com efeito, imputa-se ao apelante **João lúcio Santolini**, então vereador da cidade de Nova Andradina, a prática de ato ímprobo, consistente no fato suposto de que a filha deste estaria recebendo repasse de parte do salário de sua então assessora.

Mas, como anotado pelo ilustre relator, tal fato não restou devidamente provado pelas testemunhas ouvidas, que teriam conhecimento do caso por ouvir dizer. O réu-vereador e a sua filha negam a ocorrência dessa alegada divisão de salários.

Assim sendo, não tenho dúvida em votar com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, VENCIDO O REVISOR, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE JOÃO LÚCIO SANTOLINI E JULGARAM PREJUDICADO O APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0009915-14.2010.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

APELAÇÃO CÍVEL DO RÉU – FAMÍLIA – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA C/C PARTILHA DE BENS E INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL – PEDIDO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA – DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO EXCLUÍDO DA PARTILHA QUE SE ENCONTRA SOB A POSSE DA EX-CONVIVENTE – DEFERIDO – ALIMENTOS EM FAVOR DO FILHO MENOR – BINÔMIO CAPACIDADE/NECESSIDADE – COMPROVADOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

APELAÇÃO CÍVEL DA AUTORA – FAMÍLIA – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA C/C PARTILHA DE BENS E INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL – ALIMENTOS FIXADOS EM FAVOR DA CRIANÇA – MANTIDOS – ATENDIDO O BINÔMIO NECESSIDADE/CAPACIDADE – ALIMENTOS E PLANO DE SAÚDE EM FAVOR DA EX-CONVIVENTE – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE NÃO COMPROVADA – MULHER JOVEM E COM CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL – INDENIZAÇÃO POR SUPOSTO DANO MATERIAL – AUSÊNCIA DE PROVAS – DANO MORAL – CONFIGURADO – DECORRENTE DO ADULTÉRIO – VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CONJUGAIS – EXPOSIÇÃO DA VIDA PRIVADA EM PÁGINAS DE RELACIONAMENTOS NA INTERNET – ATO ILÍCITO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – CONTAMINAÇÃO DE DOENÇA SEXUALMENTE TRANSMITIDA – NÃO CONTRAÍDA DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO CONFIGURADA – IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE JUDICIÁRIA CONCEDIDA EM FAVOR DO RÉU – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – MEIO INADEQUADO – SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU REFORMADA EM PARTE – RECURSO DA DEMANDANTE EM PARTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Não é devido pensão alimentícia em favor da ex-convivente que goza de plena saúde física, jovem, e com capacitação profissional para prover o próprio sustento.

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso, são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo a estipulação em contrário em contrato escrito.

Os danos morais podem ser verificados naqueles casos em que se atinge a personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento. São exemplos a prática do adultério - quebra do dever de fidelidade; o abandono voluntário; as injúrias graves; a recusa de satisfação do débito conjugal, dentre outras hipóteses.

Se o réu não utilizou a demanda com dolo; mas somente tentou defender um direito que entendia existir e, por isso, não deve ser condenado na multa prevista no artigo 18 do Diploma Processual Civil.

A impugnação da justiça gratuita deve ser feita nos termos do § 2º do art. 4º da Lei n. 1.060/50, que determina o seu processamento em autos apartados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso de W. R. L., conhecer em parte do apelo de K. J. de O. e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Katiany Jacinto de Oliveira e Walmir Rohod Lino, ambos já qualificados nos autos da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável c/c Indenização por Dano Morais, que a primeira move contra o segundo, interpõem, respectivamente, apelações cíveis às f.1340-1374 e f.1300-1310, ante a sentença proferida pelo Juízo "a quo" às f.1229-1239, que fora retificada, por conta do Embargos que lhe fora opostos às f.1288-1292.

O demandado Walmir Rohod Lino alega, em suas razões, que "os valores dos alimentos fixados à filha do ora apelante ultrapassam o limite da proporcionalidade, uma vez que fixados em nítido excesso" – f.1.302. Além disso, argumenta que não teria sido especificado na sentença as condições em que o plano de saúde devem ser mantidos em relação à menor.

Refere que os valores gastos com o plano de saúde da menor, somado aos 20% (vinte por cento) dos rendimentos líquidos a qual foi condenado, perfazem o montante superior a 25% (vinte e cinco por cento) dos rendimentos do apelante, uma vez que ultrapassam R$2.200,00 (dois mil e duzentos reais).

Considera que constituiu nova família, e que pretende ter outros filhos, o que se tornaria inviável com os valores de alimentos estipulados em patamares tão elevados, além dos gastos que já realiza com transporte uma vez por mês para a realização de visitas à filha. Deduz que os valores são excessivos para uma criança de apenas 7 (sete) anos.

Defende ainda, que a mãe também tem obrigações de sustento com relação a filha, e que ela (genitora) possui condições econômicas para que o ônus seja dividido de maneira equilibrada. Pontua que o valor determinado pelo Juízo ficou acima do manifestado e sugerido pelo Ministério Público, responsável pelo resguardo dos direitos da criança.

Infere que o valor adequado para uma criança de 7 (sete) anos, levando em consideração a capacidade financeira do apelante, a contribuição da mãe – apelada – e a necessidade da menor, seria em torno de 11% (onze pro cento) dos rendimentos líquidos, que gira em torno de R$1.000,00 (mil reais), já inclusos neste montante os alimentos e o plano de saúde, que somando, equivaleria a 17% (dezessete por cento) dos seus rendimentos líquidos.

Salienta ainda nesse sentido, que está seguindo para a segunda fase de dois cargos em concurso público, que remuneram o dobro de seu salário atual, o que levaria em breve um rendimento ainda maior para a alimentanda.

Pleiteia ao final, o deferimento da tutela antecipada consistente na devolução do veículo Fiat Palio (placa HTC-0827) que teria sido comprado pelo recorrente, mas que se encontra sob a posse da recorrida, e já sofre desvalorização enquanto esta vem usufruindo durante todo o tramite processual da presente demanda.

Por tais motivos, pugna pela redução dos alimentos fixados na sentença para o importe de 11% (onze por cento) do seu rendimento líquido, para que seja mantido o plano de saúde da criança que estiver atrelado ao cargo público ocupado pelo mesmo, e o deferimento da tutela antecipada quanto ao veículo Fiat Palio.

A demandante Katiany Jacinto de Oliveira, por sua vez, também interpõe recurso, requerendo o aumento dos alimentos fixados na sentença para 30% (trinta por cento) do rendimento líquido do apelado, a título de alimentos para a filha, a incidir também sobre as férias e 13º salário, para que possa continuar proporcionando à criança "moradia, escola particular, balé, natação, cursos, alimentação de qualidade, tratamento dentário, lazer, mordomia, igual possuía antes da separação".

Alega que a filha tinha uma vida regada com regalias, com conforto, melhores roupas, viagens, aulas extracurriculares, e tudo que uma filha de delegado merece, e que atualmente se viu privada do conforto, porque os pais se separaram. Refere que a menor irá completar 8 (oito) anos de idade, cursando a 3ª série do ensino fundamenta na MACE (escola particular em Dourados/MS) e faz aulas de judô e pretende fazer curso de natação e inglês e, por isso, necessita que a pensão seja fixada em 30% dos rendimentos líquidos do alimentante.

Argumenta que se não tivesse se separado do recorrido, a criança continuaria a usufruir do "alto padrão de vida" que detinha antes da separação dos pais.

Em relação ao plano de saúde, defende que o apelado deve custeá-lo em favor da menor, mantendo-a como dependente junto ao plano de que é titular (UNIMED), pois este é atrelado ao cargo de Delegado pelo convênio firmado com a ADEPOL, e caso venha a passar em outro concurso público, que continue a oferecer o plano nas mesmas garantias e coberturas.

Além disso, pleiteia o deferimento de pensão alimentícia em seu favor, uma vez que o recorrido quem teria sido o culpado pelo pedido de exoneração de emprego público que detinha como "escrevente judicial da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS" – f.1350. Narra que o apelado a pressionou para que ela se exonerasse do referido cargo para poder morar com ele no Paraná. Pretende que a pensão dure pelo tempo necessário para que ela passe em um concurso público, o que está sendo dificultado pelas necessidades financeiras que vem passando e os problemas que o apelado vem causando, que atrapalham o seu estudo.

Por tais razões, em síntese, pugna pela concessão de alimentos definitivos em 20% (vinte por cento) do salário líquido do recorrido, a incidir também sobre as férias e 13º (décimo terceiro) salário do ex-convivente, além da majoração dos fixados em favor da infante, tudo a contar da citação. Também pretende ser mantida como beneficária do plano de saúde (Unimed) do qual o recorrido é titular, pois foi ele quem a contaminou com o vírus (HPV) e, por isso, deve arcar com o tratamento médico dela pelo tempo que precisar.

Além disso, pretende que não haja a partilha dos bens móveis que guarnecem a sua casa, e que seja determinado a divisão do valor pago pela arma "gloc", pois teria sido adquirida na constância da união, bem

como seja mantida com o veículo Palio/Fiat, eis que teria sido presente do recorrido, devendo este transferi-lo para o nome da recorrente. Requer a condenação do demandado por litigância de má-fé e indenização pelos danos materiais (R$500,00) e moral (R$50.000,00), que teriam sido causados à recorrente.

Argumenta que o dano material seria decorrente dos objetos que teriam sumido da residência da apelante (sapatos, lingerie, vestidos, perfume e creme), e o dano moral seria decorrente da traição ocorrida durante a convivência, cometida pelo apelado, pelo pedido de exoneração do cargo, por ter contraído o vírus dele, bem como pelo abandono e demais humilhações decorrentes dessa separação e das "mentiras contadas nos autos" pelo recorrido, que teriam ofendido a honra, a moral e a reputação da demandante, bem como pelo exame de DNA realizado na infante sem o seu consentimento.

Ao final, a apelante impugna a gratuidade judiciária concedida em favor do recorrido e pugna pelo provimento do apelo para , em reformando a sentença proferida pelo Juízo "a quo", julgar procedente todos os pedidos iniciais.

As partes apresentaram contrarrazões às f. 1329-1339 (autora) e às f.1394-1403 (réu).

A Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às f.1421-1423, opinando pelo improvimento de ambos os apelos.

VOTO

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

Trata-se de apelações cíveis interpostas pela autora **Katiany Jacinto de Oliveira** (f.1340-1374) e pelo réu **Walmir Rohod Lino** (f.1300-1310), nos autos da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável c/c Indenização por Dano Morais, ante a sentença proferida pelo Juízo "a quo" às f.1229-1239, que fora retificada, por conta do Embargos que lhe fora opostos às f. 1288-1292.

Considerando a peculiaridade que permeia o caso posto em julgamento, passo a analisar os apelos apresentados pelas partes separadamente.

Inicialmente, considerando estarem presentes os pressupostos de admissibilidade recursal no apelo apresentado pelo réu Walmir Rohod Lino, conheço-o e passo a analisar o mérito recursal.

Apelação Cível do Réu Walmir Rohod Lino

Conforme narrado no relatório, o demandado pretende a reforma da sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau para o fim de: a) reduzir os alimentos arbitrados (20%) para o importe de 11% (onze por cento) do seu rendimento líquido; b) para manter o plano de saúde da criança que estiver atrelado ao cargo público no qual o apelante estiver ocupando; c) para que seja deferido a tutela antecipatória consistente em afastar o efeito suspensivo do recurso e garantir os direitos do apelante (proprietário) sobre o veículo Fiat Palio (placa HTC-0827) que se encontra com a recorrida.

1. Alimentos fixados em favor da menor Isabela Rohod Oliveira Lino

Após uma análise detida dos autos, tenho que a pensão fixada em 20% (vinte por cento) sobre os rendimentos líquidos do demandado deve ser mantido, pois restou comprovado nos autos a capacidade financeira do alimentante para o pagamento da referida quantia, eis que é delegado de polícia do Estado do Paraná (f. 920-921).

Por outro lado, a necessidade da infante também restaram devidamente comprovados por meio dos documentos acostados às f.958-969, bem como pelo fato de se tratar de uma criança de 08 (oito anos de idade), que se encontra em idade escolar e, por isso, suas necessidades são presumidas.

Assim, nos termos do artigo 1.694, §1º, do Código Civil, deve o réu Walmir Rohod Lino pagar alimentos em favor da sua filha menor Isabela Rohod Oliveira Lino, nos termos determinados na sentença recorrida, ou seja, o equivalente a 15% (quinze por cento) do seu rendimento mensal líquido, a contar da citação até a prolatação da sentença, sendo que a partir desta (29 de fevereiro de 2012) passa-se a incidir o percentual de 20% (vinte) do rendimento líquido, a incidir ainda sobre 1/3 (um terço) das férias recebidas em pecúnia e ainda sobre o 13º salário.

2. Plano de Sáude em favor da infante

No que tange ao plano de saúde a ser custeado em favor da menor, também não merece prosperar a pretensão recursal do réu, pois, como bem alinhavou o representante ministerial, em seu parecer, o fato de se atrelar o plano de saúde ao cargo do alimentante é um tanto temerário, vez que, atualmente a menor reside em Dourados – MS, enquanto seu genitor é servidor público (delegado de policia) no Estado do Paraná e, por isso, o plano de saúde vinculado ao seu cargo certamente terá como abrangência a o referido Estado onde ele exerce suas funções, o que irá inviabilizar a finalidade de proteção à menor.

Nesse passo, considerando os princípios que norteiam a integral proteção da criança e do adolescente, previstos na Constituição Federal do Brasil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve o réu ser compelido a custear o mesmo plano de saúde (UNIMED) que antes da separação já custeava em favor da sua filha.

Até porque, não pode a menor ser prejudicada ou desamparada pelo simples fato do insucesso da relação conjugal havida entre as partes.

Assim, tenho que a sentença recorrida não merece qualquer reparo neste aspecto.

3. Da tutela antecipatória pretendida em grau recursal

O apelante requereu em seu apelo o deferimento da tutela antecipatória consistente em afastar o efeito suspensivo do recurso para o fim de garantir seus direitos (proprietário) sobre o veículo Fiat Palio (placa HTC-0827) que se encontra com a recorrida.

Ocorre que durante a instrução ficou provado que o referido bem foi adquirido pelo recorrente em março de 2008, senão vejamos o que disse a testemunha Fábio Arruda em seu depoimento:

> "[...]
>
> O depoente vendeu um Fiat Palio 2008 para o requerido, que essa venda foi em março de 2010; que não sabe se na época ele estava separado;
>
> [...]" – f. 901.

Dessa forma, restou comprovado que o veículo em questão foi realmente adquirido pelo apelante após o fim da união estável, pois as partes reconheceram em Juízo que tal união teve início em março de 2004 e perdurou até dezembro de 2009.

Por isso, nos termos do artigo 1.661 do Código Civil (*São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.)*, que deve ser analogicamente aplicado à união estável em questão, o bem referido deve ser imediatamente devolvido ao seu legítimo proprietário, ou seja, ao recorrente Walmir Rohod Lino.

Aliás, restaram demonstrados nas razões o "periculum in mora" e o "fumus boni iuris" a ensejar o deferimento do pedido antecipatório formulado no apelo para que, com isso, haja a imediata devolução ao apelante do veículo Palio/Fiat, cuja placa é HTC 0827.

Por esses fundamentos, o apelo apresentado pelo recorrente deve ser parcialmente provido, apenas para lhe deferir a tutela antecipatória recursal pretendida, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada.

Assim, passa-se a análise do apelo apresentado pela autora.

Apelação Cível da autora Katiany Jacinto de Oliveira

Inicialmente importa ser registrado que o apelo apresentado pela autora deve ser conhecido em parte e, na parte conhecida, passo a analisá-lo.

A demandante também interpôs recurso pretendendo a reforma da sentença "a quo", nos seguintes aspectos, que será analisado separadamente.

1. Alimentos em favor da menor Isabela Rohod Oliveira Lino

Conforme já apreciado na análise do apelo interposto pelo réu, os alimentos fixados em favor da menor Isabela Rohod Oliveira Lino devem ser mantidos nos termos da sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau, bem como no que se refere ao plano de saúde, pelos fundamentos já delineados.

2. Alimentos e Plano de Saúde em favor da recorrente Katiany Jacinto de Oliveira

A demandante pleiteia o deferimento de pensão alimentícia em seu favor, a ser pago até que ela seja aprovada em algum concurso público, bem como em ser mantida como beneficiária do plano de saúde (Unimed) do qual o recorrido é titular.

In casu, tais pretensões não merecem prosperar. Explica-se.

Afere-se dos autos que embora a recorrente tenha alegado em seu apelo que "é inscrita na OAB n.º 14.109, a mesma não gosta dessa profissão e não pretende advogar assiduamente" – f.1350, ela possui plena capacitação profissional para exercer a profissão que livremente escolheu, não possuindo qualquer impedimento físico ou intelectual para o exercício profissional na área jurídica, seja advogando ou atuando em outra função que a área jurídica lhe proporcione.

Também não pode deixar de ser olvidado que ainda que a apelante "não gosta dessa profissão", não há nada que a impeça de trabalhar em outra área, afinal trata-se de uma mulher jovem (31 anos de idade) e que goza de plena saúde para exercer um labor digno.

Ademais, como bem consignou o magistrado sentenciante, " a autora possui duas formações superiores (Direito e Letras) e ainda uma pós-graduação, o que demonstra ser bem qualificada para o trabalho", sendo que também não demonstrou que não possui condições de arcar com o próprio sustento.

Da mesma forma, não assiste qualquer fundamento, no caso, para compelir o recorrido/réu a mantê-la como beneficiária do plano de saúde deste, afinal o vínculo – união estável – se findou em dezembro de 2009, e com isso, também cessou o deveres e obrigações matrimoniais, tais como de lealdade, assistência e sustento.

Assim, a sentença objurgada não merece qualquer reparo a respeito dessas pretensões.

3. Partilha dos bens

Restando reconhecida a união estável entre as partes no período compreendido entre março de 2004 a dezembro de 2009, aplicam-se as regras da Lei n. 9.278/1996, notadamente seu art. 5º, segundo o qual:

"Art. 5º - Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso, são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo a estipulação em contrário em contrato escrito."

Desnecessária, portanto, a prova efetiva de colaboração de ambos os conviventes na formação do patrimônio, pois os bens adquiridos na constância da união estável são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, inclusive pertencendo a ambos em partes iguais, presumindo-se, juridicamente, o esforço comum na sua aquisição durante a constância da união estável.

Por isso, todos os bens móveis e imóveis, comprovadamente adquiridos durante o período em que conviveram, bem como as dívidas contraídas, deverão ser divididos nos termos fixados na sentença recorrida (f.1239, excluindo-se os bens adquiridos antes e após o período compreendido entre março de 2004 a dezembro de 2009.

5. Dano material e dano moral

No que tange ao suposto dano material causado à demandante, decorrente do "sumiço dos objetos que guarneciam a residência da apelante (sapatos, lingerie, vestidos, perfume e creme)", não merece prosperar, porque além de não restar comprovado o sumiço dos supostos bens, e ainda que realmente tais bens tivessem "sumido", não há também prova da suposta autoria, que a recorrente atribuí ao réu/apelado.

No ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai a quem aproveita o reconhecimento do fato, não bastando alegar, mas provar o fato que irá atrair o direito, ônus que, no caso em tela incumbia à autora, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC, *in verbis:*

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

Sobre o ônus da prova Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart explicam que:

> "De acordo com a doutrina chiovendiana, as circunstâncias de fato que têm por escopo específico dar vida a um direito e que normalmente produzem esse efeito podem ser chamados de fatos constitutivos. Porém, para que estas circunstâncias possam dar vida a um direito, devem ser apresentar outras, cuja falta impede que o direito possa ter vida". (Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág.165).

Logo, quanto aos alegados danos materiais a sentença recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Outrossim, a recorrente pretende ser indenizada pelo dano moral oriundo das traições do recorrido, por ter pedido exoneração do cargo (emprego público) que exercia para poder ir morar com o companheiro no Estado do Paraná, por ter contraído vírus HPV dele, bem como pelo abandono e demais humilhações decorrentes dessa separação, tais como acusações de adultério e pela realização de exame de DNA na infante sem o consentimento da genitora/apelante.

Pois bem, analisando o vasto conjunto probatório que carreia o presente feito, não há como se sustentar a tese de dano moral decorrente da suposta contaminação pelo vírus "Papiloma Vírus Humano – HPV", pois o exame médico acostado à f. 533, comprova que a recorrente/autora já possuía o vírus antes de iniciar a união estável com o demandado.

Por isso, não há como se sustentar que o recorrido teria transmitido o vírus HPV para a autora. Dessa forma, inexiste o nexo causal entre a doença e o dano moral sustentado pela demandante.

Contudo, no que tange ao sofrimento moral decorrente da "traição" cometida pelo recorrido, ou seja, por descumprimento dos deveres oriundos da união estável de fidelidade recíproca e lealdade, na hipótese dos autos restou amplamente comprovado, que inclusive foi reconhecido pelo demandado na contestação apresentada às f. 280-330, quando ele mesmo reconhece que a autora o teria perdoado das infidelidades perpetradas.

Além disso, não há como se negar que ainda que a ex-convivente tivesse perdoado o companheiro adúltero, na esperança de que voltasse a conviver no seio familiar, juntamente com a menor que na época contava com apenas 6 (seis) anos de idade, não exclui o causador do sofrimento da sua responsabilidade em indenizar mal que causou alguém.

Ademais, os documentos colacionados aos autos tanto pela autora quanto pelo réu, tornam cristalino a humilhação e o sofrimento psicológico causados à autora pela ação e omissão perpetrada pelo demandado, porque este expôs sua relação espúria em sites/páginas de relacionamento e permitiu que terceira pessoa humilhasse a demandante da mesma maneira.

A traição configura violação dos deveres do casamento (*dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc – art. 1.566, CC*) e, como tal, dá fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (*art. 1.572, CC*). Entretanto, para essa breve exposição, importa apenas observar que o cônjuge traído tem pleno direito ao ressarcimento por dano moral. Esse pedido é juridicamente possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação, porque viola a honra do cônjuge inocente quando o trai.

Para se ver indenizado, o cônjuge inocente deverá ingressar com ação de separação judicial litigiosa ou dissolução da união estável e, de conformidade com essa, pedir a indenização (*pedido cumulado com o de separação ou pedido posterior de indenização*).

Atualmente, é fato público e notório que as redes sociais vem sendo utilizadas constantemente como forma de invasão, exposição e afronta a direitos personalíssimos das pessoas e, no caso, não bastasse a traição cometida pelo réu, este ainda tornou ainda mais penoso o sofrimento da sua sua ex-companheira ao expor sua intimidade com terceira pessoa e permitir que esta postasse fatos da vida privada deles.

A doutrina assim conceitua o dano moral:

> [...]
>
> Savatier oferece uma definição de dano moral como "qualquer sofrimento humano que na é causado por uma perda pecuniária", e abrange todo atentado à reputação da vitima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições etc. (Traité de la responsbilité, v. 2, n. 525).
>
> Nessa esteira, Jorge Bustamante Alsina: "Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimento físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legitimas e, em geral, toda a classe de padecimentos insuscetíveis de

> apreciação pecuniária" (Teoria general de la responsabilidade civil 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 234) (Rui Stocco. Tratado de responsabilidade civil. 6ª edição. Edt. Revista dos Tribunais. p. 1665).

E ainda:

> Os danos imediatos podem ser materiais ou morais. **Os danos morais podem ser verificados naqueles casos em que se atinge a personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento. São exemplos a prática do adultério - quebra do dever de fidelidade; o abandono voluntário; as injúrias graves; a recusa de satisfação do débito conjugal, dentre outras hipóteses.** (DA POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS DANOS DECORRENTES DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL - Nara Rubia Alves de Resende – Matéria Publicada na Revista Brasileira de Direito de Família nº 21 - DEZ-JAN/2004, pág. 5; Nara Rubia Alves de Resende - Advogada, Pós-Graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL/Faculdade de Ciências e Letras de Campo Mourão, Aluna Especial do Mestrado em Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá – UEM) - Júris síntese IOB – grifo nosso.

A honra subjetiva, o amor próprio e auto-estima da autora, por certo, restaram estraçalhados depois da traição e notório desrespeito do demandado.

Nesse passo, forçoso se concluir que no caso posto em julgamento o ato ilícito cometido pelo recorrido consiste no descumprimento do dever legal de fidelidade e lealdade, que veio a causar dor moral ensejador de reparação.

Dessa maneira, sempre que em decorrência de ato ilícito de um cônjuge, for ofendida a dignidade do outro, segundo a doutrina, a moral reclama, a bem da existência da família, que o seu relacionamento reflita afeição, respeito mútuo, não só entre os cônjuges, como também para os filhos.

Aliás, a doutrina moderna vem defendendo a intervenção do direito na defesa da honra, que considera "alicerce em que se constrói e orbita a personalidade individual. E, citando SANTOS CIFUENTES, destaca-se que "a comunhão de interesses e a intimidade da vida matrimonial cria o que o autor argentino chama de "honra matrimonial". Depois de discorrer sobre os diferentes tipos de injúria que podem ser perpetrados na relação matrimonial, conclui que todo tipo de injúria de um cônjuge contra o outro configura ofensa a essa "honra matrimonial" - De outra parte, JOSÉ DE CASTRO BIGI, invocando MÁRIO MOACYR PORTO, entende que os arts. 5º, caput e 19 da Lei de Divórcio constituem desdobramentos do art. 159 do Código Civil." - Júris síntese IOB.

O doutrinador BELMIRO WELTER conclui, de forma enfática, o seu posicionamento a respeito, afirmando que:

> **"Não se está reclamando pecúnia do amor, e sim pagamento contra aquele que se aproveitou da relação jurídica que envolvia o amor para causar graves ofensas delituosas, morais e dor martirizante, justamente contra aquele que jurou amar, mas, ao contrário, com a sua conduta tóxica, confiscou-lhe a honra e a própria dignidade humana, princípio elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III da CF).***"* (AS TUTELAS DA PERSONALIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA DO DIREITO DE FAMÍLIA - Fernanda Oltramari - Vitor Hugo Oltramari – Matéria Publicada na Revista Brasileira de Direito de Família nº 13 - ABR-MAI-JUN/2002, pág. 53; Fernanda Oltramari Vitor Hugo Oltramari; Advogados na Cidade de Marau/RS, Professores na Universidade de Passo Fundo e Mestrandos na UFPR) grifo nosso.

Assim sendo, após a análise do conceito de Dano e Responsabilidade é possível concluir que a traição e o adultério, são condutas potenciais causadoras de tal lesão aos direitos do cônjuge traído.

Sendo o dever de fidelidade, expresso em lei, seu descumprimento caracteriza ato ilícito, dano moral.

O cônjuge vítima da traição tem toda sua vida emocional abalada pelo fato. O sofrimento advindo do fato é indiscutível, uma vez causador de tristeza e vergonha extremas.

Aliás, nesse sentido:

> "APELAÇÃO CÍVEL COM RECURSO ADESIVO - SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AJUIZADA PELO MARIDO CONTRA A ESPOSA QUE MANTEVE RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL DO QUAL ADVEIO A CONCEPÇÃO E NASCIMENTO DE CRIANÇA - MARIDO QUE, INDUZIDO EM ERRO, PROMOVEU O REGISTRO DO INFANTE COMO SEU FILHO - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE - REPARAÇÃO FIXADA EM R$10.000,00 (DEZ MIL REAIS) - VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE FIDELIDADE, RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUOS, INERENTES AO CASAMENTO - ABANDONO DO LAR PELO CÔNJUGE VIRAGO, QUE LEVOU O INFANTE CONSIGO, PROIBINDO O PAI SÓCIO-AFETIVO DE VISITÁ-LO - PUBLICIDADE DO ADULTÉRIO - DIVULGAÇÃO DA INTIMIDADE DO CASAL NO AMBIENTE DE TRABALHO DO CÔNJUGE VARÃO - EVIDENTE VIOLAÇÃO À HONRA SUBJETIVA DA VÍTIMA - CONDUTA DESONROSA - INSURGÊNCIA DA REQUERIDA, QUE SUSTENTA QUE A SUA INFELICIDADE E FRUSTRAÇÃO JUSTIFICAM O SEU COMPORTAMENTO IMORAL - ALEGAÇÃO DE QUE O RECORRIDO TINHA CONHECIMENTO DE QUE NÃO ERA O PAI BIOLÓGICO DO MENOR, ASSIM COMO DE QUE SUA MULHER MANTINHA RELAÇÕES SEXUAIS COM O MARIDO DE UMA COLEGA SUA DE TRABALHO - FATOS NÃO DEMONSTRADOS - EVIDENTE ABALO MORAL DAQUELE QUE, ILUDIDO PELA ESPOSA, CRIOU E EDUCOU, COMO SE SEU FOSSE, DESCENDENTE DO AMÁSIO - TRANSGRESSÃO DOS DIREITOS À HONRA, À INTIMIDADE, À VERDADE E À INTEGRIDADE PSICOLÓGICA - CONDUTA DA APELANTE QUE CONFIGURA ATO ILÍCITO PREVISTO NO ART. 186 DO CC - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - MANUTENÇÃO DA RESPECTIVA OBRIGAÇÃO.
>
> [...]
>
> **Não pode o Judiciário ignorar a pretensão do cônjuge traído, enganado e humilhado perante seus familiares e amigos, inclusive colegas de profissão, em buscar a reparação do dano moral sofrido em razão da conduta desonrosa de sua esposa,** que, conquanto tivesse conhecimento da possibilidade de o filho gerado ser fruto de relação extraconjugal, omite tal circunstância, induzindo o marido em erro, fazendo-o acreditar ser sua a descendência do amante.
>
> [...]
>
> [...] a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármores e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e piedosa se o puder matar (CHAVES, Antônio in Prefácio à Responsabilidade Civil por Dano à Honra, 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte:

> Del Rey, 2001). RECURSOS CONHECIDOS - PROVIMENTO, CONTUDO, APENAS AO RECLAMO ADESIVO, INTERPOSTO PELO VARÃO." (Processo 2009.005177-4 Apelação Cível. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. DESEMBARGADOR LUIZ FERNANDO BOLLER. Órgão Julgador: QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL Origem Blumenau / 4ª Vara Cível 00806027814-2. Publicado em 20/09/2011).

Pois bem. O dano moral não possui o objetivo de reparar a dor, mas de compensá-la de alguma forma e minimizar os sofrimentos do beneficiário. O professor Clayton Reis ensina:

> O dinheiro é, portanto, uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, através da aquisição de bens ou utilizando-o em programas de lazer. Minozzi, citado por Afranio Lyra, enfatiza essa situação, ao ensinar: 'Outorga-se o dinheiro porque é o modo através do qual se pode proporcionar a alguém uma alegria que pode ser de ordem moral, para que possa, de certa maneira, não apagar a dor, mas mitigá-la, ainda com a consideração de que o ofensor cumpriu pena pela ofensa, sofreu pelo sofrimento que infligiu.' [...] O dinheiro deverá ter um efeito lenitivo nas aflições da alma humana, nas dores provocadas pelas mágoas, produzidas em decorrência das lesões íntimas. (Dano Moral. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 81).

É de se consignar que inexiste um parâmetro legal para se quantificar o valor de uma indenização por dano moral. A fixação da reparação é tarefa atribuída ao julgador, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atender a alguns parâmetros, quais sejam, a posição social da vítima, o grau de culpabilidade do agressor, as conseqüências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter um sentido punitivo ao lesante.

Assim, diante de todos esses elementos a serem verificados para o arbitramento do dano moral, tendo em vista as particularidades do caso, os danos narrados acima e a condição econômica do réu, delegado de policia, hei por bem fixar a indenização a ser paga à autora no montante de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso, que no caso ocorreu quando a autora tomou conhecimento do adultério, ou seja, dezembro de 2009, conforme nos termos da Súmula 54 do STJ, e correção monetária a incidir da data deste julgamento, nos termos da Súmula 362 do STJ.

6. Litigância de Má-fé

Por fim, não deve ser acolhida a pretensão de condenação do réu ao pagamento de multa por litigância de má-fé, pois o Código de Processo Civil considera que a parte é litigante de má-fé quando, *in verbis:*

> "Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
>
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - alterar a verdade dos fatos;
>
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> Vl - provocar incidentes manifestamente infundados.
>
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

> Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou".

Também cuidou de tratar dos deveres da parte, inclusive da lealdade processual, rezando o seguinte:

> "Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
>
> I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
>
> II - proceder com lealdade e boa-fé;
>
> III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
>
> IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.
>
> V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final".

Assim, sempre que restar caracterizada a litigância de má-fé, o *improbus litigato*r será obrigado a indenizar, sendo perfeitamente possível a cumulação da pena prevista no artigo 18, do CPC com a do artigo 14, do CPC, já que "os bens jurídicos ofendidos e seus titulares são diferentes: o dever de não causar embaraço ao exercício da atividade jurisdicional e o Estado-juiz (contempt of court) e o dever de probidade e a parte prejudicada (litigância de má-fé)" (Código de Processo Civil e Legislação Extravagante. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 217).

Os juristas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery conceituam litigante de má-fé como:

> "A parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimento escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no 14 do CPC. Responde por perdas e danos processuais aquele que age de má-fé, independentemente do resultado da demanda. Até o vencedor pode ser reputado litigante de má-fé e condenado a indenizar a parte contrária". (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 8 ed., São Paulo: RT, 2004, p. 432.).

In casu, verifica-se que a atuação do demandado não se presta a caracterizar litigância de má-fé, notadamente porque não agiu com deslealdade processual, até mesmo porque a má-fé, ao contrário da boa-fé, não se presume, devendo ser efetivamente demonstrada, o que não ocorreu no caso.

Na verdade, infere-se que o réu não utilizou a demanda com dolo; mas somente tentou defender um direito que entendia existir e, por isso, não deve ser condenado na multa prevista no artigo 18 do Diploma Processual Civil.

7. Impugnação a gratuidade judiciária concedida em favor do réu.

A pretensão em questão não pode ser conhecida, pois a impugnação da concessão de justiça gratuita deve ser feita nos termos do § 2º do art. 4º da Lei n. 1.060/50, que determina o seu processamento em autos apartados.

Aliás, nesse sentido, já se manifestou esta Corte Julgadora, senão vejamos:

> "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - REDISCUSSÃO DA INCIDENTAL DE IMPUGNAÇAO À JUSTIÇA GRATUITA JULGADA IMPROCEDENTE - IMPOSSIBILIDADE - MEIO INADEQUADO -MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA - FIXAÇÃO NOS TERMOS DO § 4º DO ART. 20 DO CPC - APRECIAÇÃO EQÜITATIVA - VALOR MANTIDO - RECURSO IMPROVIDO. **A impugnação aos benefícios da justiça gratuita, se trata de ação incidental, que não pode ser discutida em sede de recurso interposto contra sentença dos autos principais,** ainda mais quando o incidente já foi julgado improcedente. Inexistindo sentença condenatória, os honorários advocatícios de sucumbência são fixados com fulcro no § 4º do artigo 20 do CPC, observados os critérios estabelecidos nas alíneas a, b e c do § 3º do mesmo dispositivo legal.Recurso improvido." (Apelação Cível - Ordinário - N. 2006.000490-3⁄0000-00 - Campo Grande. Terceira Turma Cível. Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Publicação: 31/03/2006. Nº Diário: 1) - grifo nosso.

E ainda:

> "EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE – PRECEDENTES DO STF – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – ART. 1.483 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, ATUAL ART. 819 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – SÚMULA 214 DO STJ – PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO – FALTA DE ANUÊNCIA DO FIADOR – RESPONSABILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE A QUESTÃO – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À LITERALIDADE DA LEI – SÚMULA 343 DO STF – CARÊNCIA DE AÇÃO –EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – IMPUGNAÇÃO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.
>
> Em se tratando de ação rescisória, não se impõe o requisito do prequestionamento.
>
> Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei quando a decisão rescindenda tiver se baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula 343/STF).
>
> **A impugnação da concessão de justiça gratuita deve ser feita nos termos do § 2º do art. 4º da Lei n. 1.060/50, que determina o seu processamento em autos apartados."** (Ação Rescisória - N. 2006.018306-5/0000-00 - Campo Grande. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves. Julgamento: 12/11/2007).
>
> "A impugnação da justiça gratuita deve ser feita nos termos do § 2º do art. 4º da Lei n. 1.060/50, que determina o seu processamento em autos apartados" (Apelação Cível - Ordinário - N. 2006.019011-8/0000-00 - Campo Grande – Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, 3ª Turma Cível, DJ 5.3.07).
>
> "A impugnação à concessão da justiça gratuita deve ser ofertada de modo adequado aos parâmetros do art. 4º, § 2º, da Lei 1.060⁄50, não podendo ser no bojo da impugnação aos embargos" (Apelação Cível - Execução - N. 2004.011079-0⁄0000-00 – Aquidauana - Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 4ª Turma Cível, DJ 18.10.05).

Assim, considerando que a autora/recorrente se vale de via imprópria para impugnar a gratuidade judiciária deferida em favor do recorrido, consoante dispõe o art. 4º, § 2º, da Lei n. 1.060/50, a pretensão recursal em questão não deve ser conhecida.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do apelo apresentado pelo réu **Walmir Rohod Lino,** e dou-lhe parcial provimento apenas para lhe deferir a tutela antecipatória requerida para que, com isso, haja a imediata devolução do veículo Palio/Fiat, cuja placa é HTC 0827, em seu favor, mantendo-se os demais termos da sentença refutada.

No que tange ao apelo apresentado pela autora **Katiany Jacinto de Oliveira**, conheço-o, em parte e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento apenas para, em reformando do "decisum" proferido pelo Juízo "a quo", condenar o demandado **Walmir Rohod Lino** ao pagamento de indenização a título de dano moral, em favor da autora, que arbitro em R$20.000 (vinte mil reais), acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mê, a contar de dezembro de 2009, nos termos da Súmula de n.º 54 do STJ, e correção monetária a incidir da data deste julgamento, nos termos da Súmula 362 do STJ, mantendo-se os demais termos do "decisum".

Por consequência, deve ser mantido a distribuição do ônus de sucumbência e honorários advocatícios fixados na sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso de W. R. L., conheceram em parte do apelo de K. J. de O. e deram-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0049653-75.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL EDIFICADO SOBRE IMÓVEL PÚBLICO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – MÉRITO – DIREITO DE INDENIZAÇÃO INDEVIDO – POSSE PRECÁRIA – AUSÊNCIA DE TÍTULO – OMISSÃO QUE NÃO CONVALIDA A POSSE PRECÁRIA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I - Sendo o bem público insuscetível de apossamento pelo particular, a permanência deste naquele, por mera tolerância da administração pública, não cria direito de indenização por eventuais benfeitorias nele realizadas, vez que a posse é viciada em sua origem.

II - O prolongado tempo de posse do apelante não convalida a posse precária deste, sobre imóvel público, a justificar o direito de indenização por benfeitorias nele realizadas.

III - Se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pelo recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Edevaldo Santurião Gonçalves, inconformado com a sentença de improcedência proferida pelo juízo da 2ª vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Capital, nos autos da ação de indenização por dano materiais ajuizada em face do **Município de Campo Grande, MS** (f. 86-94), interpôs recurso de apelação (f. 96-110)

Afirma que ajuizou a presente demanda visando ser indenizado pelos danos materiais que lhe foram causados pela demolição de benfeitorias que edificou sobre terreno de propriedade do Município apelado.

Menciona que morou por mais de 20 (vinte) anos no terreno, localizado na Rua Globo de Ouro, nº 380, Jardim Aero Rancho, nesta Capital, onde construiu duas casas de alvenaria, avaliadas em aproximadamente

R$107.800,00 (cento e sete mil e oitocentos reais) e que foi surpreendido, sem prévio aviso, com a demolição de tudo que estivesse no local.

Preliminarmente, requer a anulação da sentença, ao argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, argumentando que no caso *sub judice* era necessária a designação de audiência de instrução e julgamento para a oitiva das testemunhas arroladas e realização de perícia para avaliação do imóvel e sua correta localização.

No mérito, almeja a reforma da sentença, sob o fundamento de que restou comprovada a violação do direito a permitir a indenização pleiteada, uma vez que caracterizada a omissão do poder público em se opor face a ocupação do autor e sua família.

Alega que o município apelado não pode beneficiar-se de sua própria torpeza, considerando a tolerância sobre a posse de boa-fé do apelante, argumentando que *o desconhecimento do cidadão de boa-fé, que ocupa imóvel público, deve-se à atuação omissa do poder público que, na maioria dos casos, se queda inerte por décadas* (f. 107).

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para que a sentença seja reformada, objetivando a indenização referente aos danos materiais causados pelo apelado ao apelante.

Prequestiona os arts. 1º, III e 6º da CF.

A parte apelada apresentou contrarrazões (f. 113-123), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO (EM 11.12.2012)

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Edevaldo Santurião Gonçalves em face da sentença de improcedência proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Capital, nos autos da ação de indenização por danos materiais ajuizada em face do Município de Campo Grande, MS (f. 86-94).

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo e passo à análise de seus fundamentos, por ordem de prejudicialidade.

I - Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa

O autor-apelante requer a anulação da sentença, ao argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, argumentando que no caso *sub judice* era necessária a designação de audiência de instrução e julgamento para a oitiva das testemunhas arroladas e realização de perícia para avaliação do imóvel e sua correta localização.

Compulsando detidamente os autos, entendo que melhor sorte não socorre o autor, porquanto, ao contrário do que defende, o julgamento antecipado da lide não configurou cerceamento de direito à prova, a medida que o juízo entendeu-se satisfeito com aquelas constantes dos autos para formação de seu convencimento, sendo desnecessária a dilação probatória.

Como cediço, é ao juiz, destinatário da prova, a quem incumbe decidir sobre a necessidade ou não de dilação probatória mais ampla ou, ao invés, julgar antecipadamente a lide, como no caso presente. De fato, entendendo que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu

livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

Ainda, pode o juiz entender, segundo seu arbítrio sobre o conjunto probatório, que as provas requeridas não serão úteis ao processo.

Nesse sentido leciona Antonio Carlos Marcato[1]:

> Constatado ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (da mihi facto, dabo tibi ius). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais.

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente Greco Filho[2]:

> O julgamento antecipado da lide, para Calmon de Passos, não é mais do que julgamento feito após a fase postulatória, por motivo de se haver colhido, nessa fase, todo o material necessário para formar a convicção do magistrado (art. 330, I), ou ocorrendo a revelia (art. 330, II)
>
> [...]

O objeto da prova é sempre o fato controvertido, pertinente e relevante. Se for incontroverso, não há necessidade de prova; tampouco se for irrelevante ou impertinente, pois então não alterará em nada o resultado da causa.

Assim, se o magistrado de primeiro grau entendeu que os fatos relevantes para o deslinde da causa já estavam suficientemente comprovados, tornando-se desnecessária a produção de mais provas, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa do autor pela ausência de dilação probatória, com o consequente julgamento antecipado da lide, não havendo falar-se, por via de consequência em nulidade da sentença.

Em tais circunstâncias, rejeito a preliminar.

II - Mérito

No mérito, o apelante almeja a reforma da sentença, sob o fundamento de que restou comprovada a violação do direito a permitir a indenização pleiteada, uma vez que caracterizada a omissão do poder público em se opor face a ocupação do autor e sua família.

Alega que o município apelado não pode beneficiar-se de sua própria torpeza, considerando a tolerância sobre a posse de boa-fé do apelante, argumentando que *o desconhecimento do cidadão de boa-fé, que ocupa imóvel público, deve-se à atuação omissa do poder público que, na maioria dos casos, se queda inerte por décadas* (f. 107).

Segundo a narrativa da inicial, o autor, ora apelante, manteve-se, por mais de 20 (vinte) anos, na posse de imóvel público pertencente ao Município apelado, localizado na Rua Globo de Ouro, nº 380, Jardim Aero Rancho, nesta Capital, nele edificando duas casas de alvenaria que avaliou no valor aproximado de R$107.800,00 (cento e sete mil e oitocentos reais).

1 **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas. 2004, pág. 983.

2 **Direito Processual Civil Brasileiro.** 14ª ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 169-170.

Pleiteia, assim, indenização material face a demolição perpetrada pelo município demandado.

Em contestação (f. 30-38), o apelado argumentou ser indevido o pleito autoral, por ausência de nexo causal a justificar a indenização pleiteada, sustentando que esta pauta em uma conduta ilícita e ilegítima do autor, ressaltando que o interesse particular não pode se sobrepor ao interesse público.

Aduziu, ainda, que a posse do autor advém de ocupação irregular de área pública, sem autorização especial, sendo defeso qualquer indenização por eventuais prejuízos que lhe foram causados.

A sentença recorrida, por sua vez, não acolheu a tese autoral e julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que a posse da área pertencente ao Município de Campo Grande pelo apelante é viciada, por ausência de qualquer tipo de ato administrativo apto a legitima-la e amparar o pretenso direito à indenização.

Analisando todas as circunstâncias que cercam o presente litígio, concluo que melhor sorte não socorre o apelante.

Isto porque, como cediço, os bens públicos possuem regime jurídico próprio, não sendo suscetíveis a prescrição aquisitiva, ou apossamento, já que a posse pública dos referidos bens deriva diretamente da lei, sendo-lhes aplicável as normas atinentes ao direito administrativo.

À luz das regras de direito público que regem a matéria, os bens públicos são indisponíveis, impenhoráveis, inalienáveis, não sujeitos à prescrição aquisitiva ou a qualquer oneração, sendo a posse destes derivada diretamente da lei, independentemente dos elementos próprios do direito privado.

Por outro lado, dispõe o art. 1.208, do Código Civil de 2002:

> Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

Neste sentido, segue a jurisprudência pátria:

> EMENTA: AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - OCUPAÇÃO DE BEM PÚBLICO - PERMANÊNCIA POR MERA TOLERÂNCIA - DIREITO POSSESSÓRIO - AUSÊNCIA. **O bem público é insuscetível de apossamento pelo particular, sendo que a permanência deste naquele, por mera tolerância da Administração, não cria direito possessório a ser defendido através dos interditos, que devem ficar restritos às lides entre particulares.** Recurso negado. (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0317.08.085726-9/001 - COMARCA DE ITABIRA. RELATORA DESª. SANDRA FONSECA. J. 31/05/2011)

> EMENTA - CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANUTENÇÃO DE POSSE. PRETENDIDA RETENÇÃO DO IMÓVEL E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS. INVIABILIDADE. BEM PÚBLICO. MERA DETENÇÃO. TOLERÂNCIA DA MUNICIPALIDADE PROPRIETÁRIA DO TERRENO. POSSE PRECÁRIA DOS PROPONENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO QUE SE IMPUNHA. PEDIDO CONTRAPOSTO DO REQUERIDO. ESBULHO INEQUÍVOCO PRATICADO PELOS AUTORES. REINTEGRAÇÃO DO ENTE PÚBLICO QUE ERA DE RIGOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Os autores ingressaram com a lide possessória sob o argumento de que adquiriram o imóvel em questão mediante justo título, do qual seriam possuidores de boa-fé desde então. Todavia, **como o terreno é de propriedade do município de Blumenau, não há falar em posse a ser mantida, tratando-se, pois, de mera detenção, o que torna inviável o pedido de retenção, bem como de indenização pelas benfeitorias realizadas.** 2. A respeito, o Superior Tribunal de

Justiça já decidiu que "a indenização por benfeitorias prevista no art. 1.219 do CC implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário. Inadmissível que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, pois seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que está em desarmonia com o Princípio da Indisponibilidade do Patrimônio Público" (REsp. n. 945.055/DF, rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 20-8-2009).

(TJSC. Apelação Cível n. 2010.030121-9, de Blumenau. Relator: Des. Vanderlei Romer. J. 25/11/2010)

EMENTA: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - BEM PÚBLICO - OCUPAÇÃO PRECÁRIA - PROCEDÊNCIA. - **A proteção possessória sobre bens públicos assume caráter publicista, cabendo invocar, para a análise da matéria, princípios gerais do direito público e da Teoria Geral do Direito Constitucional. Isso porque os bens públicos possuem regime jurídico próprio, não lhes sendo aplicáveis as regras do direito civil, mas as de direito administrativo.** (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.304035-6/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDUARDO ANDRADE – J. 24/08/2010)

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA, PERDAS E DANOS E COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA – POSSE INDIRETA – CARACTERIZADO ESBULHO – POSSE DE BEM PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE – NOTIFICAÇÃO – POSSUIDOR DE MÁ-FÉ – OBRIGAÇÃO DE RETIRADA DAS BENFEITORIAS – DANOS AMBIENTAIS – LEGITIMIDADE DO IBAMA APURAR A RECLAMAÇÃO – NÃO-PROVIDO. Não há que se falar em omissão ou tolerância por parte da companhia, porque **não se legitima a posse de bem público com o tempo, observado que com a desapropriação houve a transmissão do domínio, da posse, do uso, do gozo, da administração, dos direitos e ações, é dizer, de todos os aspectos da propriedade.** Quanto ao pedido de demolição das benfeitorias, tenho que, após a notificação os apelados passaram a possuidores de má-fé e, portanto, devem providenciar a retirada dos materiais, entulhos, construções e qualquer outra benfeitoria que ergueu na área no prazo de 90 dias, sem direito à indenização, haja vista a falta de pedido e o teor do dispositivo 1.220 do Código Civil. A discussão de perdas e danos ambientais é de legitimidade do IBAMA apurar e reclamar. (TJMS. Primeira Turma Cível. Agravo Regimental em Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2010.015166-9/0001-00 - Três Lagoas. Relator Des. Divoncir Schreiner Maran. J. 07/07/2010)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. BEM PÚBLICO. Estando indicada com precisão a área sobre a qual se busca a proteção possessória, não há que se falar em inépcia da inicial por falta de objeto. Tratando-se de bem público, a posse é inerente ao domínio, não havendo necessidade da demonstração da posse anterior pelo poder público. **A ocupação do bem público por particular se constitui em mera detenção, não gerando direitos possessórios.** Para haver composse, os direitos possessórios devem estar no mesmo plano jurídico. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70004519450, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 22/02/2005)

MANUTENÇÃO DE POSSE - USO ESPECIAL DE IMÓVEL PÚBLICO POR PARTICULAR - MERO ATO DE PERMISSÃO QUE NÃO INDUZ POSSE. **Não tem direito à proteção possessória através da ação de manutenção de posse o ocupante de bem público de uso especial, porquanto a ocupação configura mera permissão ou tolerância do Poder Público, nos termos do art. 1.208 do Código Civil.** (TJMG, Processo nº 1.0049.02.001055-6/001, Relator: Des. EDILSON FERNANDES, data da publicação 25.02.05)

E que não destoa da orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal de Justiça reconheceu que a área ocupada pelos recorridos é pública e não comporta posse, mas apenas mera detenção. No entanto, o acórdão equiparou o detentor a possuidor de boa-fé, para fins de indenização pelas benfeitorias. 2. O legislador brasileiro, ao adotar a Teoria Objetiva de Ihering, definiu a posse como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC). 3. O art. 1.219 do CC reconheceu o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, no caso do possuidor de boa-fé, além do direito de retenção. O correlato direito à indenização pelas construções é previsto no art. 1.255 do CC. 4. O particular jamais exerce poderes de propriedade (art. 1.196 do CC) sobre imóvel público, impassível de usucapião (art. 183, § 3º, da CF). Não poderá, portanto, ser considerado possuidor dessas áreas, senão mero detentor. 5. Essa impossibilidade, por si só, afasta a viabilidade de indenização por acessões ou benfeitorias, pois não prescindem da posse de boa-fé (arts. 1.219 e 1.255 do CC). Precedentes do STJ. 6. Os demais institutos civilistas que regem a matéria ratificam sua inaplicabilidade aos imóveis públicos. 7. **A indenização por benfeitorias prevista no art. 1.219 do CC implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário. Inadmissível que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, pois seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que está em desarmonia com o Princípio da Indisponibilidade do Patrimônio Público.** 8. O art. 1.255 do CC, que prevê a indenização por construções, dispõe, em seu parágrafo único, que o possuidor poderá adquirir a propriedade do imóvel se "a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno". O dispositivo deixa cristalina a inaplicabilidade do instituto aos bens da coletividade, já que o Direito Público não se coaduna com prerrogativas de aquisição por particulares, exceto quando atendidos os requisitos legais (desafetação, licitação etc.). 9. Finalmente, a indenização por benfeitorias ou acessões, ainda que fosse admitida no caso de áreas públicas, pressupõe vantagem, advinda dessas intervenções, para o proprietário (no caso, o Distrito Federal). Não é o que ocorre em caso de ocupação de áreas públicas. 10. Como regra, esses imóveis são construídos ao arrepio da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de demolição ou, no mínimo, regularização. Seria incoerente impor à Administração a obrigação de indenizar por imóveis irregularmente construídos que, além de não terem utilidade para o Poder Público, ensejarão dispêndio de recursos do Erário para sua demolição. 11. Entender de modo diverso é atribuir à detenção efeitos próprios da posse, o que enfraquece a dominialidade pública, destrói as premissas básicas do Princípio da Boa-Fé Objetiva, estimula invasões e construções ilegais e legitima, com a garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público. 12. Recurso Especial provido. (REsp 945055/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 20/08/2009)

> Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Manutenção de posse. Terra pública. Imóvel pertencente à Terracap. **1. O posicionamento do Tribunal está em perfeita harmonia com a jurisprudência da Corte, consolidada no sentido de que "a ocupação de bem público, ainda que dominical, não passa de mera detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do CC/1916)**" (REsp nº 146.367/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 14/3/05). 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 648.180/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 14/05/2007, p. 280)

Assim, sendo o bem público insuscetível de apossamento pelo particular, a permanência deste naquele, por mera tolerância da administração pública, não cria direito de indenização por eventuais

benfeitorias nele realizadas, vez que a posse é viciada em sua origem, como bem concluiu o magistrado de primeira instância.

Ademais, como bem consignado na sentença recorrida, *os autores já usufruíram do imóvel sem qualquer contraprestação, ou seja, beneficiaram-se de bem público de extensa área por anos sem ônus algum, sem mesmo responder por qualquer encargo tributário, o que caracteriza verdadeiro privilégio, pois houve uso prolongado e gratuito* (f. 93).

Não fosse isso, impende registrar que o prolongado tempo de posse do apelante não convalida a posse precária deste, sobre imóvel público, a justificar o direito de indenização por benfeitorias nele realizadas.

Dessa forma, restando comprovado que o apelante tratou-se de mero detentor de imóvel público, não há que se cogitar em indenização por danos materiais, sendo a manutenção da sentença de improcedência do pedido autoral, medida que se impõe.

III - Prequestionamento

No que tange ao prequestionamento dos arts. 1º, III e 6º da CF, entendo desnecessária qualquer manifestação adicional, uma vez que o presente acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

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" (ED n.º. 70000772947, TJRS – Desa. Genaceia Silva Alberton - julgado em 22/03/2000).
>
> Sendo esse entendimento corroborado por esta 3ª Turma 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 - Agravo Regimental em Agravo - N. 2009.034420-8/0001-00 - Campo Grande. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Turma Cível. J. 08/02/2010)

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 - Apelação Cível - Execução - N. 2008.028268-2/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Turma Cível. J. 01/02/2010)

Dessa forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pelo apelante.

IV - Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Edevaldo Santurião Gonçalves e, afastando a preliminar de cerceamento de defesa, **nego-lhe provimento**, para manter inalterada a sentença proferida pelo juízo *a quo*.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DO DIA 29/01/13, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. RUBENS B. BOSSAY). O RELATOR AFASTAVA A PRELIMINAR E NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO. O REVISOR SE RESERVA.

VOTO (EM 29.1.2013)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

Edevaldo Santurião Gonçalves, inconformado com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais que move em face do Município de Campo Grande, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado improcedente.

O apelante aduz preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, ao argumento de que se faz necessária a designação de audiência de instrução e julgamento para oitiva de testemunhas arroladas e realização de perícia para avaliação do imóvel.

No mérito sustenta que, por mais de 20 anos, e mediante tolerância da administração pública, ocupou o imóvel descrito na inicial, tendo nele realizado benfeitorias que devem ser indenizadas.

O e. Relator afasta a preliminar e no mérito nega provimento ao recurso.

Não tenho dúvidas em acompanhar o e. Relator.

Preliminar

De início, rejeito a preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa.

Constata-se dos autos que o conjunto probatório apresentado é suficiente para o julgamento da lide.

Não se pode olvidar que o juiz é o destinatário das provas, sendo que cabe a ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil. Se as provas constantes dos autos são suficiente para formar o convencimento motivado do juiz a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras provas.

Com efeito, cumpre esclarecer que se o processo se encontra apto a ser julgado e o magistrado entende ser desnecessária a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, à vista dos princípios da economia e celeridade processual.

Neste sentido não destoa o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONAB. DESCUMPRIMENTO DO ESTABELECIDO NOS AVISOS DE VENDA E COMPRA. MULTA PELO ATRASO NA ENTREGA DE MERCADORIAS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. **CERCEAMENTO DE DEFESA**. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 07/STJ. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 283/STF. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> I - Em relação ao julgamento antecipado da lide, não se detecta o alegado cerceamento de defesa, tendo em vista que o magistrado é livre para julgar a demanda, sem maior dilação probatória, desde que convicto de que os elementos que instruem o feito naquele instante sejam suficientes para esclarecer o que de pertinente e relevante havia de ser considerado para o desate da causa. Além disso, rever os fundamentos que levaram a tal entendimento demandaria reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.
>
> II - [...]. **(AgRg no Ag 1076360/PR - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO n.º 2008/0168899-3 – Relator: Ministro SIDNEI BENETI - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 17/02/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 05/03/2009 Ementa)"**
>
> "AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - CERCEAMENTO DE DEFESA COM O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – NÃO CONFIGURAÇÃO - INEXISTÊNCIA, ATESTADA PELA CORTE DE ORIGEM, DE COBRANÇA DE CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS - SÚMULA N. 07/STJ - INCIDÊNCIA - AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. Não há falar em cerceamento de defesa, quando o julgador, entendendo estarem os autos suficientemente instruídos, reputa desnecessária a produção de provas e julga antecipadamente a lide.
>
> 2. [...]
>
> 4. Agravo regimental improvido. **(AgRg no Ag 969494/DF - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO n.º 2007/0249790-5 – Relator: Ministro MASSAMI UYEDA - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 03/02/2009 - Data da Publicação/Fonte DJe 18/02/2009 Ementa)**

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante.

Em se tratando de bem público, a jurisprudência é firme em não admitir a posse sobre ele, constituindo a sua ocupação, mera detenção de natureza precária.

Por sua vez, a simples detenção precária não dá ensejo a indenização por acessões e benfeitorias, nem mesmo as ditas necessárias.

A respeito do tema, confiram-se os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E REAIS. RECURSO ESPECIAL. POSSE DE BEM PÚBLICO OCUPADO SEM PERMISSÃO. INVIABILIDADE. LIMINAR EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, TENDO POR OBJETO ÁREA OCUPADA HÁ MAIS DE ANO E DIA. POSSIBILIDADE.
>
> 1. O artigo 1.208 do Código Civil dispõe que "não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade".
>
> 2. A jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, é firme em não ser possível a posse de bem público, constituindo a sua ocupação mera detenção de natureza precária.
>
> 3. Portanto, no caso vertente, descabe invocação de "posse velha" (artigo 924 do Código de Processo Civil), para impossibilitar a reintegração liminar em bem imóvel pertencente a órgão público.
>
> 4. Recurso especial não provido. **(STJ. RESP 932971 / SP. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Quarta Turma. J: 10/5/2011).**
>
> ADMINISTRATIVO. JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO. BEM PÚBLICO. DECRETO-LEI 9.760/46 PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. BEM TOMBADO. ARTS. 11 E 17 DO DECRETO-LEI 25/1937. OCUPAÇÃO POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE RETENÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 100, 102, 1.196, 1.219 E 1.255 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. [...].
>
> 6. A ocupação, a exploração e o uso de bem público - sobretudo os de interesse ambiental-cultural e, com maior razão, aqueles tombados - só se admitem se contarem com expresso, inequívoco, válido e atual assentimento do Poder Público, exigência inafastável tanto pelo Administrador como pelo Juiz, a qual se mantém incólume, independentemente da ancianidade, finalidade (residencial, comercial ou agrícola) ou grau de interferência nos atributos que justificam sua proteção.
>
> 7. Datar a ocupação, construção ou exploração de longo tempo, ou a circunstância de ter-se, na origem, constituído regularmente e só depois se transformado em indevida, não purifica sua ilegalidade, nem fragiliza ou afasta os mecanismos que o legislador instituiu para salvaguardar os bens públicos. Irregular é tanto a ocupação, exploração e uso que um dia foram regulares, mas deixaram de sê-lo, como os que, por nunca terem sido, não podem agora vir a sê-lo.

[...].

9. Na falta de autorização expressa, inequívoca, válida e atual do titular do domínio, a ocupação de área pública é mera detenção ilícita ("grilagem", na expressão popular), que não gera - nem pode gerar, a menos que se queira, contrariando a mens legis, estimular tais atos condenáveis - direitos, entre eles o de retenção, garantidos somente ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil. Precedentes do STJ.

[...].

11. A apropriação, ao arrepio da lei, de terras e imóveis públicos (mais ainda de bem tombado desde 1937), além de acarretar o dever de imediata desocupação da área, dá ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais previstas na legislação, bem como à obrigação de reparar eventuais danos causados.

12. Aplica-se às benfeitorias e acessões em área ou imóvel público a lei especial que rege a matéria, e não o Código Civil, daí caber indenização tão-só se houver prévia notificação do proprietário (art. 90 do Decreto-lei 9.760/46).

13. Simples detenção precária não dá ensejo a indenização por acessões e benfeitorias, nem mesmo as ditas necessárias, definidas como "as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore" (Código Civil, art. 96, § 3°). [...].

17. Na ocupação, uso ou exploração de bem público, a boa-fé é impresumível, requisitando prova cabal a cargo de quem a alega. Incompatível com a boa-fé agir com o reiterado ânimo de se furtar e até de burlar a letra e o espírito da lei, com sucessivas reformas e ampliações de construção em imóvel público, por isso mesmo feitas à sua conta e risco.

18. Na gestão e controle dos bens públicos impera o princípio da indisponibilidade, o que significa dizer que eventual inércia ou conivência do servidor público de plantão (inclusive com o recebimento de "aluguel") não tem o condão de, pela porta dos fundos da omissão e do consentimento tácito, autorizar aquilo que, pela porta da frente, seria ilegal, caracterizando, em vez disso, ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), que como tal deve ser tratado e reprimido.

[...].

20. Recurso Especial não provido." **(STJ. RESP 808708 / RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. J: 18/08/2009).**

Do acima disposto, tem-se portanto que na ocupação, uso ou exploração de bem público, não é possível presumir a boa-fé, de modo que construções realizadas em imóvel público pelo ocupante, fica à sua conta e risco, não sendo passíveis de serem indenizadas.

Ante o exposto, acompanho o e. Relator.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0046842-79.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – PRELIMINAR ARGUIDA PELO APELADO E PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA AFASTADAS – SUPOSTO SUICÍDIO NÃO CONFIRMADO – ÓBITO DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS – INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 798, DO CC – PREMEDITAÇÃO NÃO COMPROVADA – ÔNUS DA SEGURADORA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não é intempestivo o apelo interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que não tenha a recorrente ratificado os termos da apelação posteriormente, sob pena de premiar o formalismo exacerbado.

Não existindo a identidade entre as ações propostas, não há se falar em litispendência.

A ausência de certeza quanto à ocorrência do suicídio, somada à interpretação jurisprudencial quanto à necessária comprovação da premeditação da conduta do segurado, são suficientes para determinar o pagamento do seguro contratado.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – ESPÓLIO – ILEGITIMIDADE ATIVA – APÓLICES NÃO ACOSTADAS AOS AUTOS – BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS – APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTO NO ARTIGO 792, DO CC – ORDEM OBEDECIDA – DIREITO DO CÔNJUGE RECONHECIDO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O espólio não tem legitimidade ativa para figurar no pólo ativo da ação de cobrança do seguro de vida.

Não identificado os beneficiários na apólice do seguro, deve ser respeitada a ordem prevista no artigo 792, do Código Civil, pelo qual o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar as preliminares e, no mérito negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Santander Seguros S.A., Gabriela Braz de Assis e espólio de Ari Bráz Dias Espólio, interpõem recursos de apelações cíveis contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 16ª Vara Cível desta Comarca, nos autos de ação de cobrança de n. 0046842-79.2010.8.12.0001.

Preliminarmente, Santander Seguros S/A alega que:

1- existe litispendência, pois há outra ação proposta pela autora, com idêntica causa de pedir da presente ação, autuada com o n. 0046844-49.2010.8.12.0001 (001.10.046844-7), em trâmite na 1ª Vara Cível desta Comarca;

2- há, ao mínimo, conexão entre as ações, sendo o juízo da 1ª Vara Cível competente para apreciar a presente ação;

No mérito, sustenta que:

1- a sentença deve ser reformada, pois não foi respeitado o período de carência de dois anos para as situações em que o óbito do segurado tenha se dado por suicídio;

2- aplica-se a regra prevista no artigo 798, do Código Civil;

3- descabe falar em premeditação, pois este somente é averiguado quanto à existência da garantia;

4- que a conclusão da polícia Civil da investigação acerca do ocorrido, considerou a hipótese como suicídio;

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido para reformar a sentença e inverter o ônus de sucumbência.

Contrarrazões às f. 369/371, pela qual a apelada alega a intempestividade do recurso, eis que não reiterados após a apreciação dos aclaratórios. No mérito, pugna pelo não provimento da súplica.

Por sua vez, Gabriela Braz de Assis aduz que:

1- o espólio de Ari Braz Dias tem legitimidade para figurar no pólo ativo da presente ação, pois é o representante da coletividade de seus herdeiros;

2- a ausência de apresentação das apólices do seguro pela requerida, mesmo quando intimada para fazer, sob pena de confissão, demonstra ser a autora a beneficiária da integralidade dos valores, razão pela qual deve a sentença ser reformada para julgar totalmente procedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 359/367, pela qual o recorrido pede pelo não provimento do reclamo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recursos de apelações cíveis interpostos por Santander Seguros S/A e Gabriela Braz de Assis visando reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 16ª Vara Cível desta Comarca, nos autos de ação de cobrança de n. 0046842-79.2010.8.12.0001.

Do recurso de apelação cível de Santander Seguros S/A.

- preliminar arguida em contrarrazões

Inicialmente, tenho por bem rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso ante a sua intempestividade.

Isto porque, não está fora do prazo o recurso de apelação interposto contra a sentença, no prazo de 15 dias, mesmo que não reiterado após a prolação da decisão que aprecia os embargos declaratórios também opostos contra a mesma sentença.

Exigir do apelante a reiteração de suas razões recursais após a decisão que julgou os embargos seria formalismo exagerado, mormente quando o aclaratório foi rejeitado, mantendo-se na íntegra a sentença proferida pelo juiz de primeira instância.

Assim, entendo que a apelação cível apresentada pelo requerido é tempestiva.

Por oportuno:

> "Não é intempestivo o apelo interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que não tenha a recorrente ratificado os termos da apelação posteriormente, sob pena de premiar o formalismo exacerbado". (Apelação Cível - Execução - N. 2012.015812-6/0000-00 - Naviraí. Quinta Câmara Cível. Tribunal de Justiça de MS. Relator Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgado em 5.7.2012).

Posto isto, rejeito a presente preliminar.

- preliminar arguida em apelação.

Em resumo, o apelante alega a litispendência entre a presente ação e a demanda registrada sob o n. 0046844-49.2010.8.12.0001 (001.10.046844-7), em trâmite na 1ª Vara Cível desta Comarca.

Sem razão.

Como é sabido, *dá-se a litispendência quando se repete ação idêntica a uma que se encontra em curso, isto é, quando a ação proposta tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato) (Nelson Ney Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª Ed., RT, 2010, p. 525).*

Na presente ação, a autora pretende o recebimento do seguro de vida em razão do falecimento do Sr. Ari Brás Dias, no dia 15 de agosto de 2009, considerando-se as apólices de n. 9300563 e 7110559. Na demanda de n. n. 0046844-49.2010.8.12.0001 (001.10.046844-7), em trâmite na 1ª Vara Cível desta Comarca, a ora autora também pretende o recebimento do seguro de vida em razão do falecimento do Sr. Ari Brás Dias, porém tem como objeto a apólice de n. 60686774, além de esta demanda ter sido ajuizada contra Real Tókio Marina Vida e Previdência S/A e Santander Seguros S/A (f. 253-260).

Assim, por não existir identidade nas demandas, não há se falar em litispendência.

Também descabe a alegada conexão, pois, ainda que ambas as ações tenham sido ajuizadas pela mesma parte objetivando o recebimento do seguro de vida, não é possível identificar a igualdade de causa de pedir ou de objeto que levem à modificação da competência.

Veja-se que a causa de pedir está fundamentada no fato da morte do segurado, porém em títulos diversos, sendo objeto de uma ação a apólice de n. 60686774 e objeto de outra demanda, as apólices de n. 9300563 e 7110559.

Ainda que assim não fosse, a competência decorrente da conexão é relativa, ou seja, se o julgador entendeu que não havia impedimentos para que pudesse analisar e processar a demanda, descabe remeter os autos ao juízo supostamente prevento, mormente quando a norma prevista no artigo 105, do CPC, estabelece uma parcela de discricionariedade na avaliação da intensidade da conexão, na gravidade resultante da contradição de julgados e, até, na determinação da oportunidade da reunião dos processos.

E mais, a finalidade da conexão é evitar que decisões conflitantes sejam proferidas no mundo jurídico. Ora, ao analisar as demandas, não há como ser proferida decisão que seja prejudicial uma da outra.

Assim, afasto a preliminar de litispendência e conexão arguida pelo apelante.

- mérito.

Em resumo, o apelante sustenta que, uma vez constado que o óbito do segurado decorreu de suicídio, durante o lapso temporal de dois anos, descabida a pretensão securitária, conforme redação do artigo 798, do Código Civil.

Com efeito, o artigo citado estabelece que "o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato".

Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que tal dispositivo de lei não deve ser interpretado em sua literalidade, devendo a seguradora comprovar que a conduta do segurado foi premeditada, ou seja, de que contratou de má-fé prevendo que seria beneficiado de forma fraudulenta. Vejamos:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - MORTE DO SEGURADO - SUICÍDIO - NEGATIVA DE PAGAMENTO DO SEGURO AO BENEFICIÁRIO - BOA-FÉ DO SEGURADO - PRESUNÇÃO - EXEGESE DO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - INTERPRETAÇÃO LITERAL - VEDAÇÃO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ, NA ESPÉCIE - A PREMEDITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DIFERE-SE DA PREPARAÇÃO PARA O ATO SUICIDA - APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 105/STF E 61/STF NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 RECURSO PROVIDO.
>
> I - O seguro é a cobertura de evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador.
>
> II - A boa-fé - que é presumida - constitui elemento intrínseco do seguro, e é caracterizada pela lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado.
>
> III - O artigo 798 do Código Civil de 2002, não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária.
>
> IV - O legislador procurou evitar fraudes contra as seguradoras na hipótese de contratação de seguro de vida por pessoas que já tinham a idéia de suicídio quando firmaram o instrumento contratual.

> V - Todavia, a interpretação literal ao disposto no art. 798 do Código Civil de 2002, representa exegese estanque, que não considera a realidade do caso com os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável obrigatoriamente aqui, em que se está diante de uma relação de consumo.
>
> VI - Uma coisa é a contratação causada pela premeditação ao suicídio, que pode excluir a indenização. Outra, diferente, é a premeditação para o próprio ato suicida.
>
> VII - É possível a interpretação entre os enunciados das Súmulas 105 do STF e 61 desta Corte Superior na vigência do Código Civil de 2002.
>
> VIII - *In casu*, ainda que a segurada tenha cometido o suicídio nos primeiros dois anos após a contratação, não há que se falar em excludente de cobertura, uma vez que não restou demonstrada a premeditação do próprio ato suicida.
>
> IX - Recurso especial provido. (Recurso Especial nº 1077342/MG Rel. Ministro Massami Uyeda - Terceira Turma J. 22.06.2010).

Na hipótese em exame, o conjunto probatório existente nos autos, além de não deixar cristalino a ocorrência do evento suicídio, pois o laudo pericial deu como causa da morte do Sr. Ari Bras Dias traumatismo craniano encefálico, sendo, inclusive, instaurado Inquérito Policial para investigar o suposto homicídio, também não comprovou que o segurado tenha premeditado o suicídio, ou que o tenha praticado de forma livre e deliberada, visando o pagamento da indenização.

O nosso ordenamento jurídico prestigia a boa-fé, e dentro deste contexto, não seria viável presumir que o segurado celebrou contrato com intenção de futuro suicídio.

Com amparo no artigo 422, do Código Civil, "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, o princípio da probidade e boa-fé", a qual deve ser observada tanto na fase pré-contratual e na execução, quanto na fase pós-contratual. Não deflagrada a má-fé do contratante segurado, ao firmar o contrato de seguro de vida, não se mostra razoável a conduta da seguradora em negar a cobertura devidamente convencionada.

Cabe anotar que o ônus da prova de tratar-se ou não de suicídio premeditado é da seguradora e não da autora, primeiro porque a alegação é sua (artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil); e, segundo, porque incide o inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se, portanto, de relação consumerista.

O Supremo Tribunal Federal, já definiu na Súmula n. 105 que: *"Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro."*

No mesmo sentido a Súmula n° 61, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, veja-se: "O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado."

E, ressalto, o entendimento jurisprudencial que prevalece é no sentido de que a regra contida no artigo 798, do Código de Processo Civil, não revogou a redação das súmulas supramencionadas e a interpretação deve ser conjunta de todos os comandos.

Assim, inexistindo prova da premeditação do suicídio, não se vislumbrando, em consequência, fraude contra a seguradora, devida a indenização perseguida o que implica na manutenção da sentença proferida em primeira instância.

Neste sentido:

> Seguro de vida em grupo. Indenização. Suicídio do segurado. Ausência de premeditação quando da aquisição da apólice. Ônus atribuído à seguradora, que dele não se

desincumbiu. Ainda que o segurado tenha cometido o suicídio nos primeiros dois anos após a contratação, não há exclusão da cobertura, porquanto não demonstrada a premeditação do suicídio. Manutenção da procedência. Recurso desprovido. (TJSP - 0015213-39.2006.8.26.0292 – rel. Des. Júlio Vidal - 28ª Câmara de Direito Privado. J. 18.9.2012).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR DA OFENSA À DIALETICIDADE – AFASTADA – PRESCRIÇÃO – REJEITADA – SEGURO DE VIDA – SUICÍDIO NO PERÍODO DE CARÊNCIA – PREMEDITAÇÃO NÃO COMPROVADA – ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL NÃO AFASTA DISPOSTO NAS SÚMULAS N. 61 DO STJ E 105 DO STF – DIREITO À COBERTURA – CORREÇÃO MONETÁRIA – RECUSA DO PAGAMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA – JUROS DE MORA – CITAÇÃO VÁLIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A simples repetição dos termos da contestação nas razões de apelação somente caracterizam irregularidade formal (violação ao princípio da dialeticidade) ao se afastarem do teor dos fundamentos da sentença, o que não se verificou na hipótese. 2. O recurso de apelação não ataca todos os fundamentos da sentença que afastaram a prescrição, subsistindo aquele irrecorrido. Ademais, há que se considerar também que, ainda que a tese recursal de mera suspensão do prazo pelo pedido administrativo, houve em menos de três anos a interposição de Ação Cautelar pelos ora apelados, o que inequivocamente interrompe a prescrição, nos termos do art. 202 do Código Civil. 3. O teor do art. 798 do Código Civil, consoante firme jurisprudência do STJ não afasta a incidência das Súmulas n. 61 do STJ e 105 do STF. Assim, ainda que o suicídio do segurado tenha ocorrido dentro do período de carência, não havendo prova da premeditação (como na hipótese versada), não é justa a recusa da cobertura pelo seguro de vida. 4. A correção monetária deve incidir desde o não pagamento na via administrativa, enquanto os juros de mora a partir da citação válida. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.033692-3/0000-00 - Bela Vista. Relator Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. Quinta Turma Cível – J. 24.11.2011).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA – SUICÍDIO – ANTES DO TRANSCURSO DE DOIS ANOS DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO SEGURO – PREMEDITAÇÃO NÃO DEMONSTRADA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO DO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Ocorrido o suicídio nos primeiros dois anos da vigência do contrato, chamado prazo de carência, a indenização somente não será devida somente se ficar demonstrado, de forma inequívoca, pela seguradora, que houve premeditação.

2. Nos termos do artigo 333, II, do CPC, não tendo a apelante se desincumbido de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora, cumpre manter o juízo de procedência do pedido indenizatório.

3. Não obstante o art. 798 do Código Civil, permanecem válidas as súmulas 105 do STF e 61 do STJ, fazendo-se necessária a comprovação da premeditação para justificar a negativa de cobertura de seguro contratado. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.015588-7/0000-00 - Campo Grande. Relator Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Câmara Cível – J. 19.7.2010).

Do recurso de apelação cível de Gabriela Braz de Assis

Primeiramente, vejo que o espólio de Ari Brás Dias não tem legitimidade ativa para pretender o recebimento do seguro em questão, pois, não havendo beneficiários definidos na apólice, a legitimidade

para pleitear a indenização securitária cabe às pessoas previstas no art. 792 do Código Civil, ou seja, a legitimidade é dos sucessores, o que não se confunde com o espólio.

Assim, correta a decisão em reconhecer a ilegitimidade ativa do espólio de Ari Brás Dias.

No mesmo sentido, uma vez não colacionadas aos autos as apólices do seguro de vida em questão (n. 9300563 e 7110559), não há como estabelecer quem seriam os seus beneficiários, de modo que a regra do artigo 792, do CC, deve ser respeitada.

> Art. 792. Na falta de indenização da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não puder prevalecer a que foi feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem de vocação hereditária.
>
> Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência.

Não há como prevalecer o entendimento da apelante, de ser considerada como verdadeiras as suas alegações, ante ao não cumprimento da determinação judicial em apresentar as apólices de seguro, pois a questão não envolve apenas interesses de autora e ré, mas eventuais terceiros que possam ser beneficiados com o seguro.

Além disso, o documento de f. 100 refere-se à apólice de seguro de vida de n. 6068674, objeto estanho à lide.

Assim, considerando-se a disposição constante no artigo 792, sendo direito da autora, esta deverá receber metade dos valores garantidos pelas apólices e, neste ponto, prospera a sentença que fixou tais quantias nos números informados na inicial, eis que a seguradora não se desincumbiu do encargo que lhe competia.

Por oportuno, vejamos os seguintes julgados:

> DIREITO CIVIL CONTRATO SEGURO DE VIDA BENEFICIÁRIOS CLÁUSULA DE INDICAÇÃO AUSÊNCIA ORDEM SUCESSIVA - ESPOSA E/OU FILHOS CÓDIGO CIVIL, ARTIGO 972 - No contrato de seguro de pessoas, na falta de indicação do beneficiário, a indenização será paga metade ao cônjuge não separado judicialmente, ou não existindo, aos herdeiros do segurado obedecida a ordem da vocação hereditária (TJSP - 0104863-77.2009.8.26.0006 – rel. Des. Clóvis Castelo - 35ª Câmara de Direito Privado – J. 14/05/2012).
>
> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - SEGURO DE VIDA - DÚVIDA SOBRE QUEM SERIA BENEFICIÁRIO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NA APÓLICE - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 792 DO CC. A finalidade da ação de consignação em pagamento é liberar o devedor de determinada obrigação, nas hipóteses em que haja recusa por parte do credor, ou em que haja dúvida acerca de quem deva legitimamente receber. O pagamento do capital segurado, quando ausente indicação de beneficiários, deverá ser feito em observância ao disposto no art. 792 do CC. Assim, a metade do valor deverá ser paga ao cônjuge ou companheiro, ao passo que a outra metade deverá ser destinada aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária. (TJMG – 0966350-93.2009.8.12.0194 – rel. Des.(a) Valdez Leite Machado – J. 09.02.2012).

Destarte, deve ser mantida a sentença nos termos proferidos.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço dos recursos interpostos por Santander Seguros S/A e Gabriela Braz de Assis e nego-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença ora recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e, no mérito negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0049058-76.2011.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL – CARTÃO DE DÉBITO – PROBLEMAS NA MÁQUINA – VALOR INDEVIDO DEBITADO DE SUA CONTA CORRENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Consumidor que não consegue efetuar compras com o cartão de débito devido a uma falha na máquina, mesmo assim teve o valor debitado indevidamente por duas vezes em sua conta corrente, porém o valor foi posteriormente estornado, não conduz na configuração de dano moral ou material, pois há ausência de prejuízos ou traumas causados ao agravante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, 12 de março de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Gustavo Sousa Fagundes interpõe Agravo Regimental em Apelação da decisão de f. 168-176, nos autos de ação de indenização por danos morais em que contende SDB - Comércio de Alimentos Ltda. (Fort Atacadista), a qual negou seguimento ao recurso de Apelação, devido a sua manifesta improcedência.

Aduz, em síntese, que:

1 – os danos materiais restam configurados, diante da impossibilidade de realizar compras, gastos com transporte, faltas no trabalho e despesas telefônicas, todos com objetivo de solucionar o problema gerado pela empresa; e

2 – não se trata de mero aborrecimento, sendo inegável o constrangimento causado decorrente do bloqueio do crédito, diante várias pessoas presentes, de modo que teve abalada sua reputação, configurando o dano moral.

Requer, desta feita, a reconsideração da decisão, a fim de reconhecer o direito à indenização por danos morais e materiais do agravante, e caso mantida, que seja submetido à apreciação da Egrégia Câmara.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Gustavo Sousa Fagundes, da decisão de f. 168-176, nos autos de ação de indenização por danos morais em que contende SDB - Comércio de Alimentos Ltda. (Fort Atacadista), a qual negou seguimento ao recurso de Apelação, devido a sua manifesta improcedência.

O recurso não merece provimento.

Ao negar seguimento ao recurso de apelação, a decisão objurgada consignou o seguinte:

> "A hipótese em exame dispensa o julgamento pelo Órgão Colegiado, por questão de economia processual, conforme determina o art. 557 do Código de Processo Civil, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior.
>
> Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Gustavo Sousa Fagundes contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nestes autos de ação de indenização, a qual julgou improcedente o pedido inicial.
>
> O apelante sustenta que no dia 08/04/2011 realizou compras no Fort Atacadista e por duas vezes ao tentar efetuar o pagamento mediante o uso de cartão magnético expedido pelo Banco do Brasil não logrou êxito em seu intento, sendo informado pela operadora de caixa que a operação não foi concretizada por insufiência de saldo.
>
> Entrementes, a recusa teria sido indevida, pois ao se dirigir até o caixa eletrônico da instituição financeira e de posse do mesmo cartão conseguiu sacar a quantia e promover a quitação de suas compras.
>
> Posteriormente, verificou que o montante, cuja operação havia sido recusada, foi debitado por duas vezes em sua conta.
>
> Entende que os fatos narrados além de causarem danos materiais, também lesionaram direitos de personalidade.
>
> Antes de adentrar ao mérito, por ordem de prejudicialidade passo a análise da preliminar arguída. [...]
>
> **II - Mérito**
>
> **1 – Dos danos materiais**
>
> No que atine aos danos materiais e morais, necessário esclarecer que para a configuração da responsabilidade civil, mister que estejam presentes concomitantemente três elementos, qual seja, a conduta, o dano, o nexo causal e a depender da espécie, o dolo ou culpa do agente causador.
>
> Os danos materiais podem ser conceituados como os valores que a vítima teve que despender em virtude da conduta danosa, além daqueles que deixou de perceber, ou seja, sua expectativa de ganho, o chamado lucros cessantes.
>
> A conduta dos apelados, conforme acima explainado, restou evidenciada, porquanto por uma falha no sistema o valor foi debitado por duas vezes de forma indevida da conta do apelante.

Ocorre, que não basta a espécie a existência de uma ação ou omissão do agente, sendo necessário que o ato acarrete danos e que haja um elo entre a conduta e o resultado.

Tem-se, portanto, que mesmo na ocorrência de um ilícito, fundamental a presença dos demais elementos da responsabilidade civil.

Infere-se, a partir do exposto, que o pleito indenizatório no que tange aos danos materiais não merece acolhida, eis que ausente provas a respeito do prejuízo experimentado. Senão vejamos:

O autor sustenta que os danos de ordem patrimonial encontram-se configurados pelo desconto indevido dos valores apontados na exordial, todavia em que pese a ausência de causa para o débito, é certo que poucos dias após o ocorrido o montante foi estornado para a conta corrente do apelante, conforme indica o extrato de f 28.

Do mesmo modo os supostos prejuízos indicados às f. 136/137, além de não poderem ser objeto de apreciação nessa via, eis que se trata de inovação recursal, encontram-se despidos de conteúdo probatório, uma vez que o apelante não trouxe qualquer prova a respeito dos gastos que suportou.

Não há como se presumir a ocorrência de dano material, o qual, como bem delineado pela doutrina e jurisprudência necessita de prova inequívoca:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – MANTIDA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA EM INSTITUIÇÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – MAJORAÇÃO DO VALOR DE INDENIZAÇÃO – **DANOS MATERIAIS NÃO CARACTERIZADOS – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO** – HONORÁRIOS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 21, DO CPC – RECURSO DO BANCO DO BRASIL IMPROVIDO – RECURSO DA REQUERENTE PARCIALMENTE PROVIDO. **[...]Para a reparação do dano material mostra-se imprescindível demonstrar-se o nexo de causalidade entre a conduta indevida do terceiro e o prejuízo patrimonial que foi efetivamente suportado, caso contrário a absolvição é medida que se impõe.** Na forma prevista no artigo 21, do Código de Processo Civil "se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas." (TJMS. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.018071-4/0000-00 - Três Lagoas.Relator - Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. J. 17/07/2012) g.n

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – DEVER DO ÓRGÃO JUDICIAL – PRELIMINAR REJEITADA – AÇÃO DENOMINADA DE RESCISÃO CONTRATUAL, MAS SEM PEDIDO CORRELATO – AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO DAS FATURAS – **AUSÊNCIA DE PROVA DE LUCROS CESSANTES** – DEVOLUÇÃO DE VALORES DECORRENTES DE AQUISIÇÃO DE APARELHOS DE TELEFONIA – DANOS MORAIS – COBRANÇAS DE MULTA POR CANCELAMENTO DO CONTRATO E DE SALDO RESIDUAL PARCELAMENTO DE EQUIPAMENTO – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E COMPENSAÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.[...] **4. A regra essencial da reparação dos lucros cessantes é que o prejuízo deve ser certo, real, efetivo, de sorte que o dano hipotético não a justifica.** 9. A sucumbência recíproca acarreta a compensação dos honorários e despesas, conforme dispõe o art. 21 do CPC. (TJMS.Quarta Câmara Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.018123-2/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira. J 16/06/2012) g.n

O autor, a seu turno, não se desincumbiu de seu ônus probatório, e mesmo sendo alçado a qualidade de consumidor, tal por si só não admite a inversão automática do ônus da prova, uma vez que tal instituto somente há de surgir quando averiguada as hipóteses legais, bem como em se tratando de prova difícil ou demasiadamente dispendiosa.

É certo, ainda, que mesmo nas hipóteses em que se admite de inversão do ônus da prova tal não significa que o consumidor poderá manter-se inerte, já que é seu ônus produzir todas as provas que estejam ao seu alcance, e não o fazendo deve responder pela sua omissão.

2 – Danos Morais

Em relação aos danos morais, tem-se que estes podem ser conceituados como ofensa a direito de personalidade, sendo certo que poderá ser objetivo, isto é independente de prova ou subjetivo, quando se fizer necessário a comprovação do dano, nexo e culpa em sentido lato.

Sendo assim, meros aborrecimentos ou dissabores, os quais estão sujeitos qualquer ser humano que viva no cerne social não têm o condão de configurar o dano moral, sob pena de banalizar-se o instituto, que de caráter pedagógico e reparatório passaria a ser mera causa de enriquecimento indevido.

No caso em apreço, o apelante não logrou êxito em comprovar a ocorrência de dano moral, limitando-se apenas em promover o pleito, sem que apresentasse os requisitos do ato ilícito, qual seja, a ação ou omissão do agente, a ocorrência do dano e o nexo causal.

Tratando-se, assim, de mero transtorno, acarretado pelo desconto indevido de valores, mas posteriormente estornados, tenho que a conduta não é capaz de ferir direito de personalidade.

Para que o débito sem autorização do consumidor, mas posteriormente devolvido, possa acarretar danos extrapatrimoniais, a parte deve comprovar que o fato além de ultrapassar as fronteiras da normalidade, acarretou transtornos de ordem psicológica, impingindo sofrimento desnecessário e descomunal..

A respeito do tema colaciona-se os seguintes julgados deste Tribunal:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CHEQUE CLONADO – IMEDIATO ESTORNO DO VALOR DEBITADO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO APTO A CARACTERIZAR A MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE JUSTIFIQUE O ALEGADO DANO MORAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. **I - Se a falha do banco ao compensar o cheque clonado foi devidamente sanada, uma vez que na mesma data verificou a fraude e, imediatamente, creditou o valor respectivo na conta bancária do autor, não resta caracterizada uma má prestação dos serviços a justificar a responsabilidade de indenização a título de dano moral, notadamente pela ausência de prejuízo experimentado pelo autor.II - Ainda, que o dano moral independa da efetiva existência de prejuízo material, por envolver violação a direitos inerentes à personalidade, isto é, os atributos de individualização da pessoa, tal como a liberdade, a honra, a reputação, nome, imagem etc., no presente caso nada disso ocorreu, pois os transtornos eventualmente amargados pelo autor limitaram-se em ir à instituição bancária informar a fraude e registrar o boletim de ocorrência juntado nos autos.** (TJMS. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.000857-7/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.) g.n

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – INSTRUMENTO PARTICULAR DE QUITAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO – DESCONTO EM CONTA CORRENTE DE DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA PELO CONSUMIDOR – MERO ABORRECIMENTO – DANOS MORAIS – NÃO OCORRÊNCIA – RESTITUIÇÃO DOS VALORES – FORMA SIMPLES – RECURSO IMPROVIDO. Não restando demonstrado a ocorrência de vícios de consentimento quando da celebração Instrumento Particular de Transação, Quitação, Sub-Rogação e outras Avenças, há de ser respeitado o estipulado entre as partes. **Constitui mero aborrecimento o desconto em conta corrente de dívida não contraída pelo consumidor, quando a instituição financeira, instada a manifestar com relação à questão, procede a restituição, de forma simples, do valor cobrado indevidamente.** (TJMS. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.011792-4/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay. J 15.05.2012) g.n [...]

Diante dessas razões, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso, por sua manifesta improcedência."

Pois bem, analisando as razões invocadas no regimental em confronto com os fundamentos da decisão atacada, infere-se que aquelas não são fortes o bastante para ser revisto o entendimento externado, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

No que tange a questão de fundo, objeto deste regimental, que é a caracterização dos danos materiais, vislumbro não haver comprovação do prejuízo material sofrido pelo agravante, muito menos a indicação de qualquer prova nos autos capaz de alterar o entendimento já explanado.

Em relação aos danos morais, a questão do bloqueio de crédito e posterior estorno não evidencia o dano moral, tratando-se de mero dissabor da vida diária, não produzindo trauma ao agravante.

Ante o exposto, resta evidenciado o fato do agravante não ter arrolado nenhum argumento capaz de infirmar o julgado ora hostilizado, limitando-se a reiterar argumentos anteriormente expendidos, o que não se mostra suficiente a ensejar o êxito de suas pretensões meritórias, mantenho a decisão pelos seus próprios fundamentos, e, por consequência, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 12 de março de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0806029-03.2012.8.12.0002/50000 - Dourados
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – APELAÇÃO – RETIFICAÇÃO DE NOME NO REGISTRO CIVIL – REGRA IMUTABILIDADE – PROVA DE SITUAÇÃO VEXATORIA – AUSÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – RAZÕES NOVAS – INEXISTENTES – REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O mero descontentamento dos pais que, ao escolherem o nome de sua filha, optaram por determinada grafia sem atentarem às possíveis pronúncias dela decorrente, as quais poderiam aborrecer aos genitores, não se caracteriza modo algum como situação vexatória.

Nega-se provimento ao recurso, se as razões do regimental não alteraram o entendimento anterior e, mormente, quando não demonstrado qualquer erro ou injustiça na decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Wanda Fagundes Rodrigues interpõe Agravo Regimental da decisão de f. 40-44, proferida nos autos de Retificação ou Suprimento ou Restauração de Registro Civil, de n. 0806029-03.2012.8.12.0002.

Aduz, em síntese:

1 - restar devidamente caracterizado o justo motivo para a alteração;

2 - ser possível afastar a imutabilidade do nome em caso de necessidade comprovada; e

3 - tratar-se o caso dos autos de erro na pronúncia, o que é corriqueiro na vida da agravante, que possui apenas 4 anos de idade, ensejando um abalo em sua identidade, pois ora é chamada de Uanda, ora chamada de Vanda.

Requer, desta feita, o conhecimento e o provimento da presente, a fim de reformar a decisão proferida, determinando que seja retificada sua Certidão de Nascimento para Uanda Fagundes Rodrigues, substituindo a consoante W pela vogal U em seu prenome (f. 01-06).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Wanda Fagundes Rodrigues da decisão de f. 40-44, proferida nos autos de Retificação ou Suprimento ou Restauração de Registro Civil, de n. 0806029-03.2012.8.12.0002.

A irresignação recursal não prospera.

Examinando as razões elencadas em sede de Regimental não vislumbro qualquer descompasso com as premissas lançadas pela decisão monocrática, acerca da ausência de erro na grafia que possa colocar a requerente em situação vexatória e quanto ao fato de pessoas, que não fazem parte do convívio familiar da menor, pronunciarem de forma diversa daquela pretendida pelos genitores.

Como é cediço, na língua portuguesa, a letra 'W' pode ter o som de 'V' ou 'U', ao registrar a criança, os pais deveriam ter observado a pronúncia e evitado possíveis transtornos, os quais não caracterizam as necessárias situações constrangedoras ou vexatórias que permitam a modificação do prenome.

O fato do genitor da recorrente afirmar que a registrou com o nome de Wanda Fagundes Rodrigues, porém, pretendia que fosse chamada (foneticamente) de "Uanda" e não de "Vanda" como muitos fazem, não é motivo, por si só, para autorizar a retificação do registro civil.

A situação apontada demonstra o mero descontentamento dos pais que, ao escolherem o nome de sua filha, optaram por determinada grafia sem atentarem às possíveis pronúncias dela decorrente, as quais poderiam aborrecer aos genitores, mas de modo algum se caracterizam como vexatórias.

Em que pesem os argumentos trazidos, a decisão recorrida merece ser mantida por seus próprios fundamentos a seguir transcrito, haja vista que muitos pontos sequer foram combatidos pelo regimental, conforme se denota:

> "Importante atributo de identificação da pessoa natural é o nome, "sinal verbal que identifica imediatamente, e com clareza, a pessoa a quem se refere", não só aquele que se recebe pelo registro, mas também o que utilizado licitamente no cotidiano, na vida privada ou pública e em suas manifestações artísticas e literárias, individualiza o indivíduo na sociedade, indica sua origem e integra a sua personalidade.
>
> Tamanha a importância do nome que o art. 16, do Código Civil, dispõe que toda pessoa tem direito a um nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, que constarão do assento de nascimento (art. 54, § 4º, da Lei n. 6.015/73) .
>
> Ainda no citado diploma, o artigo 19 expressamente confere proteção ao pseudônimo e seus acessórios como a alcunha (apelido), o hipocorístico (designação carinhosa, geralmente pelos íntimos), os títulos de identificação e honoríficos (títulos acadêmicos, profissionais e de nobreza), os sinais figurativos (como o sinete, com as iniciais da pessoa, e o brasão ou escudo, com os símbolos da família), e o nome artístico.
>
> Embora persista a regra da definitividade do nome no registro civil, estabelecido por ocasião do nascimento, é possível a sua modificação diante do seu caráter de direito da personalidade, pois muitas vezes o prenome escolhido pelos pais trazia ao seu detentor graves problemas psicológicos, e assim já se vinha autorizando a retificação judicial, vedando-se ao oficial do registro civil registrar prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores (art. 55, parágrafo único, da Lei 6.015/73).

A atual redação do art. 58, da Lei 6.015/73 admite a substituição do prenome por apelidos públicos notórios, e o art. 56 ao ser atingida a maioridade, no prazo de um ano, por iniciativa do interessado, sem que prejudique o sobrenome.

Porém, na forma do art. 57, da Lei de Registros Públicos, "a alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei".

No caso, inexiste motivação suficiente para a retificação pretendida. Primeiro, porque não existe erro na grafia que possa colocar a requerente em situação vexatória. Segundo, porque o fato de pessoas, que não fazem parte do convívio familiar da menor, pronunciarem de forma diversa daquela pretendida pelos genitores não é motivo, por si só, para autorizar a retificação do registro civil.

Veja-se que o genitor da requerente afirma que a registrou com o nome de Wanda Fagundes Rodrigues, porém, pretendia que fosse chamada (foneticamente) de "Uanda" e não de "Vanda" como muitos fazem.

Sendo sabido que na língua portuguesa a letra 'W' pode ter o som de 'V' ou 'U', ao registrar a criança, os pais deveriam ter observado a pronúncia e evitado possíveis transtornos, os quais não caracterizam as necessárias situações constrangedoras ou vexatórias que permitam a modificação do prenome.

A situação dos autos demonstra o descontentamento dos pais que, ao escolherem o nome de sua filha, optaram por determinada grafia sem atentarem à possíveis pronúncias dela decorrente.

Assim, certo de que a hipótese fática dos autos não caracteriza nenhuma das situações que possam autorizar a retificação do registro civil, deve ser mantida a sentença nos termos proferida.

[...]

Diante do exposto e contra o Parecer, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso, por sua manifesta improcedência."

Não vislumbro motivos para rever o posicionamento adotado. Reexaminei os autos e não me convenci da necessidade de modificar o teor da decisão, pois a agravante não trouxe fundamentos novos, limitando-se a repetir os argumentos já expostos anteriormente, os quais já foram suficientemente apreciados na decisão monocrática.

A propósito, colho a seguinte:

A regra da inalterabilidade relativa do nome civil preconiza que o nome (prenome e sobrenome), estabelecido por ocasião do nascimento, reveste-se de definitividade, admitindo-se sua modificação, excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas em lei ou reconhecidas como excepcionais por decisão judicial (art. 57, Lei 6.015/75), exigindo-se, para tanto, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros. (REsp 1138103 / PR - rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - Quarta Turma – J. 06.09.2011 – DJe 29.09.2011).

REGISTRO CIVIL RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO Prenome Alteração Possibilidade, em princípio, "por exceção e motivadamente" (art. 57 da L.R.P.) Necessidade de explicitação, pelo requerente, do motivo para a modificação e de prova

da alegação Hipótese em que insuficiente o motivo alegado Supressão de parte do nome original (Christian, para Chris) que poderá gerar dúvida em sua identificação Ausência de motivo justo Decisão mantida. Apelo não provido. (TJSP - 9122286-80.2007.8.26.0000 - rel. Des. João Carlos Saletti - 10ª Câmara de Direito Privado – J. 02.10.2012)

APELAÇÃO CIVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DE PRENOME. INEXISTENCIA DE MOTIVAÇÃO. A alteração do nome só pode ser permitida de forma excepcional e justificada. Se o nome não provoca prejuízo, nem expõe a pessoa ao ridículo, não é caso para retificação. Pretensão fora das hipóteses permitidas pela Lei de Registros Públicos (artigos 56 e 57). RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70049034341, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 05/07/2012)

Como se vê, as razões apresentadas neste recurso foram devidamente analisadas na decisão invectivada.

Ante o exposto, nego provimento ao presente Agravo 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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 05 de fevereiro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0002415-10.2010.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DIVÓRCIO – NOME DE CASADO – CÔNJUGE NÃO FORMULA PEDIDO PARA VOLTAR A USAR NOME DE SOLTEIRA – AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO QUANTO À CULPA PELA SEPARAÇÃO – MANTENÇA DO NOME DE CASADO – PREQUESTIONAMENTO - RECURSO DESPROVIDO.

Inexistindo requerimento do cônjuge que adotou o nome do outro para voltar a usar o nome de solteiro e, tampouco, havendo discussão acerca da culpa quanto à separação, deve ser resguardado o direito à manutenção do nome de casado.

Para o cabimento dos recursos excepcionais é indispensável que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não sendo necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei na decisão recorrida, para que se tenha a matéria como prequestionada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

VALDEVINO DOS SANTOS LOPES, irresignado com a sentença que, nos autos referentes à ação de divórcio direto por ele ajuizado em face de **TEREZINHA DOS SANTOS LOPES**, julgou parcialmente procedentes seus pedidos, interpõe recurso de apelação (f. 70-82), objetivando a sua reforma.

Em síntese, alega que deve ser acolhido seu pedido para que a apelada volte a usar seu nome de solteira.

Argumenta que "a mulher agora divorciada não pode continuar mantendo um dos atributos da personalidade do homem com quem contraiu matrimônio quando não mais existir o vínculo do casamento, posto que com ele não mais pode ser identificada e tampouco com o núcleo familiar do ex-cônjuge." (f. 74)

Ressalta que a lei do divórcio determina que após o divórcio a mulher deve usar seu nome de solteira, salvo em casos excepcionais previstos em rol taxativo, hipóteses que não se amoldam ao caso em tela.

Colaciona julgados que aduz militar em favor de sua tese e formula prequestionamento.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso, para reformar a sentença recorrida, determinando que a apelada volte a usar o nome de solteira, qual seja, Terezinha dos Santos.

Em sede de contrarrazões (f. 88-94), a apelada é pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 104-111, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

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

VALDEVINO DOS SANTOS LOPES, irresignado com a sentença que, nos autos referentes à ação de divórcio direto por ele ajuizado em face de **TEREZINHA DOS SANTOS LOPES**, julgou parcialmente procedentes seus pedidos, interpõe recurso de apelação (f. 70-82), objetivando a sua reforma.

Em síntese, alega que deve ser acolhido seu pedido para que a apelada volte a usar seu nome de solteira.

Argumenta que "a mulher agora divorciada não pode continuar mantendo um dos atributos da personalidade do homem com quem contraiu matrimônio quando não mais existir o vínculo do casamento, posto que com ele não mais pode ser identificada e tampouco com o núcleo familiar do ex-cônjuge." (f. 74)

Ressalta que a lei do divórcio determina que após o divórcio a mulher deve usar seu nome de solteira, salvo em casos excepcionais previstos em rol taxativo, hipóteses que não se amoldam ao caso em tela.

Colaciona julgados que aduz militar em favor de sua tese e formula prequestionamento.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso, para reformar a sentença recorrida, determinando que a apelada volte a usar o nome de solteira, qual seja, Terezinha dos Santos.

Em sede de contrarrazões (f. 88-94), a apelada é pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 104-111, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

A controvérsia trazida a lume cinge-se em verificar se deve ser acolhido o pedido do apelante para que a apelada, com a decretação do divórcio, volte a usar o nome de solteira.

Folheando os autos, percebe-se que se cuida de ação de divórcio movida pelo autor/apelante contra a requerida/apelada, objetivando a dissolução do vínculo conjugal e a determinação para a apelada voltar a usar seu nome de solteira.

A apelada foi citada por edital, tendo-lhe sido nomeada curadora especial e, mesmo após o magistrado *a quo* ter determinado a expedição de ofícios e tendo sido realizadas buscas (f. 40-41), a apelada não foi encontrada.

Apreciando o feito, o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos, decretando o divórcio, mas, indeferindo o pleito para que a apelada volte a usar o nome de solteira.

Irresignado, o apelante interpôs o presente recurso de apelação.

Feito esse escorço, passo ao exame do mérito propriamente dito.

Pois bem, como é cediço o divórcio põe fim ao casamento, nos termos do art. 24 da Lei do Divórcio e do art. 1571, IV, do Código Civil de 2002. Por sua vez, o §2º do art. 1571 do CC/02 estabelece que "Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado".

Apesar dessa redação, ao contrário do entendimento do apelante, entendo que a regra é que quando ocorra o divórcio, haja a manutenção do nome patronímico acrescido pelo cônjuge.

A rigor, a supressão poderá ocorrer caso haja requerimento do cônjuge que assim desejar ou quando o cônjuge seja declarado culpado, exista requerimento do cônjuge inocente e tal não acarrete prejuízo para sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida ou dano grave reconhecido na decisão judicial, tudo nos termos do art. 1578 do CC:

> "Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:
>
> I - evidente prejuízo para a sua identificação;
>
> II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
>
> III - dano grave reconhecido na decisão judicial.
>
> § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.
>
> § 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado."

Em decorrência da aplicação desta regra, Theotônio Negrão e outros trazem julgado com o seguinte entendimento:

> "A conservação do nome de casado depende da opção do cônjuge que adotou o nome do outro ao casar, não podendo um exigir do outro a retomada imotivada do nome de solteiro. Inteligência do art. 1.578, § 2º, do Código Civil" (Código Civil e legislação em vigor. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 555).

Logo, em regra, quando do divórcio, o cônjuge permanece com o nome de casado, salvo expressa manifestação em sentido contrário ou quando for declarado culpado pela separação.

Sobre a matéria, esclarecedoras as lições de Cristiano Chaves de Farias e Neson Rolsenvald:

> "Assim sendo, a regra geral é que, tanto na separação, quanto no divórcio, o cônjuge permanecerá com o nome de casado, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Aliás qualquer ato de disposição com relação ao nome tem de ser expresso, não sendo possível a perda tácita ou presumida de um direito da personalidade (e o nome está enquadrado como tal, inclusive contemplado nos arts. 16 a 19 do Código Civil). Por isso, manter ou não, o nome de casado concerne à própria dignidade da pessoa, sendo-lhe inafastável e dependendo, fundamentalmente, de sua manifestação de vontade.
>
> Existem fundadas razões para tanto. É que, em se tratando de um verdadeiro atributo da personalidade, decorrente da necessidade de individualização da pessoa no seio social, compreende-se o motivo pelo qual o nome patronímico adquirido pelo casamento conta com proteção especial. Trata-se de direito da personalidade que, ao ser acrescido,

> agrega-se aos valores personalíssimos do titular, somente podendo lhe ser subtraído por sua expressa manifestação de vontade." (Direito das famílias. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 339-340)

Com efeito, não se pode olvidar se tratar o nome de direito da personalidade, de ponto essencial da dignidade da pessoa humana, razão por que deve ser bem protegido, não devendo ser subtraído quando esta não for a vontade do titular ou quando expressamente previsto pelo lei.

Transpondo tais conclusões para o caso em epígrafe, nota-se não ser possível acolher o pedido do apelante para que a apelada volte a usar seu nome de solteira. Isso porque, como visto, a apelada sequer foi encontrada, tendo sido citada por edital, de modo que não há requerimento por ela formulado para voltar a usar o nome de solteira. De outro lado, em momento algum foi discutida a culpa pela separação, não incidindo portanto o regramento do art. 1.578 do CC/02.

A propósito, ao apreciar hipótese semelhante, o TJMG já decidiu que não deve ser determinado que a ex-cônjuge volte a usar o nome de solteira quando sequer tenha existido a discussão quanto a culpa pela separação, senão vejamos:

> "FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DESISTÊNCIA DA AÇÃO APÓS CONTESTAÇÃO. DISCORDÂNCIA DO RÉU. EXTINÇÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. DIVÓRCIO DECRETADO. MANUTENÇÃO DO NOME DE CASADA. POSSIBILIDADE. - Se o réu discorda do pedido de desistência da ação, o processo deve prosseguir mediante o julgamento do mérito da causa. - Sendo incontroverso que o casal já está separado de fato há mais de cinco anos e não havendo litígio quanto à partilha dos bens, a decretação do divórcio e meação dos bens é devida. - Assegura-se à virago a manutenção do nome de casada nos termos do previsto no art. 1.578, § 2º, do CC, porquanto na presente ação sequer se discutiu quanto à culpa de qualquer dos cônjuges pelo divórcio." (Apelação Cível 1.0024.10.227583-1/001, Rel. Des.(a) Alberto Vilas Boas, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/08/2012, publicação da súmula em 06/09/2012)

De mais a mais, tal qual assentando pela d. PGJ: "Vale ressaltar que a apelada mantém o sobrenome do apelante desde 26/02/1983 (fl. 09), ou seja, há 29 (vinte e nove) anos, de modo que a alteração, mormente sua a sua aquiescência, poderia lhe acarretar notáveis prejuízos." (f. 111)

Por fim, quanto ao prequestionamento formulado, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*. Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> "No princípio em estudo está contido o brocardo narra mihi factum, narro tibi ius, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz". (Princípios do Processo Civil, Livraria do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240)

Assim, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:

> "O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais" (Embargos de Declaração nº 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, J./12/1998, DJ-MS. 24/02/1999).

A propósito, eis o escólio de Nelson Nery Júnior:

> "Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida". (Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais, São Paulo: RT, 2001, p. 859)

Do dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Com o parecer.

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Valdevino dos Santos Lopes contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara nos autos da ação de divórcio movido em face de Terezinha dos Santos Lopes.

Acompanho o douto relator para negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença atacada.

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, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM O PARECER.

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. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0143169-91.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO C.C. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – AGRAVO RETIDO – NÃO CUMPRIMENTO DO ARTIGO 523, CPC – RECURSO NÃO CONHECIDO – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – INDENIZAÇÃO PELO USO E FRUIÇÃO DO BEM – CONTRATO DE LOCAÇÃO OU COMODATO – DÚVIDA – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – ART. 401, DO CPC E O ARTIGO 227, DO CC/02 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

- A não reiteração do agravo retido em razões ou contra-razões de apelação implica desistência tácita do recurso.

- O juiz tem o poder de ponderar sobre a necessidade da dilação probatória. Entendendo ele que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

- O Código de Processo Civil, em seu art. 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

- Por ser a locação um contrato oneroso, e caso não haja prova escrita de sua existência, o seu reconhecimento clama por provas mais contundentes, sendo bastante temerária a comprovação unicamente por prova testemunhal.

- O artigo 401, do CPC e o artigo 227, do CC/02 vedam a produção de prova exclusivamente testemunhal para confirmar a existência de contratos cujo valor exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, tal qual o caso dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, não conhecer do agravo retido, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.
Campo Grande, 5 de março de 2013.
Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

CARLOS ROBERTO DE SOUZA AMARO, irresignado com a sentença que, nos autos referentes à *ação de restituição por enriquecimento ilícito c/c indenização por perdas e danos* por ele ajuizada em face

de **SUELY APARECIDA CARRILHOS ALMÔAS FERREIRA e DIGITHOBRASIL ENGENHARIA DE SOFTWARES LTDA**, julgou improcedente os pedidos formulados na inicial, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Em suas razões recursais (f. 238-248), agita preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, já que pediu a produção de prova pericial para fins de comprovar os lucros cessantes e os danos emergentes, contudo, no despacho saneador, não houve pronunciamento judicial a esse respeito (f. 130-133).

No mérito, diz que "*a utilização do imóvel pelas apeladas é fato incontroverso nos autos, provado pelo depoimento da apelada Suely e da testemunha, após a venda das cotas sociais, a Apelada continuou na posse do bem, sem efetuar sua transferência nem qualquer contraprestação. A alegação de impedimento para transferência do imóvel que estava em garantia hipotecária impede transferência de imóvel. A garantia hipotecária não retira os direitos de propriedade (usar, gozar e vender). Portanto, a transferência foi uma decisão unilateral da ré Suely. Agora que arque com suas consequências*" (f. 243).

Menciona que não houve vontade do apelante em ceder o imóvel, razão pela qual não há de se falar em comodato, contrato que exige o elemento volitivo, ora inexistente.

Esclarece que "*ainda que fosse a intenção da realização de comodato com qualquer das partes, ou com terceiro, haveria a necessidade de existência da posse e domínio do imóvel. Os documentos que instruem o presente são provas cabais de que o apelante não detinha a posse ou domínio da coisa. O apelante visava na época justamente a realização da transferência do imóvel, para fins de uso*" (f. 244).

Destaca que *"como declarado pela advogada e sócia das Apeladas, após 2001 houve a realização de locação do imóvel à terceiro, descaracterizando por fim a alegação de comodato e corroborando a existência de enriquecimento ilícito, visto que o apelante não auferiu qualquer valor da locação realizada*" (f. 245).

Fundamenta que "*não tendo logrado êxito as apeladas em provarem o fato modificativo, e restando contundentemente provado o enriquecimento indevido por meio da utilização do imóvel, não há que se falar em configuração de comodato. Mormente, quando a jurisprudência pátria, conforme arestos supra transcritos, entende que havendo dúvida entre comodato e relação locatícia, deve prevalecer a relação locatícia*" (f. 247).

Objetiva a redução do valor dos honorários advocatícios fixado na sentença, que não encontra parâmetro com o valor da causa que atinge R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de acolher a preliminar de cerceamento do direito de defesa. No mérito, busca a reforma da sentença, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na inicial, e invertidas as verbas sucumbenciais. Alternativamente, caso a sentença seja mantida, pede a redução do valor dos honorários advocatícios.

Intimados, os recorridos ofertaram contrarrazões (f. 259-267), querendo a manutenção da sentença.

VOTO (EM 26.2.2013)

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

CARLOS ROBERTO DE SOUZA AMARO, irresignado com a sentença que, nos autos referentes à *ação de restituição por enriquecimento ilícito c.c. indenização por perdas e danos* por ele ajuizada em face

de **SUELY APARECIDA CARRILHOS ALMÔAS FERREIRA e DIGITHOBRASIL ENGENHARIA DE SOFTWARES LTDA**, julgou improcedente os pedidos formulados na inicial, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Em suas razões recursais (f. 238-248), agita preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, já que pediu a produção de prova pericial para fins de comprovar os lucros cessantes e os danos emergentes, contudo, no despacho saneador, não houve pronunciamento judicial a esse respeito (f. 130-133).

No mérito, diz que "*a utilização do imóvel pelas apeladas é fato incontroverso nos autos, provado pelo depoimento da apelada Suely e da testemunha, após a venda das cotas sociais, a Apelada continuou na posse do bem, sem efetuar sua transferência nem qualquer contraprestação. A alegação de impedimento para transferência do imóvel que estava em garantia hipotecária impede transferência de imóvel. A garantia hipotecária não retira os direitos de propriedade (usar, gozar e vender). Portanto, a transferência foi uma decisão unilateral da ré Suely. Agora que arque com suas consequências*" (f. 243).

Menciona que não houve vontade do apelante em ceder o imóvel, razão pela qual não há de se falar em comodato, contrato que exige o elemento volitivo, ora inexistente.

Esclarece que "*ainda que fosse a intenção da realização de comodato com qualquer das partes, ou com terceiro, haveria a necessidade de existência da posse e domínio do imóvel. Os documentos que instruem o presente são provas cabais de que o apelante não detinha a posse ou domínio da coisa. O apelante visava na época justamente a realização da transferência do imóvel, para fins de uso*" (f. 244).

Destaca que *"como declarado pela advogada e sócia das Apeladas, após 2001 houve a realização de locação do imóvel à terceiro, descaracterizando por fim a alegação de comodato e corroborando a existência de enriquecimento ilícito, visto que o apelante não auferiu qualquer valor da locação realizada*" (f. 245).

Fundamenta que "*não tendo logrado êxito as apeladas em provarem o fato modificativo, e restando contundentemente provado o enriquecimento indevido por meio da utilização do imóvel, não há que se falar em configuração de comodato. Mormente, quando a jurisprudência pátria, conforme arestos supra transcritos, entende que havendo dúvida entre comodato e relação locatícia, deve prevalecer a relação locatícia*" (f. 247).

Objetiva a redução do valor dos honorários advocatícios fixado na sentença, que não encontra parâmetro com o valor da causa que atinge R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de acolher a preliminar de cerceamento do direito de defesa. No mérito, busca a reforma da sentença, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na inicial, e invertidas as verbas sucumbenciais. Alternativamente, caso a sentença seja mantida, pede a redução do valor dos honorários advocatícios.

Intimados, os recorridos ofertaram contrarrazões (f. 259-267), querendo a manutenção da sentença.

DO AGRAVO RETIDO

Desde já, faz-se necessário esclarecer que o recorrente, no curso da demanda, interpôs recurso de agravo de instrumento (f. 147-154), convertido por esse Tribunal em agravo retido (f. 226-227).

Pois bem, com relação a esse agravo retido, não houve o cumprimento do disposto no *caput* do artigo 523, do Código de Processo Civil, vale dizer, os agravante/recorrente não fez requerimento expresso para que o Tribunal o conhecesse, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

Tal lição é bastante clara no escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> "[...] A não reiteração do agravo retido em razões ou contra-razões de apelação implica desistência tácita do recurso, impedindo o seu conhecimento pelo tribunal."(Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: RT, 2006).

Então, por ausência de pedido do agravante/recorrente em reafirmar seu interesse na apreciação do agravo retido, deixo de conhecê-lo.

Passo, então, à análise do recurso de apelação, iniciando pela preliminar ventilada pelo recorrente.

Da preliminar.

Da nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa

Quer o apelante seja reconhecido o cerceamento de seu direito de defesa porque pediu a produção de prova pericial para fins de comprovar os lucros cessantes e os danos emergentes, contudo, no despacho saneador, não houve pronunciamento judicial a esse respeito.

A meu ver, não está presente a nulidade afirmada.

Frise-se que o juiz tem o poder de ponderar sobre a necessidade da dilação probatória.

Entendendo ele que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas.

Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

Ainda, pode o juiz entender que as provas requeridas não serão úteis ao processo. Nesse sentido leciona Antonio Carlos Marcato:

> "Constatado ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (*da mihi facto, dabo tibi ius*). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais" (Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas. 2004, p. 983.)

Compulsando-se os autos, vê-se que o magistrado já formou seu convencimento com as provas produzidas nos autos, o que torna dispensável qualquer prática tendente a ampliar a instrução.

Está claro que a questão controvertida limitava-se em saber se havia o contrato de locação que justificasse a cobrança de valores a título de aluguéis. Por isso, não haveria necessidade de prova pericial para comprovar os lucros cessantes e os danos emergentes, já que o próprio recorrente indicou o valor dos aluguéis, e ele mesmo deveria indicar o montante dos danos emergentes e apresentar prova documental a esse respeito.

Assim, constato que, qualquer outra prova pleiteada seria inútil.

Portanto, afasto a preliminar de cerceamento de defesa agitada pelo apelante, passando ao mérito recursal.

Do mérito.

Por primeiro, fazem-se necessários alguns registros acerca da questão fática posta à apreciação.

Consta da inicial que em 02.01.2001, o recorrente vendeu suas quotas sociais da empresa A3A Informática Ltda para a primeira requerida Suely Carrilhos. Como parte do pagamento, o recorrente receberia o imóvel localizado na Rua Spipe Calarge, n. 291, Bairro Jardim TV Morena, nesta capital, matriculado sob o n. 127-402-A.

Apesar de o contrato ter sido entabulado no ano de 2001, o imóvel somente foi transferido em 06.03.2007.

Contudo, durante todo esse tempo, os recorridos teriam feito a ocupação do bem sem autorização do titular do domínio, que agora ajuíza a presente ação com o objetivo de receber remuneração pelo uso e fruição do imóvel durante esse período (17.04.2001 a 17.04.2007).

O valor cobrado, atualizado até janeiro/2008, totaliza a quantia de R$ 163.055,73 (cento e sessenta e três mil e cinquenta e cinco reais e setenta e três centavos).

Pois bem, a questão posta em discussão resume-se à existência ou não de relação locatícia entre as partes, já que os recorridos afirmaram que mantinham com o apelante mero contrato verbal de comodato.

É cediço que o contrato de Locação é aquele pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente o uso e o gozo de uma coisa infungível, mediante certa retribuição (Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2007).

Dentre os elementos que constituem o contrato de locação, tem-se o preço, consistente na remuneração para pelo locatário ao locador pelo uso da coisa.

Por outro lado, o comodato é o empréstimo de coisas infungíveis, tratando-se, portanto, de contrato a título gratuito. Diferente da locação, cria obrigações apenas para uma das partes, o comodatário (art. 579 e ss do CC).

O contrato de comodato, a toda evidência, aperfeiçoa-se por simples troca de vontades, ultimando-se pela entrega da coisa livre de qualquer remuneração.

Tanto o contrato de locação, quanto o de comodato, têm como característica a forma livre de ajuste, vale dizer, podem ser firmados por escrito ou oralmente. Contudo, é mais conveniente que sejam aperfeiçoados por escrito, para que não haja dúvida entre a existência de um ou de outro, já que ambos se aproximam pela similitude de suas características.

In casu, há dúvidas acerca da modalidade contratual firmada entre as partes, razão pela qual devo me socorrer as regras do ônus da prova.

Como é cediço, no ordenamento jurídico vige uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência.

O Código de Processo Civil, em seu art. 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Sobre o assunto, confiram-se as lições de Candido Rangel Dinamarco:

> "Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer as provas ao processo, ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras." (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 71)

Antonio Carlos Marcato ensina que:

> "Entende-se por ônus, enfim, a responsabilidade de prática de determinado ato como condição à produção de certo resultado dentro do processo, ou para a obtenção de um benefício em específico pelo interessado, quando não para evitar uma situação de desvantagem, enquadrando-se nessa categoria por exemplo o encargo da apresentação de defesa: o réu não está obrigado a se defender no processo civil, mas tem o ônus de fazê-lo caso queira ver criada controvérsia em torno dos fatos alegados pelo autor e caso queira ver consideradas pelo juiz circunstâncias que ele, réu, repute imprescindíveis à decisão da causa;
>
> [...]
>
> E é de ônus, enfim, que cuida o art. 333, ao dividir entre as partes o encargo de provar os fatos relevantes para a causa, conforme sua natureza; não estabelece a lei, aí, dever algum de prova, potencialmente sujeito a sanções, mas define a responsabilidade pela demonstração respectiva, caso queiram os interessados diretos vê-los considerados na decisão." (Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1001)

Dessa forma, quando o autor comprovar o fato constitutivo de seu direito, é ônus processual da parte ré demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do demandante.

Transpondo tais lições para o caso em epígrafe, percebe-se que a principal problemática da matéria ora debatida repousa na análise da prova produzida.

Veja que não há sequer início de prova acerca da existência de um contrato de locação a justificar o pagamento de indenização pelo uso e fruição do bem.

Pelo contrário, na verdade, o comportamento do apelante tornou totalmente duvidoso o vínculo locatício.

Ora, não é razoável que o proprietário permita que terceiro desfrute do imóvel, por vários anos (no caso, pelo período compreendido entre 17.04.2001 a 17.04.2007 – vale dizer, seis anos), sem pagar aluguel. Aliás, sem nem mesmo adotar as medidas judiciais pertinentes para a sua desocupação ou cobrança dos encargos locatícios.

Assim, tem-se que o contrato de locação não pode ser reconhecido por mera intuição ou suposição, especialmente se a alegação foi impugnada pela parte adversa (que afirmou ter ocorrido ajuste de comodato).

Veja que, inexistindo instrumento contratual, a locação verbal deve ser isenta de dúvida.

A toda evidência, por ser a locação um contrato oneroso, e caso não haja prova escrita de sua existência, o seu reconhecimento clama por provas mais contundentes, sendo bastante temerária a comprovação unicamente por prova testemunhal.

Frise-se, a prova testemunhal deve encontrar amparo nos demais elementos probatórios.

Sobre o tema, leciona Silvio de Salvo Venosa:

"Assim como todos os demais meios de prova, a prova testemunhal será avaliada dentro do conjunto probatório, ainda que se trate de testemunha única" (Código civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2010, p. 256.)

No entanto, da prova testemunhal colhida nos autos não emerge a certeza sobre a presença do vínculo locatício entre as partes.

A requerida Suely Aparecida informa que:

> "como parte do pagamento foi entregue o imóvel tratado nos autos pelo valor de R$ 120.000,00, salvo engano, que deveria entregue o imóvel imediatamente mas não o fez porque o bem estava penhora para garantia de um dívida que a Empresa Pantanal, da qual o autor era sócio [...] que essa dívida foi paga pelo autor e assim que informado da quitação entregou o bem ao Deputado Ary Rigo por determinação do próprio requerente; que este fato ocorreu no ano de 2003; que desde o ano de 2008 ocupa uma sala cedida pelo Deputado Ary Rigo; que o Deputado Ary Rigo não mais ocupa o imóvel pois o entregou em Dezembro/2010 [...]" (f. 193).

A testemunha Rosangela de Andrade Thomaz disse que "*não se recorda de algum momento o autor haver cobrado contraprestação pela ocupação do bem...*" (f. 194).

Portanto, apenas pelas provas colhidas não é possível precisar a existência de um contrato verbal de locação. O que se denota é o consentimento do apelante com o uso e gozo gratuito do bem pelos recorridos, o que desnatura o contrato de locação para o de comodato.

Ademais, mesmo que as testemunhas confirmassem a locação verbal, fato é que não deve ser admitida a prova exclusivamente testemunhal para o caso retratado nos autos.

Isso porque o artigo 401, do CPC e o artigo 227, do CC/02 vedam a produção de prova exclusivamente testemunhal para confirmar a existência de contratos cujo valor exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, tal qual o caso dos autos.

O valor total do negócio jurídico que o apelante cobrou nos autos, em outubro de 2007 (f. 36-37), era de R$144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais), que atualizado até janeiro de 2008 alcançou o importe de R$ 163.055,73 (cento e sessenta e três mil e cinquenta e cinco reais e setenta e três centavos) o que suplanta o teto referencial previsto na lei.

Logo, existindo dúvida sobre o real título da ocupação do imóvel, o resultado da lide não poderia ser diverso daquele retratado na sentença ora vergastada.

Como bem decidiu o juiz singular "*...a relação locatícia não se presume e deve ser cumpridamente provado, sob pena de considerar-se ocorrente o comodato, à mingua de qualquer outra justificativa para a posse exercida pelas rés"* (f. 232).

Portanto, a manutenção da sentença vergastada é medida que se impõe, diante da fragilidade das provas apresentadas pelo apelante no intuito de demonstrar o pacto locatício que diz ter firmado com os recorridos.

Diante do exposto, conheço do recurso e, nego-lhe provimento, mantendo-se irretocável a sentença de Primeira Instância.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. FERNANDO), APÓS O RELATOR NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO, AFASTAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 05.03.2013)

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

Trata-se de procedimento recursal de interposto contra decisão proferida pelo juízo da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação de restituição por enriquecimento ilícito c/c indenização por perdas e danos movida contra Suely Aparecida Carrilhos Almôas Ferreira e Digithobrasil Engenharia de Softwares Ltda.

Acompanho o preclaro Relator para afastar a preliminar de cerceamento de defesa, haja vista que a prova pericial pleiteada que tinha por objeto comprovar os lucros cessantes em nada alteraria os fatos já que a questão controvertida diz respeito à existência ou não de contrato de locação entre as partes.

No mérito, após ter reapreciado os autos em razão do pedido de vistas, concluo que não assiste razão ao apelante, já que inexistem provas do alegado contrato verbal de locação entre as partes, ônus que recaía sobre o autor em razão do disposto no inciso I do art. 333 do CPC.

Veja-se, a discussão dos autos cingiu-se em saber se a ocupação se deu em razão do alegado contrato verbal de locação ou de mero contrato verbal de comodato.

O contrato de venda das quotas sociais da empresa A3A Informática Ltda. para a primeira requerida Suely Carrilhos se perfectuou no ano de 2001, todavia o imóvel somente foi transferido em março de 2007 em razão do titular do domínio – ora apelante – ter autorizado a ocupação pela empresa. Isso é o que se conclui dos autos, haja vista a inexistência de provas no sentido de que tenha havido contrato de locação.

Dito isso, acompanho o insigne Relator para afastar a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, negar provimento ao apelo.

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, NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO, AFASTARAM A PRELIMINAR 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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 05 de março de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0602857-43.2012.8.12.0000/50000 - Corumbá
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – PENHORA DE IMÓVEL – BEM DE FAMÍLIA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – LOCAÇÃO DO BEM – UTILIZAÇÃO DOS RENDIMENTOS PARA ALUGUEL DE OUTRO BEM – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO BEM DE FAMÍLIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Mantém-se a decisão que deu provimento ao recurso de agravo de instrumento, reconhecendo a impenhorabilidade do imóvel por se tratar de bem de família.

2. A alegação de bem de família é matéria de ordem pública, podendo ser apreciada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

3. A Constituição Federal garante que todos os cidadãos tenham condições mínimas de sobrevivência e dignidade, considerando o direito à moradia como um direito social.

4. A impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado.

5. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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 janeiro de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Banco Bradesco S/A, irresignado com a decisão deste relator que, de plano, deu provimento ao recurso de agravo de instrumento manejado por **Luciano Cintra Sales, Glaucia da Rosa Sales,** interpõe recurso de agravo regimental.

Alega, em síntese, que não é possível o reconhecimento do bem de família em sede de processo de execução, mostrando-se necessária a utilização dos embargos do devedor.

Argumenta que *"não foi feita ampla produção de provas, respeitando-se o devido processo legal e o próprio direito de defesa o Agravante, pois deveria, por exemplo, ser oficiado à Receita Federal para verificação dos bens declarados pelos Agravados, na medida em que os mesmos podem ter outros bens fora da comarca de Corumbá/MS, que certamente foram declarados à Receita Federal"* (f. 02).

Menciona que o casal não reside no imóvel tampouco comprova que os rendimentos dele obtidos se prestam a sua subsistência, razão pela qual não é possível o seu reconhecimento como bem de família.

Por fim, pede o provimento do recurso com a reconsideração da decisão agravada.

VOTO

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

Banco Bradesco S/A, irresignado com a decisão deste relator que, de plano, deu provimento ao recurso de agravo de instrumento manejado por **Luciano Cintra Sales, Glaucia da Rosa Sales,** interpõe recurso de agravo regimental.

Alega, em síntese, que não é possível o reconhecimento do bem de família em sede de processo de execução, mostrando-se necessária a utilização dos embargos do devedor.

Argumenta que *"não foi feita ampla produção de provas, respeitando-se o devido processo legal e o próprio direito de defesa o Agravante, pois deveria, por exemplo, ser oficiado à Receita Federal para verificação dos bens declarados pelos Agravados, na medida em que os mesmos podem ter outros bens fora da comarca de Corumbá/MS, que certamente foram declarados à Receita Federal"* (f. 02).

Menciona que o casal não reside no imóvel tampouco comprova que os rendimentos dele obtidos se prestam a sua subsistência, razão pela qual não é possível o seu reconhecimento como bem de família.

Por fim, pede o provimento do recurso com a reconsideração da decisão agravada.

Conforme restou consignado na decisão recorrida, deve ser reconhecida a impenhorabilidade do bem objeto de constrição nos autos da execução, por se tratar de um bem de família.

A questão debatida ficou resolvida nos seguintes termos, *in verbis*:

> "[...]
>
> A hipótese em exame dispensa a análise do Órgão Colegiado, por questão de economia processual, haja vista que o artigo 557, § 1º-A, do CPC, permite que o relator dê provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores.
>
> O cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se o imóvel de matrícula n.º 18.450, do CRI de Corumbá, pertencente aos agravantes, deve ser considerado um bem de família e, portanto, impenhorável.
>
> A Lei n.º 8.009/1990, em seu artigo 1º, estabeleceu a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determinou que referido imóvel não responde por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, mais precisamente no artigo 3º, *in verbis*:

"Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

[...]

Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I) em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III) pelo credor de pensão alimentícia;

IV) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória e ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação".

A Constituição Federal de 1988, no seu Título II, apresenta direitos e garantias fundamentais: direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Nesse passo, a ordem jurídica constitucional tem por escopo, não só trazer as decisões políticas fundamentais, mas também proteger os direitos e garantias fundamentais de cada cidadão. Quando se fala em direito fundamental fazemos referência ao conjunto mínimo de direitos subjetivos que são considerados essenciais para que um ser humano possa viver com um padrão razoável de dignidade. Conceituando a expressão "direito fundamental", leciona José Afonso da Silva:

"Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados" (Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 178).

Assim, o legislador constituinte quis garantir que todos os cidadãos teriam condições mínimas de sobrevivência e dignidade. No intuito de aperfeiçoar o complexo rol de direitos fundamentais, o legislador cuidou de introduzir o direito à moradia dentre os direitos sociais que devem ser resguardados, o que o fez através da EC 26/2000. O texto constitucional, com a devida alteração trazida pela emenda, ficou com o seguinte teor:

"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Dessa forma, podemos afirmar que o direito à moradia constitui inegável direito social que encontra abrigo no rol dos direitos de segunda geração e que é um direito subjetivo de todo cidadão submetido ao ordenamento jurídico brasileiro. A palavra moradia, na forma como foi trazida pelo legislador constituinte, possui um conceito amplo que envolve a garantia de abrigo digno e salubre.

Logo, constata-se que a impenhorabilidade do bem de família não acautela tão somente o interesse particular, mas, também, e principalmente, o meio social porquanto há um interesse social de que as pessoas tenham um lar, sendo, tal matéria, de ordem pública.

Com relação ao tema, há algum tempo o STJ vem flexibilizando o dispositivo legal que trata da impenhorabilidade do bem de família, estendendo-a ao imóvel residencial alugado pelo devedor a terceiro, desde que se demonstre a utilização da renda obtida para a própria subsistência ou moradia da família.

Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 486 que reza: "É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família".

Ou seja, ainda que o bem imóvel que se pretenda penhorar não tenha lhes servido de moradia por determinado período de tempo, há que se ressalvar que a jurisprudência vem entendendo que, existindo um único imóvel constante no nome do devedor, este também deve ser considerado bem de família, ainda que não seja utilizado para a moradia do proprietário. Não se pode negar que mesmo estando locado, o imóvel gera frutos que possibilitam a constituição de moradia em outro bem alugado ou que garantam a subsistência da família.

É esse o entendimento que pode ser extraído dos seguintes julgados, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 486/STJ. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE SEUS PRESSUPOSTOS. SÚMULA N. 182/STJ.

1. A aplicação da Súmula n. 486/STJ demanda que o Tribunal de origem (i) reconheça ser o imóvel residencial o único bem do devedor e (ii) que a renda proveniente do aluguel do referido bem seja utilizada em prol da família.

2. Descabido o agravo regimental que não impugna todos os fundamentos da decisão agravada, a teor do disposto na Súmula n. 182/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ; AgRg no AREsp 215.854/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 16/10/2012)

"PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE.

O entendimento predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º da Lei n.º 8.009/90, se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se encontre locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou mesmo para garantir a sua subsistência. Precedentes.

Agravo regimental desprovido" (STJ; AgRg no Ag 679.695/DF; Relator: Ministro Felix Fischer; Órgão Julgador: Quinta Turma; Julgado em 11.10.2005, DJ 28.11.2005, p. 328).

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. PENHORA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

I. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar.

II. Agravo improvido" (STJ; AgRg no Ag 653.019/RJ; Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior; Órgão Julgador: Quarta Turma; Julgado em 17.05.2005, DJ 20.06.2005, p. 291).

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA DE IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. LOCAÇÃO A TERCEIROS. RENDA QUE SERVE A ALUGUEL DE OUTRO QUE SERVE DE RESIDÊNCIA AO NÚCLEO FAMILIAR. CONSTRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEI N. 8.009/90, ART. 1O. EXEGESE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado.

II. Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula n. 7 do STJ.

III. Agravo improvido" (STJ; AgRg no Ag 385.692/RS; Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior; Órgão Julgador: Quarta Turma; Julgado em 09.04.2002, DJ 19.08.2002, p. 177).

No caso dos autos, como já dito alhures, os agravantes são proprietários do imóvel de matrícula n.º 18.450, do CRI de Corumbá. Trata-se do único bem pertencente ao casal, conforme comprovado pelos documentos de f. 37-43.

Ademais, o contrato de locação de f. 46-51 comprova que o casal reside em imóvel alugado, cujo aluguel mensal foi estipulado em R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais – cláusula terceira).

Dessa forma, os devedores não podem ter penhorado seu bem de família para fins de adimplemento de dívida oriunda de contrato de empréstimo pessoal, devendo ser reconhecida e declarada a impenhorabilidade do imóvel.

Ante o exposto, com supedâneo no artigo 557, § 1º-A, do CPC, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para, em reformando a decisão recorrida, acolher a impugnação ofertada pelos devedores, reconhecendo a impenhorabilidade do bem imóvel registrado no CRI de Corumbá sob o n.º 18.450, declarando-o como bem de família e determinando o imediato levantamento da penhora que sobre ele recai.

[...]".

Inicialmente deve ser dito que não procede a afirmação de que a alegação de bem de família não pode ser trazida em sede de execução. Isto porque se trata de matéria de ordem pública, podendo ser analisada a qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 512 DO CPC. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO. IMÓVEL DOADO AOS FILHOS DO EXECUTADO EM USUFRUTO DA EX-CÔNJUGE. FRAUDE À EXECUÇÃO AFASTADA.
>
> 1. Não foi omisso o acórdão recorrido quanto à alegada supressão de instância, pois a Corte local entendeu que a tese daimpenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, suscitável a qualquer tempo e grau de jurisdição. Violação do art.
>
> 535 do CPC afastada.
>
> 2. A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública que não pode, nem mesmo, ser objeto de renúncia por parte do devedor executado, já que o interesse tutelado pelo ordenamento jurídico não é do devedor, mas da entidade familiar, que detém, com a Carta Política de 1988, estatura constitucional. Precedentes. Ausência de contrariedade ao art. 512 do CPC.
>
> [...]
>
> 5. Recurso especial não provido" (STJ; REsp 1059805/RS; Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 02/10/2008).
>
> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.
>
> 1. Não viola o artigo 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.
>
> 2. "A impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública e pode ser argüida até o fim da execução, mesmo sem o ajuizamento de embargos do devedor" (REsp 222823/SP, 3ª T., Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 06.12.2004).
>
> 3. Recurso especial a que de dá provimento" (STJ; REsp 640.703/PR; Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/09/2005, DJ 26/09/2005, p. 192).

Ademais, restou suficientemente demonstrado nos autos que o casal não possui outros bens imóveis registrados em seu nome, bem como utilizam os rendimentos obtidos com a locação deste bem para o pagamento dos alugueres do imóvel em que residem.

Portanto, outro remédio não há senão manter a decisão pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, por não merecer reparo o *decisum* censurado, 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. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0001111-05.2011.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – GUARDA MENOR – MODIFICAÇÃO PROPOSTA PELOS AVÓS MATERNOS – EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há que falar em transferência de guarda e responsabilidade de menor aos avós tão somente para a obtenção de assistência econômica, pois tal medida não encontra amparo na legislação de proteção à criança e ao adolescente. Ainda que os avós maternos, ora recorrentes, contribuam financeiramente para o sustento da neta, esta também vive na companhia da sua genitora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível 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, 5 de março de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Wilson Ferreira de Melo e Ligia Maria Baruki interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pela M.M Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação e guarda que promovem em desfavor de Thiago Silva dos Anjos e Yula Baruki e Melo.

Salientam, em síntese, que estando configurada uma situação peculiar descrita no § 2º, do artigo 33, da Lei nº 8.069/90, inexiste qualquer óbice legal à concessão de guarda aos avós, ora recorrentes, que já amparam material e afetivamente a criança. Pugnam, assim, pela reforma do *decisum.*

Sem contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação manejado por Wilson Ferreira de Melo e Ligia Maria Baruki interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pela M.M Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de

Corumbá, que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de guarda que promovem em desfavor de Thiago Silva dos Anjos e Yula Baruki e Melo.

Salientam, em síntese, que assumiram a guarda de fato e a responsabilidade da menor Maria Ligia, desde o nascimento, vez que os genitores, ora requeridos, não possuem uma situação financeira estável, ambos vivendo sob as dependências dos pais. Ressaltam que estando configurada uma situação peculiar descrita no § 2º, do artigo 33, da Lei nº 8.069/90, inexiste qualquer óbice legal à concessão de guarda aos avós, ora recorrentes, que já amparam material e afetivamente a criança. Pugnam, assim, pela reforma do *decisum*.

A guarda, consoante art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais".

Tal instituto destina-se a regularizar a posse de fato de menor (§ 1º do art. 33 do ECA), sendo uma das formas de colocá-lo em família substituta, quando os pais não apresentam condições de exercer o poder familiar na sua plenitude.

Deferida a guarda, a criança passa a ser dependente para todos os fins e efeitos de direito inclusive previdenciários (§ 3º do art. 33 do ECA).

Contudo, não se admite que a dependência do menor seja exclusivamente para fins de vantagens médicas ou previdenciárias, como está se verificando no caso. Ainda que os avós maternos, ora recorrentes, contribuam financeiramente para o sustento da neta, esta também vive na companhia da sua genitora.

Ademais, no caso dos autos, a infante encontra-se em pleno exercício do poder familiar, sem qualquer indicativo de que a esteja sofrendo qualquer tipo de risco ou prejuízo. Os motivos alegados pelos requerentes não ensejam a alteração de guarda, razão pela qual a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Neste sentido a jurisprudência pátria:

> "APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA. ALTERAÇÃO PROPOSTA PELA AVÓ. DESCABIMENTO. O Deferimento da guarda tem por objetivo regularizar situação jurídica do menor, único destinatário da proteção integral, justificando-se quando ele se encontra em situação de risco ou afastado do convívio familiar. Tal circunstância não se observou no presente caso. A avó postula a guarda da neta, porém a mãe da infante encontra-se em pleno exercício do poder familiar, com indicativos de que todas residem no mesmo endereço, nada havendo nos autos que autorize o deferimento do pleito. negaram provimento. Unânime." (TJRS; AC 199906-44.2012.8.21.7000; Lagoa Vermelha; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos; Julg. 26/07/2012; DJERS 31/07/2012)

> "AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. Pleito deduzido pela avó materna com a anuência dos genitores. Sentença de improcedência. Nítida finalidade previdenciária. Inadmissibilidade. Ademais, ausência de risco ou prejuízo para o menor. Não configuração da excepcionalidade prevista no art. 33, § 2º do ECA para o deferimento da medida. Manutenção do decisum. Apelo desprovido". (TJSC; AC 2012.047497-2; Capital; Terceira Câmara de Direito Civil; Relª Desª Maria do Rocio Luz Santa Ritta; Julg. 30/10/2012; DJSC 07/11/2012; Pág. 188)

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Diante do exposto, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

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 Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 05 de março de 2013.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 0030409-66.2011.8.12.0000
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL – APROVAÇÃO EM NOVO CONCURSO PÚBLICO – VACÂNCIA E RECONDUÇÃO – DESISTÊNCIA DO ESTÁGIO PROBATÓRIO DO NOVO CARGO – RETORNO AO CARGO ANTERIOR – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – IMPOSIÇÃO DE ÔNUS AO SERVIDOR DECORRENTE DE MÁ-GESTÃO OU FALHA EM INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELA ADMINISTRAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Servidor público estável que presta concurso para ingresso em outro cargo público tem direito líquido e certo à recondução àquele anteriormente ocupado, nas hipóteses de desistência ou reprovação no estágio probatório a que foi submetido por ocasião do ingresso no novo cargo.

Pelos princípios que regem a Administração pública, não se admite que alguém suporte ônus decorrentes de má-gestão ou falhas originadas em informações prejudiciais, não podendo o servidor, após ter seguido todos os trâmites legais, inclusive com a chancela da própria Administração, ser surpreendido com a recusa quanto à sua recondução ao cargo público de origem, uma vez que tal fato importaria, também, em ofensa direta aos princípios da boa-fé objetiva e da moralidade pública, que devem pautar os atos da Administração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, 4 de fevereiro de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Chrysthian de Arruda Romero impetra ação mandamental, com pedido liminar, contra ato administrativo consubstanciado no despacho que indeferiu sua recondução ao cargo de auxiliar de enfermagem da Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, apontando como autoridade coatora a Secretária de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul.

O impetrante declara que é servidor público da Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, admitido em 07 de agosto de 2006, pertencente ao Quadro permanente de pessoal do Estado de Mato Grosso do Sul, lotado no Hospital Regional da Comarca de Campo Grande, ocupante do cargo efetivo de Auxiliar de Enfermagem, e que em dezembro de 2010 requereu vacância junto ao mencionado Órgão para

assumir o mesmo cargo na Prefeitura Municipal de Campo Grande, em decorrência de ter sido aprovado no concurso público do referido Ente público.

Esclarece que, na ocasião, obteve informações junto ao Hospital Regional de que a sua recondução ao cargo ocupado, em caso de não efetivação do novo vínculo, deveria ocorrer no prazo de noventa dias.

Afirma que em 02 de maio de 2011, decorridos oitenta e sete dias de afastamento, após autorização do Hospital Regional, foi reconduzido ao cargo de auxiliar de enfermagem, retornando a exercer sua função e cumprir a respectiva jornada laboral, conforme holerites e cartões de ponto anexos.

Acrescenta que formalizada a recondução e no exercício do cargo "*foi surpreendido, por correspondência oriunda da Secretaria de Administração, indeferindo sua recondução – contrariando as informações e a autorização do HR*" (f. 03).

Salienta que a sua exoneração, fulcrada nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Mato Grosso do Sul, Lei 1.102/90, Artigo 56, Parágrafo Único, inciso II, "*não se enquadra na real situação, porque o impetrante jamais abandonou o cargo, e seguiu rigorosamente as informações recebidas junto ao Recursos Humanos do Hospital Regional*" (f. 04).

Sustenta que a Lei 8.112/90, que trata do Estatuto dos Servidores Públicos, em seu artigo 20, § 2º, dispõe que o servidor não aprovado em estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, e que o STF já se manifestou no sentido de que "*o servidor que desiste de completar o estagio probatório não pode sofrer efeito mais danoso, do que sofreria se permanecesse nele e, ao final, fosse inabilitado para o novo cargo*" (f. 06), portanto, apesar da Lei 8.112 não prever a recondução mediante requerimento do servidor interessado, "*o STF, adotando postura mais compatível com a finalidade do estágio probatório, decidiu pela possibilidade de recondução, ainda que se tratando de esferas diferenciadas [...]*" e que "*[...] o direito, que assiste ao servidor, de retornar ao cargo antigo, ocorre no prazo do estágio probatório*" (f. 06).

Ao final, pugna pela concessão da segurança pleiteada, a fim de manter o impetrante "*em caráter definitivo em seu cargo, para o qual foi aprovado em concurso público, desde o ano de 2006, haja vista que em nada contribuiu para a presente situação*" (f. 13).

Instrui com os documentos de f. 14-39.

Concedida a liminar pleiteada, advieram as informações, conjuntamente à defesa apresentada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, litisconsorte passivo necessário (f. 48-52), manifestando-se pela denegação da ordem pleiteada por ausência de direito líquido e certo, aos argumentos de que: a) o impetrante não comprovou a alegação de que foi informado pelo Hospital regional que sua recondução ao cargo ocupado, caso o novo vínculo não fosse concretizado deveria ocorrer no prazo de 90 (noventa) dias, bem como não demonstrou a existência de previsão legal do referido prazo; b) com base no Parecer PGE nº 005/2007-PAG/nº 001/2007, publicado no Diário Oficial n. 7.062/2007, uma vez que não existe previsão legal estabelecendo prazo para o exercício do direito de recondução e considerando que a Administração Pública não pode ficar aguardando a manifestação do interessado indefinidamente, deve ser aplicado, para requerimento da recondução, por analogia, o prazo de trinta dias, haja vista que a Lei (Estadual) nº 1.102/90 indica tal lapso temporal para várias situações nela previstas, e que, *in casu*, esse prazo não foi observado, já que, como afirmado na inicial, o impetrante só procurou o Hospital Regional após transcorridos 87 dias da data de sua exoneração na municipalidade.

Após sintetizar o feito, opina o representante da Procuradoria-Geral de Justiça pelo "*conhecimento do mandamus e concessão da ordem de segurança pleiteada"* (f. 79-88).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de ação mandamental com pedido liminar impetrada por Chrysthian de Arruda Romero, contra ato administrativo consubstanciado no despacho que indeferiu sua recondução ao cargo de auxiliar de enfermagem da Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, apontando como autoridade coatora a Secretária de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul.

Objetiva o impetrante a concessão da segurança pleiteada, a fim de que seja reconduzido, em caráter definitivo, ao cargo de auxiliar de enfermagem da Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, no qual tomou posse no ano de 2006.

Esclarece que em dezembro de 2010 solicitou vacância do cargo ocupado no Estado para assumir novo cargo junto à Prefeitura Municipal, e que na ocasião obteve informações junto ao Hospital Regional, órgão em que estava lotado, de que sua recondução ao cargo ocupado, caso o novo vínculo não fosse efetivado, deveria ocorrer no prazo de noventa dias.

Adiante, demonstra que em 02 de maio de 2011, após oitenta e sete dias de afastamento, foi reconduzido ao cargo de auxiliar de enfermagem, sob autorização da direção do Hospital Regional, voltando a exercer sua função e cumprir sua jornada, conforme holerites e cartões de ponto anexos.

Acrescenta que já se encontrava reconduzido ao cargo quando "*foi surpreendido, por correspondência oriunda da Secretaria de Administração, indeferindo sua recondução – contrariando as informações e a autorização do HR*" (f.03), que lhe permitia retornar no prazo de noventa dias.

Salienta que sua exoneração, fulcrada nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Mato Grosso do Sul, Lei 1.102/90, Artigo 56, Parágrafo Único, inciso II, "*não se enquadra na real situação, porque o impetrante jamais abandonou o cargo, e seguiu rigorosamente as informações recebidas junto ao Recursos Humanos do Hospital Regional*" (f. 04).

Sustenta que a Lei 8112/90, que trata do Estatuto dos Servidores Públicos, em seu artigo 20, § 2º, dispõe que o servidor não aprovado em estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, e que o STF já se manifestou no sentido de que "*o servidor que desiste de completar o estagio probatório não pode sofrer efeito mais danoso, do que sofreria se permanecesse nele e, ao final, fosse inabilitado para o novo cargo*" (f. 06), portanto, apesar da Lei 8.112 não prever a recondução mediante requerimento do servidor interessado, "*o STF, adotando postura mais compatível com a finalidade do estágio probatório, decidiu pela possibilidade de recondução, ainda que se tratando de esferas diferenciadas [...]*" e que *"[...] o direito, que assiste ao servidor, de retornar ao cargo antigo, ocorre no prazo do estágio probatório"* (f. 06).

Por sua vez os impetrados sustentam que o impetrante não comprovou a alegação de que foi informado pelo Hospital regional que sua recondução ao cargo ocupado, caso o novo vínculo não fosse concretizado deveria ocorrer no prazo de 90 (noventa) dias, bem como não demonstrou a existência de previsão legal do referido prazo; e que, com base no Parecer PGE nº 005/2007-PAG/nº 001/2007, publicado no Diário Oficial n. 7.062/2007, uma vez que não existe previsão legal estabelecendo prazo para o exercício do direito de recondução e considerando que a Administração Pública não pode ficar aguardando a manifestação do interessado indefinidamente, deve ser aplicado, para requerimento da recondução, por analogia, o prazo de trinta dias, haja vista que a Lei (Estadual) nº 1.102/90 indica tal lapso temporal para várias situações nela previstas, e que, *in casu*, esse prazo não foi observado, já que, como afirmado na inicial, o impetrante só procurou o Hospital Regional após transcorridos 87 dias da data de sua exoneração na municipalidade.

É cediço que o servidor público estável que presta concurso para ingresso em outro cargo público tem direito líquido e certo à recondução àquele anteriormente ocupado, nas hipóteses de desistência ou reprovação no estágio probatório a que foi submetido por ocasião do ingresso no novo cargo.

Deve-se ressaltar que o instituto tem por finalidade garantir ao servidor público sua permanência na esfera do serviço público, sem, com isso, obstar o inalienável direito de buscar sua evolução profissional.

A Lei 1.102/90, que trata do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, em seus artigos 38, § 3º e 49, § 1º, I, dispõe:

> "Art. 38. Ficará em estágio probatório de três anos, a contar da entrada em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de aprovação em concurso público. (Redação dada pela Lei nº 2.157, de 26/10/00. Eficácia a partir de 27/10/00)
>
> [...]
>
> § 3º O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado."
>
> "Art. 49. Recondução é o retorno do funcionário estável ao cargo anteriormente ocupado.
>
> § 1º A recondução decorrerá de:
>
> I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; e
>
> [...]"

Da análise literal dos dispositivos transcritos, em um primeiro momento, extrai-se que somente em caso de reprovação no estágio probatório do novo cargo é que o servidor seria reconduzido ao cargo anterior, no entanto esta ideia está superada jurisprudencialmente, sendo pacífico que o servidor que desiste de completar o estágio probatório, como é o caso do impetrante, tem direito de requerer sua recondução, pois não pode sofrer efeito mais grave do que sofreria se permanecesse nele e, ao final, fosse reprovado.

A norma em questão veio em benefício do servidor cujo fim teleológico consiste em propiciar-lhe um mínimo de segurança e tranquilidade no período de adaptação ao novo cargo, evitando que seja obrigado a optar entre seguir exercendo uma atividade para a qual não possui a necessária aptidão ou ficar desempregado após ter adquirido estabilidade no cargo de origem, o que, à toda evidência, não se mostra razoável, sob pena de impor uma penalização injustificada dada a ausência de prática de ilícito seja de natureza administrativa ou penal.

Ademais, a questão encontra-se pacificada no âmbito da administração pela edição da Súmula nº 16, da AGU, no seguinte teor: "*O servidor estável investido em cargo público federal, em virtude de habilitação em concurso público, poderá desistir do estágio probatório a que é submetido com apoio no art. 20 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e ser reconduzido ao cargo inacumulável de que foi exonerado, a pedido"*.

Sobre o tema, vejamos os seguintes arestos emanados do Tribunal Superior:

> "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. ESTÁGIO PROBATÓRIO. Lei 8.112, de 1990, art. 20, § 2º. I. - Servidor Público, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado para novo cargo. Durante o estágio probatório neste último cargo, requer sua

recondução ao cargo anterior. Possibilidade, na forma do disposto no art. 20, § 2º, da Lei 8.112/90. É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior. II. - Precedentes do STF: MS 22.933-DF, Ministro O. Gallotti, Plenário, 26.6.98, "DJ" de 13.11.98; MS 23.577-DF, Ministro C. Velloso, Plenário, 15.05.2002, "DJ" de 14.06.02. III. - Mandado de segurança deferido." (MS 24271, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2002, DJ 20-09-2002 PP-00090 EMENT VOL-02083-02 PP-00399)

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. ESTÁGIO PROBATÓRIO. Lei 8.112, de 1990, art. 20, § 2º. I. - Policial Rodoviário Federal, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado Escrivão da Polícia Federal. Durante o estágio probatório neste último cargo, requer sua recondução ao cargo anterior. Possibilidade, na forma do disposto no art. 20, § 2º, da Lei 8.112/90. É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior. II. - Precedentes do STF.: MS 22.933-DF, Ministro O. Gallotti, Plenário, 26.6.98, "DJ" de 13.11.98. III. - Mandado de segurança deferido." (MS 23577, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2002, DJ 14-06-2002 PP-00128 EMENT VOL-02073-02 PP-00265)

"EMENTA - ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VACÂNCIA E RECONDUÇÃO. DESISTÊNCIA DO ESTÁGIO PROBATÓRIO DO CARGO DE AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. RETORNO AO CARGO DE PROFESSOR DA SECRETARIA ESTADUAL. CABIMENTO. 1. [...]. 2. Segundo entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o servidor que desiste do estágio probatório, ainda que não tenha sido regularmente inabilitado, tem o direito de ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado. Precedente. 3. Recurso ordinário conhecido e provido." (STJ; RMS 30.973; Proc. 2009/0224363-3; PI; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Hilário Vaz; Julg. 13/12/2011; DJE 01/02/2012)

Anote-se que, embora conste das informações que o impetrante não comprovou a alegação de que agiu conforme orientação do setor de recursos humanos do Hospital Regional, é fato incontroverso de que mencionado órgão formalizou o ato de recondução, circunstância que não pode ser desprezada nem interpretada em prejuízo do servidor.

Frise-se que, pelos princípios que regem a Administração pública, não se admite que alguém suporte ônus decorrentes de má-gestão ou falhas originadas em informações prejudiciais, conforme se denotam pelos elementos carreados aos autos pelo impetrante, justificando a relativização do rigor emanado do ato impugnado no presente *mandamus.*

Por oportuno, merece destaque seguinte excerto do judicioso parecer do representante da Procuradoria-Geral de Justiça, Dr. Olavo Monteiro Mascarenhas, *verbis*:

"[...]

Vale observar, outrossim, que a Administração houve por bem indeferir sua recondução, contrariando as informações e a autorização advindas do RH, violando assim, direito liquido e certo do impetrante.

Por conseguinte, não pode o servidor, após ter seguido todos os trâmites legais, inclusive com a chancela da própria Administração, ser surpreendido com a recusa quanto à sua recondução ao cargo público de origem, uma vez que tal fato importaria, também, em ofensa direta aos princípios da boa-fé objetiva e da moralidade pública, que devem pautar os atos da Administração.

> Nesse sentido, explicitando ainda mais os princípios gerais do direito, a Lei 9.784/99, em seu art. 4º, dispõe o seguinte:
>
> Art. 4º. São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:
>
> I – expor os fatos conforme a verdade;
>
> II – proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
>
> III – não agir de modo temerário;
>
> IV – prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.
>
> Assim sendo, com base no entendimento acima esposado, é que a segurança deve ser concedida." (f. 87-88)

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança pleiteada confirmando a liminar que assegurou a recondução do impetrante ao cargo de auxiliar de enfermagem da Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul.

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. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Juiz Vilson Bertelli, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 04 de fevereiro de 2013.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 4000103-75.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO IMPEDIDO DE TOMAR POSSE POR FALTA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO REGISTRADO – LIMINAR CONCEDIDA – RECONHECIMENTO DO PEDIDO PELA AUTORIDADE COATORA – ART. 269, II, CPC – COMPROVAÇÃO DA HABILITAÇÃO LEGAL ATRAVÉS DE OUTROS DOCUMENTOS – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Estando satisfatoriamente cumprida, através de outros documentos, a exigência editalícia de comprovação da habilitação legal para o exercício do cargo de profissional de serviços hospitalares, na função de médico socorrista, a concessão da segurança é medida que se impõe.

Hipótese de aplicação do art. 269, II, do CPC, em razão do reconhecimento do pedido pela autoridade coatora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 13 de março de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Cássio Padilha Rubert, devidamente qualificado nos autos, impetrou o presente mandado de segurança contra ato administrativo consubstanciado na recusa para investidura do impetrante no cargo para o qual foi aprovado em concurso público, apontando como autoridades coatoras o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, a Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul e o Diretor-Geral de Seleção e Ingresso de Pessoal da Secretaria de Administração de Mato Grosso do Sul.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o ato de recusa de sua investidura no cargo em que foi aprovado contraria o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, porque comprovou através de documento idôneo a exigência considerada não satisfeita pelos impetrados, fato que em consonância

com a legislação aplicável à matéria lhe assegura o direito líquido e certo à nomeação, pugnando pela concessão de liminar.

Por fim, requer seja concedida a segurança pleiteada, com a confirmação da liminar, para determinar que seja ordenado às autoridades coatoras que se proceda a posse em definitivo do impetrante no cargo de profissional de serviços hospitalares, na função de médico socorrista.

Em decisão de f. 150, deferiu-se a liminar pretendida.

O Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se à f. 129, informando que não iria recorrer da decisão concessiva da liminar, e reconheceu juridicamente o pedido do impetrante, em consonância com jurisprudência firmada sobre o assunto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cássio Padilha Rubert contra ato administrativo consubstanciado na recusa para investidura do impetrante no cargo para o qual foi aprovado em concurso público, apontando como autoridades coatoras o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, a Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul e o Diretor-Geral de Seleção e Ingresso de Pessoal da Secretaria de Administração de Mato Grosso do Sul.

Sustenta, em síntese, que as autoridades apontadas como coatoras não aceitaram declaração emitida pelo Hospital Regional de Mato Grosso do Sul atestando que havia concluído Residência Médica em Cirurgia-Geral, sob o argumento de que tal documento não corresponde ao Certificado de Conclusão de Residência que deveria ter sido apresentado.

Depois de concedida a liminar e citado os impetrados, o próprio Estado de Mato Grosso do Sul, através do órgão de representação judicial das autoridades, terminou por informar que reconheceu juridicamente o pedido do autor, de modo que restou configurada a situação prevista no art. 269, II, do CPC.

Ainda que assim não fosse, ponderadas as particularidades fáticas da situação posta à exame, seria caso de concessão da ordem.

Com efeito, não há dúvida de que a exigência editalícia de apresentação do certificado devidamente registrado visa a comprovação de que o candidato aprovado realmente possui a formação necessária para ocupação no cargo pretendido.

No entanto, verifica-se que com a apresentação, pelo impetrante, de declaração firmada pelo Coordenador de Residência Médica em Cirurgia-Geral do Hospital Regional de Mato Grosso do Sul (HRMS), atestando que o impetrante concluiu o curso, realizado no período de 01.02.2001 e 31.01.2013, cumprindo toda a carga horária prevista pelo MEC e apresentando trabalho de conclusão, a exigência

contida no edital foi satisfeita: o candidato comprovou ter a graduação necessária para o cargo, não restando razoável eliminá-lo por falta de um documento específico, se ele apresentou outro que, da mesma forma, satisfaz a exigência.

Portanto, estando satisfatoriamente cumprida, através de outros documentos, a exigência editalícia de comprovação da habilitação legal para o exercício do cargo de profissional de serviços hospitalares, na função de médico socorrista, a concessão da segurança é medida que se impõe.

Ademais, não há olvidar que impedir que um indivíduo devidamente qualificado tome posse em um cargo para o qual demonstrou estar habilitado é ato totalmente contrário aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, razão pela qual, deve-se assegurar ao impetrante o direito de ser empossado no cargo, para o qual restou devidamente aprovado no concurso público que participou.

Sobre o manto dos mesmos princípios, aliás, este Tribunal de Justiça já se manifestou, *in verbis:*

> "MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSOR – CANDIDATO APROVADO E NOMEADO, MAS IMPEDIDO DE TOMAR POSSE POR FALTA DE DIPLOMA DE LICENCIATURA PLENA – CANDIDATO BACHAREL E MESTRE NA ÁREA PARA A QUAL PRESTOU CONCURSO – TITULAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA NO EDITAL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA. Se o edital de concurso para professor exige diploma de licenciatura plena para que o candidato aprovado tome posse, e este possui titulação superior, mestrado, afigura-se violador ao princípio da razoabilidade o ato da Administração que impede sua posse, sob o pretexto de não possuir ele diploma de licenciatura plena". (TJMS. Mandado de Segurança n. 2006.005818-8, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos. Terceira Seção Cível. J. 19.6.2006).

> "APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRANTE APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO QUE NÃO DISPÕE DO DIPLOMA DE GRADUAÇÃO REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA – ESPECIFICIDADE QUE NÃO CONSTA NO EDITAL COMO REQUISITO PARA A POSSE – COMPROVAÇÃO DA HABILITAÇÃO LEGAL ATRAVÉS DE OUTROS DOCUMENTOS – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E PERIGO DA DEMORA DO JULGAMENTO COMPROVADOS – RECURSO PROVIDO. Não constando especificamente no edital a obrigatoriedade da apresentação do diploma para que a candidata possa tomar posse no cargo que concorreu, afiguram-se presentes os requisitos autorizadores para concessão da medida liminar e processamento do mandado de segurança que tenha por objetivo assegurar o seu empossamento, se por outros meios houver comprovado a sua habilitação legal para o exercício do cargo". (TJMS. Apelação Cível N. 2008.027219-3, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Quinta Turma Cível. J. 13.11.2008).

Diante do exposto, com o parecer, concedo a segurança para, confirmando a liminar, assegurar ao impetrante o direito de ser empossado no cargo de médico socorrista para o qual foi regularmente aprovado. Sem honorários, vez que incabíveis à espécie. Isento os impetrados de custas, devendo restituir aquelas adiantadas pelo impetrante.

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. Ausente, justificadamente, o Des. Julizar Barbosa Trindade.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 13 de março de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000618-72.2009.8.12.0016 - Mundo Novo
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ALIMENTOS PROVISÓRIOS FIXADOS NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE – COMPROVAÇÃO DE QUE O ALIMENTANTE NÃO É PAI DO ALIMENTADO – RESTITUIÇÃO DOS VALORES – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DA VERBA ALIMENTAR – DANOS MORAIS – NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – RECURSO IMPROVIDO.

Dentre os princípios que informam a obrigação alimentar, sobreleva-se o da irrepetibilidade, inerente à própria natureza da obrigação alimentar.

Não há falar em indenização por danos morais, decorrente de pagamento de alimentos provisórios, mesmo quando comprovado que o alimentante não era pai do alimentando, eis que tal verba foi fixada por meio de decisão judicial, não ensejando, portanto, nenhum ato ilícito indenizável.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 22 de janeiro de 2013.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Valdecy Durico Primo, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Mundo Novo, nos autos da Ação Negatória de Paternidade c/c Indenização por Danos Morais e Materiais que move em face de Luan Pereira, interpõe apelação cível nesta Corte, alegando que na ação de investigação de paternidade comprovou-se não ser o apelante pai do apelado, de modo que todos os valores pagos ao apelado foram indevidos, razão pela qual, deve o recorrido reparar os prejuízos gerados ao recorrente.

Aduz que o dano material caracteriza-se pelos descontos mensais suportados pelo apelante a título de pensão alimentícia, os quais geraram instabilidade ao recorrente, que mudou completamente seu planejamento mensal e vida cotidiana, já que vive do benefício previdenciário em valor mínimo, cuja integralidade não mais percebia.

Sustenta que algumas vezes, por não possuir condições financeiras para prestar alimentos, o apelante não os prestou e, diante de tal situação, passou a ser visto injustamente pelo meio social onde vivia como pai desnaturado. Tais fatos geraram prejuízos morais ao autor, isto é, sua imagem e honra foram violados.

Obtempera que o apelado lhe causou diversos constrangimentos e dissabores, pois foi compelido a suportar ônus alimentar indevido e privações pela falta de rendimentos, chegando próximo de ser preso por não prestar alimentos.

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay. (Relator)

Valdecy Durico Primo, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Mundo Novo, nos autos da Ação Negatória de Paternidade c/c Indenização por Danos Morais e Materiais que move em face de Luan Pereira, interpõe apelação cível nesta Corte, alegando que na ação de investigação de paternidade comprovou-se não ser o apelante pai do apelado, de modo que todos os valores pagos ao apelado foram indevidos, razão pela qual, deve o recorrido reparar os prejuízos gerados ao recorrente.

Inicialmente mister se faça um breve relato dos fatos.

Compulsando a inicial, denota-se que o apelante propôs Ação Negatória de Paternidade c/c Indenização por Danos Morais e Materiais em face de Luan Pereira alegando que foi condenado à revelia em ação investigatória de paternidade que tramitou na comarca de Campinas, sendo declarado pai do apelado. (f. 57)

Contudo, atendendo ao pedido do requerente, a requerida e o suposto filho se dirigiram ao laboratório para realizar o exame genético (DNA), onde ficou constatado que o apelante não era pai do apelado, motivo pelo qual, a sentença que reconheceu a paternidade se mostrou equivocada.

Por essa razão, propôs ação negatória de paternidade c/c exoneração de alimentos na comarca de Campinas, tendo os pedidos iniciais sido julgados procedentes (f. 57/58).

Assim, requereu na presente ação, a procedência do pedido a fim de que fosse anulado o registro de nascimento do menor; exonerado do pagamento da pensão alimentícia, bem como fosse a genitora do infante condenada ao pagamento dos danos morais e materiais.

Com relação ao pedido de exclusão da paternidade e pagamento de pensão, o magistrado julgou extinto o feito em razão da litispendência, tendo em vista que essas matérias já tinham sido decididas no juízo de Campinas (f. 58).

Já no tocante ao pedido de danos morais e materiais, o juiz os julgou improcedentes.

Inconformado, o autor recorre a esta Corte pleiteando a reforma da sentença.

Para tanto, alega que, na ação de investigação de paternidade, comprovou-se não ser o apelante pai do apelado, de modo que todos os valores pagos ao apelado foram indevidos, razão pela qual, deve o recorrido reparar os prejuízos gerados ao recorrente.

Assevera que o dano material caracteriza-se pelos descontos mensais suportados pelo apelante a título de pensão alimentícia, os quais geraram instabilidade ao recorrente, que mudou completamente seu planejamento mensal e vida cotidiana, já que vive do benefício previdenciário em valor mínimo, cuja integralidade não mais percebia.

Sustenta que algumas vezes, por não possuir condições financeiras para prestar alimentos, o apelante não os prestou, e diante de tal situação, passou a ser visto injustamente pelo meio social onde vivia como pai desnaturado. Tais fatos geraram prejuízos morais ao autor, isto é, sua imagem e honra foram violados.

Obtempera que o apelado lhe causou diversos constrangimentos e dissabores, pois foi compelido a suportar ônus alimentar indevido e privações pela falta de rendimentos, chegando próximo de ser preso por não prestar alimentos.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo apelante, tenho que recurso não merece provimento, senão vejamos.

Com relação aos danos materiais, é cediço que a obrigação de alimentar possui alguns princípios que devem ser observados, dentre eles, o da irrepetibilidade, ou seja, tanto os alimentos provisórios quanto os definitivos, uma vez pagos, não geram ao alimentante o dever de repetição, mesmo que a ação de alimentos venha a ser julgada improcedente.

Nesse sentido, é a lição de Sílvio de Salvo Venosa:

> "c) Impossibilidade de restituição. Não há direito à repetição dos alimentos pagos, tanto os provisionais como os definitivos. Desse modo, o pagamento dos alimentos é sempre bom e perfeito, ainda que recurso venha modificar decisão anterior, suprimindo-os ou reduzindo seu montante." (in Direito Civil – Direito de Família, Ed. Atlas, 6ª Ed., p. 384)

O princípio da irrepetibilidade dos alimentos decorre da própria natureza alimentar da prestação discutida, porquanto destinada para a subsistência do alimentado, não se mostrando lógica a restituição do que fora pago, sob pena de desvirtuar-se a própria natureza e finalidade da verba alimentar.

Nesse diapasão é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

> "ALIMENTOS. REPETIÇÃO. IMPOSSIBLIDADE.
>
> Dentre os princípios que informam a obrigação alimentar, sobreleva-se o da irrepetibilidade, inerente à própria natureza da obrigação alimentar." (20000110249644APC, Relator CARMELITA BRASIL, 5ª Turma Cível, julgado em 12/11/2001, DJ 06/03/2002 p. 114)
>
> "DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. REPETIÇÃO. IMPOSSIBLIDADE.
>
> Os alimentos pagos, ainda que indevidos, não ensejam compensação, nem tampouco repetição, já que sua finalidade é proporcionar aos que deles necessitam sustento e manutenção. Precedente." (20060110901353APC, Relator WALDIR LEÔNCIO C. LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 05/08/2009, DJ 31/08/2009 p. 66)
>
> "Os valores pagos a título de prestação alimentícia presumem-se consumidos, pois se destinam à subsistência do alimentado, logo, são irrepetíveis e não passíveis de compensação. 4 - Negado provimento ao recurso." (20080110381346APC, Relator HECTOR VALVERDE SANTANA, 4ª Turma Cível, julgado em 01/04/2009, DJ 03/06/2009 p. 104)

Destarte, tenho que não merece amparo a pretensão do apelante, porquanto a devolução dos valores pretendidos está amparada pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Como bem observou Flávio Tortuce e José Fernando Simão:

> "A irrepetibilidade dos alimentos já é conceito antigo relacionado com a obrigação em questão, no sentido de que sendo pagos, em hipótese alguma, caberá ação de repetição de indébito. Sendo desse forma, a alegação de pagamento indevido ou enriquecimento sem causa não consegue vencer a obrigação alimentar, diante da tão costumeira proteção da dignidade humana relacionada com o instituto." (Direito Civil, 4ª edição, Método, p. 425/426)

Assim, não há falar em reforma da sentença.

Quanto aos danos morais, os artigos 186 e 927 do CC/2002 assim estabelecem:

> "Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."
>
> [...]
>
> Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

A respeito do tema, leciona Maria Helena Diniz, *in* Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, 21ª edição, Editora: Saraiva, p. 7-8 e 36-38:

> "[...].
>
> A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao status quo ante. A responsabilidade civil constitui uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação de ressarcimento. Tal obrigação de ressarcir o prejuízo causado pode originar-se: a) da inexecução de contrato e b) da lesão a direito subjetivo, sem que preexista entre lesado e lesante qualquer relação jurídica que a possibilite.
>
> A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo. Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleo ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o statu quo ante. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é a da restituio in integrum, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente de modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.
>
> [...].
>
> Ante tais divagações, entendemos que a responsabilidade civil requer:
>
> A) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade, temos o risco. Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara da responsabilidade extracontratual (CC,

> arts.186 e 927), e se ela não cumprir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual (CC, art. 289).
>
> [...].
>
> b) Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada.
>
> [...].
>
> c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano."

No caso dos autos, denota-se que não estão preenchidos os requisitos ensejadores ao dever de indenizar, eis que os valores que o autor pagou ao apelado, a título de alimentos provisórios foi decorrente de decisão judicial, não caracterizando nenhum ato ilegal.

No mesmo diapasão manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 117):

> "No caso vertente, entendo que não restou demonstrado o requisito do ato ilícito da parte contrária, tendo em vista que os alimentos provisórios pagos ao apelado pelo apelante foram oriundos de decisão judicial, não havendo, portanto, falar em ato ilícito.
>
> Assim, não restando preenchido o requisito da conduta ilícita, não há falar em obrigação de indenizar por parte do apelado, estando correta a decisão que julgou improcedente o pedido do apelante."

Destarte, não há falar em ato ilícito.

Pelo exposto, conheço do recurso, e nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

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. Rubens Bergonzi Bossay

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0023057-54.2011.8.12.0001 - Corumbá
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CÍVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DEVER DE INFORMAR – EXISTÊNCIA DE GLÚTEN – DANO MORAL COLETIVO – DANO DE RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA OU SEJA, GRAVE E CARACTERIZADOR DE SOFRIMENTO COLETIVO – NÃO CARACTERIZAÇÃO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO IMPROVIDO.

Nas questões consumeristas, para que exista o dano moral coletivo, "é necessário que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade". (Resp n.º 1221756/RJ Ministro Massami Uyeda)

Verificado que a parte autora foi em parte vencedora e vencida, tendo em vista a parcial procedência dos pedidos formulados na exordial, os ônus sucumbenciais serão recíprocos e proporcionalmente distribuídos e compensados entre as partes, conforme determina o artigo 21 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2013.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Associação dos Celíacos do Brasil - Seção Mato Grosso do Sul - Acelbra/MS, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, nos autos da Ação Civil Coletiva que move em face de Indústria Corumbaense de Bebidas Ltda., interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que assim dispôs: "Diante do exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados pela Associação dos Celíacos do Brasil – Seção Mato Grosso do Sul – ACELBRA/MS em face da Indústria Corumbaense de Bebidas Ltda, apenas para determinar que a requerida, caso ainda produza o Refrigerante Mate Chimarrão, inclua no rótulo, embalagens e publicidade do produto, ou nos demais por ela fabricados, a informação "contém Glúten" ou "não contém glúten", de acordo com a composição dos produtos.

Isento a parte requerente do pagamento das custas processuais (50%), condenando a parte requerida ao restante do pagamento (50%).

Quanto aos honorários advocatícios, em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu patrono, nos termos do art. 21, do CPC." (f. 129/130)

A apelante explica ter ajuizado ação civil pública c/c danos morais em desfavor do apelado, tendo como objeto, em síntese, a obrigação de trazer em seus produtos a informação contém ou não contém glúten, já que não disponibilizava, além de pleitear danos morais coletivos.

Afirma que, embora seu pedido de obrigação de fazer foi julgado procedente, o de indenização por danos morais coletivos não foi.

Afirma que os fundamentos do magistrado quanto ao dano moral estão equivocados, pois o pedido de indenização está intrinsecamente ligado à violação do dever jurídico da apelada, eis que descumpre com a Lei n.º 10.674/2003, e, coloca em risco a saúde dos celíacos.

Explica que a apelada age de forma antijurídica ao manter seus produtos sem as informações determinadas por lei, causando aos consumidores portadores de doença celíaca danos morais por não poderem adquirir aquele bem de consumo desejado.

Alega que a falta de informação correta nos rótulos causa dano moral, uma vez que os portadores da doença celíaca são discriminados e sem a opção de consumo de bens duráveis.

Assevera que não há falar em sucumbência recíproca, eis que a ação alcançou seu objetivo, e, também, porque a apelante/autora não age de má-fé.

Argumenta que, ainda que se mantenha a sentença no que tange à sucumbência recíproca, a compensação é ilegal, já que os honorários não pertencem à parte, mas sim ao advogado.

Ao final, requer o provimento do recurso, para que o apelado seja condenado por danos morais, e ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios. E, caso mantida a sucumbência recíproca, que seja afastada a compensação dos honorários.

O apelado, embora intimado para apresentar contrarrazões, deixou transcorrer o prazo *in albis*. (f. 148)

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Associação dos Celíacos do Brasil - Seção Mato Grosso do Sul - Acelbra/MS, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, nos autos da Ação Civil Coletiva que move em face de Indústria Corumbaense de Bebidas Ltda, objetivando a reforma da sentença que assim dispôs: "Diante do exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados pela Associação dos Celíacos do Brasil – Seção Mato Grosso do Sul – ACELBRA/MS em face da Indústria Corumbaense de Bebidas Ltda, apenas para determinar que a requerida, caso ainda produza o Refrigerante Mate Chimarrão, inclua no rótulo, embalagens e publicidade do produto, ou nos demais por ela fabricados, a informação "contém Glúten" ou "não contém glúten", de acordo com a composição dos produtos.

Isento a parte requerente do pagamento das custas processuais (50%), condenando a parte requerida ao restante do pagamento (50%).

Quanto aos honorários advocatícios, em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu patrono, nos termos do art. 21, do CPC." (f. 129/130)

A apelante explica ter ajuizado ação civil pública c/c danos morais em desfavor do apelado, tendo como objeto, em síntese, a obrigação de trazer em seus produtos a informação contém ou não contém glúten, já que não disponibilizava, além de pleitear danos morais coletivos.

Afirma que, embora seu pedido de obrigação de fazer foi julgado procedente, o de indenização por danos morais coletivos não foi.

Alega que, os fundamentos do magistrado quanto ao dano moral estão equivocados, pois o pedido de indenização está intrinsecamente ligado à violação do dever jurídico da apelada, eis que descumpre com a Lei n.º 10.674/2003, e, coloca em risco a saúde dos celíacos.

Explica que a apelada age de forma antijurídica ao manter seus produtos sem as informações determinadas por lei, causando aos consumidores portadores de doença celíaca danos morais por não poderem adquirir aquele bem de consumo desejado.

Alega que a falta de informação correta nos rótulos causa dano moral, uma vez que os portadores da doença celíaca são discriminados e sem a opção de consumo de bens duráveis.

Assevera que não há falar em sucumbência recíproca, eis que a ação alcançou seu objetivo, e, também, porque a apelante/autora não age de má-fé.

Argumenta que, ainda que se mantenha a sentença no que tange à sucumbência recíproca, a compensação é ilegal, já que os honorários não pertencem à parte, mas sim ao advogado.

O recurso não merece provimento.

É incontroverso o dever do apelado de informar os consumidores sobre a existência de glúten ou não nos produtos que fabrica.

Tanto que assim dispõe o inciso III do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor:

> "Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:
>
> III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;"

Este direito básico decorre do princípio da transparência que deve nortear todas as relações de consumo, como a presente, e cujo conteúdo é bem explicitado pela professora Cláudia Lima Marques (in, Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002. p. 594-595), dizendo que:

> "A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo".

Conforme se vê dos autos, o Magistrado julgou procedente o pedido referente à obrigação de fazer. Ou seja, a obrigatoriedade de conter informações referente a existência de glúten em produtos fabricados pela apelada.

No entanto, o apelante queda-se com parte da sentença que deixou de condenar o apelado na reparação de supostos danos morais coletivos advindos da ausência de informação.

Como bem pondera Leonardo Roscoe Bessa:

> "a correta compreensão do dano moral coletivo não se deve vincular, como já se destacou, a todos os elementos e racionalidade próprios da responsabilidade civil nas relações privadas individuais. Na verdade, o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação por dano moral coletivo só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais. [...] Especificamente em relação à positivação do denominado dano moral coletivo, a função é, mediante a imposição de novas e graves sanções jurídicas para determinadas condutas, atender ao princípio da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem urbanística, relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual. É evidente, portanto, neste aspecto, a aproximação com a finalidade do direito penal, pois 'a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou como o punir, evitar o crime' (Francisco de Assis Toledo. Princípios básicos de direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3)". (in BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set de 2006, p. 91.)

Como bem fundamentou o Magistrado, para ser possível a reparação de dano extrapatrimonial em prol da coletividade, deve haver situação excepcional capaz de gerar grande comoção ou sofrimento para determinada coletividade.

Aliás, neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> "RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS – RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
>
> I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.
>
> **II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.**
>
> III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

> IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).
>
> V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.
>
> VI - Recurso especial improvido."(REsp 1221756 / RJ - RECURSO ESPECIAL 2010/0197076-6 - Relator Ministro MASSAMI UYEDA - Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 02/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 10/02/2012 RB vol. 580 p. 37 Ementa)

Ao analisar os autos, denota-se que a apelante apenas trouxe um rótulo, de uma das bebidas fabricadas pela apelada, que não contém a advertência de não conter glúten (fl.52).

Por sua vez, necessário esclarecer que inexiste nos autos informação de que algum celíaco tenha sofrido algum dano em razão da ausência de informação ou da ingestão da bebida fabricada pela apelada.

Aliás, peço vênia para transcrever os fundamentos do Magistrado:

> "No caso dos autos, verifica-se que, muito embora a parte requerida, responsável pela fabricação do Refrigerante Mate Chimarrão não tenha observado a legislação de regência, havendo a ausência das informações referentes ao glúten no rótulo da embalagem do produto, tenho que não houve a ocorrência de situação excepcional, de ordem moral, capaz de ensejar a necessidade de reparação.
>
> Diga-se isso pelo motivo de que existe apenas um rótulo do produto encartado nos autos (f.51), não havendo, por conseguinte, elementos suficientes para se apurar a eventual existência do dano (caso ocorresse).
>
> Da mesma forma, muito embora tenha o requerente alegado que pessoas portadoras da doença celíaca tenham sofrido abalo de ordem moral, não se verifica este fato pelo conjunto probatório existente nos autos, porquanto o autor, em momento algum, informou qualquer situação capaz de recair sobre um determinado grupo de pessoas que tiveram o direito próprio da personalidade atingido."

Portanto, como o dano moral coletivo visa a indenizar a coletividade que foi atingida em sua moral. E, este deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, então, no caso vertente, denota-se que inexiste condenação relativa ao dano moral coletivo.

Quanto ao pedido de condenação do apelado pela integralidade dos honorários advocatícios e custas processuais, melhor sorte não assiste ao apelante, porquanto, a sucumbência foi recíproca. Logo, deve ser mantida a sentença que condenou as partes, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Sobre sucumbência recíproca, trago os comentários de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, 12.ª edição, Editora RT, p.285:

> "Há sucumbência recíproca quando uma das partes não obteve tudo o que o processo poderia lhe proporcionar. Se o autor pediu 100 e obteve 80, sucumbiu em 20, ao mesmo tempo em que o réu sucumbiu em 80. Quando a parte sucumbiu em parte mínima do pedido, não se caracteriza a sucumbência recíproca."

Pelo exposto, contra o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0801803-89.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – COMPROVAÇÃO DO RELACIONAMENTO CONJUGAL – CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA APÓS A SEPARAÇÃO JUDICIAL – RECURSO IMPROVIDO.

Segundo o ordenamento jurídico, para a caracterização da união estável, não é exigido o lapso temporal, pois o art. 1.273 do Código Civil reconhece como entidade familiar apenas a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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 janeiro de 2013.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

José Aparecido de Freitas, inconformado(a) com a sentença prolatada pela Juíza de Direito da 2ª Vara de Família Digital da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Declaratória de Reconhecimento e Dissolução de União Estável proposta por Rosineri dos Santos Freitas, interpõe apelação cível, alegando que, embora residindo na casa do ex-marido, a mulher tinha vida própria, trabalhando em vários locais e frequentando clubes e bailes com amigos.

Aduz que as testemunhas do apelante esclareceram os fatos argumentados na contestação, tendo Juraci Garcia Lima afirmado que conhece o apelante desde o início da década de 90, quando este era casado com a apelada. Afirmou, também, que tinha conhecimento da separação do apelante da mulher por indignidade desta. E que, embora a mulher morasse na mesma casa, não tinham convivência marital e tanto é verdade que o homem possuía namoradas.

Assevera que a apelada não logrou provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto o apelante demonstrou de forma cabal que, inobstante ter permitido que a mulher, mesmo após ter praticado indignidades, continuasse a morar dentro de sua casa, o fez sem manter com esta qualquer relacionamento de vida em comum.

Sustenta que a apelada argumentou ter convivido em união estável com o réu, por 10 (dez) anos após a separação litigiosa entre ambos. A ela competia comprovar essa convivência, pois não são fatos notórios e tampouco foram admitidos pelo apelante.

Requer seja dado provimento ao recurso.

Em contrarrazões, o(a) apelado(a) manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por José Aparecido de Freitas em face da sentença prolatada pela Juíza de Direito da 2ª Vara de Família Digital da Comarca de Campo Grande, que julgou "**parcialmente procedente** a presente **ação declaratória de reconhecimento e dissolução de união estável c/c alimentos e pedido de alimentos provisórios** aforada por **Rosineri dos Santos Freitas** em face de **José Aparecido de Freitas**, para o fim de declarar a existência da união estável pelo período compreendido entre **o dia 24/11/2000 e o dia 15 de outubro de 2008 e o mês de outubro de 2010**, bem como para partilhar os direitos sobre o bem imóvel descrito à f. 14/15, na fração de 50% para cada um dos litigantes."

O presente recurso não merece provimento.

Pelo que se pode observar dos autos, em 22 de abril de 1988, foi realizado o casamento de José Aparecido de Freitas e Rosineri dos Santos (f. 16).

Em 22 de outubro de 1990 foi decretada a separação consensual do casal (f. 17 e 44).

Estabelece o art. 1.723 do CC:

> "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

No caso em apreço, evidencia-se que, embora separados, o apelante ainda convivia maritalmente com a apelada, tanto que constou da Escritura Pública de Cessão de Direitos Hereditários, de 13 de julho de 2004, na qualificação dos outorgados cessionários, "o Sr. "**JOSÉ APARECIDO DE FREITAS**", portador da **C. Ident. RG**. Nº 123.262.SSP/MS, e do CPF. Nº 164.475.901-25, e sua esposa Sra. **"ROSINERI DOS SANTOS FREITAS**", portadora da **C. Ident. RG. Nº 579.386-SSP/MS** e do **CPF. Nº 779.834.081-53**, brasileiros, casados no Regime da Separação de Bens, no Cartório Santos Pereira, (...)" (f. 12-13)

Examinando referida Escritura Pública, vê-se que ambos adquiriram por cessão de direitos hereditários mais de três hectares e meio de terras, como comunheiros.

Do mesmo modo, consta da Escritura Pública de Cessão de Direitos, datada de 02 de outubro de 2007, a qualificação dos outorgados cessionários (José Aparecido de Freitas e Rosineri dos Santos Freitas), como sendo "casados no Regime da Separação de Bens" (f. 14-15).

Logo, resta comprovado que o apelante mantinha um relacionamento estável com a apelada, tanto que a qualificava como esposa nos negócios em que celebrava com terceiros, tornando pública a relação.

E, como bem destacado pela magistrada singular, "os documentos supra são de cunho oficial, onde não só qualificam a situação pessoal das partes, descrevendo as peculiaridades de um patrimônio comum do casal, o que somente fortalece a tese da relação pública, contínua e duradoura havida entre as partes". (f. 106).

Ora, com a separação judicial, não mais se justificava a qualificação da apelada, como consorte, nos negócios realizados pelo apelante.

Assim, a participação da apelada nas escrituras públicas apenas reafirmam a assertiva de que há uma convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família entre o apelante e a apelada.

Além disso, a convivência do casal encontra-se demonstrada nos documentos de f. 18-19, porquanto as faturas de energia elétrica e água, estão em nome do apelante e da apelada, ambos residentes no mesmo endereço, o que assegura que há uma participação mútua, nas despesas da residência do casal.

Por outro lado, conforme aduzido pela magistrada singular, "As testemunhas por ele arroladas não foram suficientes para rechaçar as provas documentais produzidas; primeiro, por terem sido provas frágeis e isoladas, e, segundo, porque de um lado, afirmaram que a requerente havia voltado a morar com o requerido, de outro, foram evasivos em confirmar se o relacionamento tratava-se, ou não, de uma relação conjugal". (f. 107).

É bem verdade que uma das testemunhas, Helenides Pereira Brito (fls.98), afirma que residiam na mesma casa, mas não conviviam como marido e mulher, sendo que ele possuía uma namorada e ela um filho de outro relacionamento.

Ocorre que esta prova é insuficiente para descaracterizar as demais, quer porque não consta período que ele teve a namorada e, também não consta a idade do filho que ela tenha tido com outro relacionamento, para que se pudesse aferir a situação fática de molde a descaracterizar o período da união estável.

Por fim, vale consignar que o simples fato de a apelada trabalhar em vários locais e frequentar clubes e bailes com amigos, não descaracteriza o relacionamento existente entre as partes, que, pelas provas apresentadas, era público e notório.

Logo, a apelada logrou comprovar os fatos constitutivos do seu direito, não havendo falar em provimento do presente recurso.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0800680-07.2012.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO. MENOR DE IDADE. SUPRIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA FINS MATRIMONIAIS. GRAVIDEZ. ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS PREVISTAS NO ART. 1.520 DO CÓDIGO CIVIL. SUPRIMENTO DA IDADE PARA O CASAMENTO. ACOLHIDA. AUTORIZAÇÃO PARA CONTRAIR MATRIMÔNIO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos termos do artigo 1520 da Lei Civil "excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal em caso de gravidez".

O impedimento matrimonial da imaturidade fisiológica não pode se sobrepor à realidade fática consubstanciada na relação existente entre a adolescente grávida e seu pretendente a esposo, futuro pai da criança.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Janaína Vieira de Souza, representada por sua mãe Cristine Vieira de Abreu, contra sentença que julgou improcedente o pedido contido nos autos da ação de suprimento judicial de idade para casamento, em razão de gravidez, tendo como terceiro interessado André Gouveia do Rosário.

A apelante alega, em síntese, que (I) possui relação afetiva com André Gouvêa do Rosário e que recentemente nasceu o primeiro filho do casal; (II) não pode prosperar o argumento do Juiz *a quo* de que o interesse da sociedade é de que os jovens não se casem, haja vista que se não houvesse interesse social no matrimônio de pessoas jovens, a legislação não haveria criado a possibilidade de suprimento de idade para o casamento; (III) está presente o interesse social no sentido de que o filho do casal cresça em uma entidade familiar completa e estruturada, uma família legítima, para seu bom desenvolvimento físico e psicológico;

(IV) "foge aos anseios sociais ver uma mãe tão jovem tendo de criar seu filho sozinha, principalmente quando o genitor tem pleno interesse em participar diariamente de sua criação"; (V) segundo as estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, o número de divórcios concedidos aumenta com a idade, sendo menor entre jovens; (VI) o fato de não saber o nome e a localização da fazenda em que irá morar, bem como, a data em que ganhou um anel de compromisso, não podem ser considerados como indícios de imaturidade; (VII) o fato de o envolvimento com André Gouvêa do Rosário ter se dado durante o período em que este ocupava posição de seu padrasto, havendo suposto vínculo de parentesco por afinidade, não passou por um crivo investigatório, sendo rechaçados por falta de embasamento probatório e pela ausência de oportunidade do estabelecimento de um contraditório; e (VIII) tendo em vista o sentimento de amor existente, não pode mais esperar para viver em proximidade com André Gouvêa do Rosário, não havendo conveniência em se aguardar determinando transcurso de tempo.

Ao final, requer a reforma da sentença de primeiro grau para que seja concedido o suprimento de idade para o casamento.

A Promotoria de Justiça do 1º Grau, valendo-se da orientação contida no artigo 2º da Recomendação n. 16, do Conselho Nacional de Justiça, manifestou-se tão somente quanto à admissibilidade recursal, entendendo que o mesmo merece ser conhecido.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação (f. 71-78).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Janaína Vieira de Souza, representada por sua guardiã Olívia Lemes de Santana, contra sentença que julgou improcedente o pedido contido nos autos da ação de suprimento judicial de idade para casamento, em razão de gravidez, tendo como terceiro interessado André Gouveia do Rosário.

Para melhor análise da questão posta em julgamento, passo a fazer uma breve digressão fática dos acontecimentos.

Verifica-se dos autos que Janaina Vieira de Souza, representada por sua guardiã Olívia Lemes de Santana, ajuizou ação de suprimento judicial de idade para o casamento, em virtude de sua gravidez.

A autora alegou, em suma, que (I) namora com André Gouveia do Rosário, advindo desta relação um filho, o qual nasceu no dia 10 de julho de 2012; e (II) estando hoje com 15 anos de idade, ainda não atingiu a idade núbil, razão pela qual buscou a tutela jurisdicional.

Após a instrução probatória, o magistrado de piso julgou improcedente o pedido inicial, sob o argumento de que não está presente o interesse social que justifica a aplicação da exceção prevista no artigo 1.520 do Código Civil, pois (I) as condições psicológicas da menor não demonstram a maturidade necessária para contrair matrimônio; (II) a gravidez que embasa o pedido de suprimento de idade foi também o fato motivador da retirada da autora e de suas irmãs da guarda da mãe e colocação em acolhimento familiar; (III) sua possível relação de parentesco por afinidade com o pretenso marido (padrasto/enteada) gera, nos termos do artigo 1.521, II, do Código Civil, impedimento para o casamento; e (IV) "se é verdadeiramente amor o que sente a autora por André e, principalmente, ele por ela, certamente serão capazes de aguardar menos de

um ano, período em que poderão melhor se conhecer. Ela, inclusive, amadurecer mais, avaliar seu pretenso marido no papel de pai (pois já há um filho em comum) e então tomar uma decisão mais segura" (f. 44).

É contra essa decisão que se insurge a ora apelante, alegando, em síntese, que (I) possui relação afetiva com André Gouvêa do Rosário e que recentemente nasceu o primeiro filho do casal; (II) não pode prosperar o argumento do juiz *a quo* de que o interesse da sociedade é de que os jovens não se casem, pois se não houvesse interesse social no matrimônio de pessoas jovens, a legislação não haveria criado a possibilidade de suprimento de idade para o casamento; (III) está presente o interesse social no sentido de que o filho do casal cresça em uma entidade familiar completa e estruturada, uma família legítima, para seu bom desenvolvimento físico e psicológico; (IV) "foge aos anseios sociais ver uma mãe tão jovem tendo de criar seu filho sozinha, principalmente quando o genitor tem pleno interesse em participar diariamente de sua criação"; (V) segundo as estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, o número de divórcios concedidos aumenta com a idade, sendo menor entre jovens; (VI) o fato de não saber o nome e a localização da fazenda em que irá morar, bem como, a data em que ganhou um anel de compromisso, não podem ser considerados como indícios de imaturidade; (VII) o fato de o envolvimento com André Gouvêa do Rosário ter se dado durante o período em que este ocupava posição de seu padrasto, havendo suposto vínculo de parentesco por afinidade, não passou por um crivo investigatório; e (VIII) em razão do sentimento de amor existente, não pode mais esperar para viver em proximidade com André Gouvêa do Rosário.

Ao final, requer a reforma da sentença de primeiro grau para que seja concedido o suprimento de idade para o casamento, por ser medida que visa à proteção da família

Com razão a recorrente.

O recurso, portanto, merece provimento.

Com efeito, a pretensão da ora apelante fundamenta-se no artigo 1.520 do Código Civil, que dispõe que:

Art. 1.520. **Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517)**, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou **em caso de gravidez**. (Destaquei)

No caso, conforme certidão de nascimento da apelante (f. 12), esta nasceu no dia 28 de junho de 1997, contando atualmente com 15 anos de idade, isto é, ainda não alcançou a idade núbil e, em consonância com a declaração médica de f. 10, verifica-se que a mesma encontrava-se gestante quando ingressou com a medida, sendo que atualmente seu filho já é nascido.

Portanto, estão satisfeitos os requisitos legais para o casamento, fato este que, inclusive, foi reconhecido pelo juízo de origem (f. 41-42).

Desse modo, faz-se necessário analisar se agiu com acerto a sentença quando entendeu que "os requisitos de exceção previstos no artigo 1.520 do Código Civil devem ser conjugados com o melhor interesse do incapaz, bem como o interesse social" que, no caso, não estão presentes.

De pronto, contrário ao entendimento adotado pelo magistrado de piso, entendo que estão sim presentes os requisitos do melhor interesse da incapaz, bem como o interesse social.

Ora, da análise dos autos, verifica-se que, realizada audiência, restou clara a intenção de André Gouveia do Rosário, pai da criança, em contrair núpcias, bem como o estreito laço afetivo entre o casal.

Nesse sentido, colaciono trecho do depoimento pessoal de f. 34:

> Diante o Magistrado, André sustentou:
>
> MP: André, sendo bem objetivo, você quer ficar com a Janaina por algum sentimento de culpa ou vocês tem uma afinidade?
>
> **DEPOENTE: Eu amo ela.**
>
> MP: Por que ela engravidou, por que ela não está morando mais com a mãe dela ou você tem uma afinidade, quer ficar com ela por que gosta dela e quer constituir família?
>
> DEPOENTE: Mesmo se ela não estivesse grávida, eu gosto dela.
>
> MP: É?
>
> DEPOENTE: **Agora não é por causa de bebê, não é por causa de culpa não, eu gosto dela mesmo.**
>
> MP: Tá ok. Sem mais.(Destaquei)

Da mesma forma, confira parte do depoimento da autora, ora apelante (f. 32-33):

> JUIZ: Está na família acolhedora né. E nasceu o seu filhinho então?
>
> DEPOENTE: Nasceu.
>
> JUIZ: Nasceu. O nome dele é Caio?
>
> DEPOENTE: Caio.
>
> JUIZ: Nasceu agora dia...
>
> DEPOENTE: 10.
>
> JUIZ: Dia 10. Aham. E já foi registrado?
>
> DEPOENTE: Já.
>
> JUIZ: E constou o nome do pai dele no registro?
>
> DEPOENTE: Aham.
>
> JUIZ: É o... Como que é o nome dele?
>
> DEPOENTE: André.
>
> JUIZ: André, isso? E o André tem ido lá, vocês estão se encontrando lá na sua casa ou não?
>
> DEPOENTE: Está.
>
> **JUIZ: Antes de nascer a criança também, ele também estava indo ou não?**
>
> **DEPOENTE: Estava.**
>
> JUIZ: Estava indo lá. E agora, ele foi ver a criança depois que nasceu?

DEPOENTE: Foi.

JUIZ: Ele está indo direto lá ou não?

DEPOENTE: Está. Ele vai lá ver o neném.

JUIZ: Ver o neném?

DEPOENTE: É.

JUIZ: E o quê que ele já levou lá para o neném? Levou alguma coisa?

DEPOENTE: Já. Já levou roupa.

JUIZ: É? Como que tem sido as conversas de você e ele? O quê que vocês conversam, que eu possa assim, que eu posso saber? O quê que vocês falam de vocês dois? Vocês fizeram algum plano, vocês fazem plano assim, de vocês dois ou não, só falam de... Como que é o encontro lá de vocês?

DEPOENTE: **Não, nós falamos que vamos morar juntos, comprar as coisas, fazemos planos para comprar as coisas, a casa.**

JUIZ: Aham. E para morar onde?

DEPOENTE: Na fazenda (Destaquei)

Como se vê, resta inequívoca a intenção do casal em contrair núpcias e formar uma família.

Sobre o tema, colaciono ainda trecho do bem elaborado parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, que bem pontuou a questão ora em análise (f. 71-78)*:*

> Assim, como o próprio juiz deixou a entrever, os fundamentos por ele exposto não são tão sólidos a ponto de tornar inviável o pretendido casamento. Tal realidade é constatada ainda melhor quando se analisa pontualmente cada argumento usado, como se faz a abaixo:
>
> **a) Da falta de maturidade necessária para contrair matrimônio da apelante:**
>
> Além de ser bastante subjetiva a análise que conduziu a conclusão da imaturidade da apelante, mesmo porque embasada em laudo médico elaborado por profissional da área, **a maturidade que eventualmente possa faltar a Apelante poderá, como já dito anteriormente, ser adquirida, de maneira mais eficaz, na própria convivência com o seu futuro marido e com o filho**.
>
> **b) Da arguida incoerência de a gravidez justificar, simultaneamente, o afastamento do ambiente familiar e o suprimento da idade núbil**:
>
> Entende o magistrado que há "no mínimo uma incoerência se o mesmo episódio (gravidez da autora com o padrasto) em um momento implicar no acolhimento familiar, com afastamento do ambiente onde vivia e, em outro momento, passar a ser justificativa bastante a suprir-lhe a idade núbil permitindo o casamento com o mesmo homem".
>
> Para chegar a esta conclusão, o magistrado partiu da premissa que o relacionamento íntimo da Apelante com André, de onde resultou gravidez, foi o motivo único da "retirada da autora e de suas irmãs da guarda da mãe e colocação em acolhimento familiar".

> Entretanto, não é bem assim. **Primeiro, porque o relacionamento sexual da Apelante não foi o que motivou a colocação das irmãs desta em acolhimento familiar e, em segundo lugar, deve-se considerar que, mesmo que não houvesse qualquer envolvimento sexual da Apelante com o pretendente marido, já havia, pelo relatório do Conselho Tutelar, motivo suficiente para determinar a perda do poder familiar por parte da mãe, em razão do abandono da prole e de suas atividades pouco recomendáveis no prostíbulo denominado "buraco do sapo**".
>
> **Além do mais, o relacionamento íntimo da Apelante com André não é fruto de violência nem de um fato casual, mas, pelo que tudo indica, em virtude de existir uma afeição muito grande entre eles, na condição de homem e mulher, tanto que ambos dizem que se amam e que querem casar.**
>
> Vê-se, portanto, que a realidade atual é bem diferente daquela que levou ao esfacelamento da família original, posto que o que se deve levar em conta neste momento é, principalmente, o princípio da proteção integral à criança, tendo em mente aqui a criança gerada do amor de ambos. Diante do que se há de perguntar qual o direito que tem mais força? Qual o direito que está a exigir melhor atenção? Sem dúvida que é o do ser mais tenro, sendo que esta atenção especial será atendida com a união dos pais, força primária dessa criança que acaba de chegar ao mundo.
>
> **Negar o consentimento implica em privar a criança do convívio paterno, que deseja acolhê-la e participar de sua criação.**
>
> **Desse modo, o relacionamento anterior dos pais não é empecilho para o casamento, mas sim o que dá força a isso, por ter resultado em uma gravidez geradora de um novo ser que agora está a exigir a presença dos pais ao seu redor para fazê-lo crescer e ganhar força para a vida.**
>
> **c) Ocorrência de possível impedimento para o casamento:**
>
> A existência do parentesco por afinidade da Apelante com o pretenso marido e que geraria, nos termos do artigo 1.521, II, do Código Civil, impedimento para o casamento, não passa de uma hipótese não comprovada, tanto é que o próprio magistrado não disse que "o tal matrimônio esbarraria no impedimento previsto no artigo 1.521, inciso II, do Código Civil", mas sim que se deveria refletir se "o tal matrimônio esbarraria no impedimento previsto no artigo 1.521, inciso II, do Código Civil".
>
> Se assim o é, tal hipótese jamais pode servir de embasamento para uma sentença judicial.
>
> **Neste sentido, há de se dar atenção especial aos argumentos da Apelante quando diz que se não está provado o casamento ou a união estável entre a mãe da Apelante e André, não há que se falar em parentesco por afinidade entre a Apelante e André, ficando, assim, descaracterizado o ventilado impedimento previsto no artigo 1.521, inciso II, do Código Civil.** (Destaquei)

Portanto, estão satisfeitos os requisitos legais para o casamento.

Ressalte-se que a existência do parentesco por afinidade da apelante com o pretenso marido e que geraria, nos termos do artigo 1.521, II, do Código Civil, impedimento para o casamento, não passa de uma hipótese não comprovada nos autos.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 226, a família como base da sociedade, conferindo, expressamente, especial proteção do Estado, reconhecendo, pelo § 3º do mesmo

artigo, como entidade familiar a simples união entre o homem e a mulher e determinando, inclusive, que a lei favoreça sua conversão em casamento.

Assim, na presente hipótese, ao impedir-se o suprimento de idade para o casamento, estar-se-á contrariando o objetivo constitucional da celebração do casamento.

Por tais razões, deve ser sim julgada procedente a pretensão inicial, mesmo porque o indeferimento do pedido de suprimento de idade para casamento não terá o condão de restabelecer o 'status quo ante', mantendo-se apenas a situação fática existente.

Nesse sentido, eis a remansosa jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL. SUPRIMENTO DE IDADE. AUTORIZAÇÃO PARA O CASAMENTO. SITUAÇÃO DE FATO EXISTENTE. ADOLESCENTE QUE CONTA 15 ANOS E OITO MESES DE IDADE E QUE JÁ COABITA COM O NOIVO. CABIMENTO. **O impedimento matrimonial da imaturidade fisiológica não pode se sobrepor à realidade fática apresentada pela relação existente entre a adolescente (com 15 anos e oito meses de idade) e seu pretenso esposo**, que já "vivem como se casados fossem" desde dezembro de 2011, com o consentimento de seus genitores, mormente quando se tem em vista que a idade núbil, estatuída no art. 1.517 do CC, sempre foi exigida como condição em respeito à prole e aos nubentes (em relação à capacidade para a procriação) e quando se sabe que a existência de filhos não é requisito substancial à formação da família. APELO PROVIDO[1]. (Destaquei)

> Ementa: FAMÍLIA. SUPRIMENTO JUDICIAL DE IDADE PARA O CASAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. FATO NOVO NOTICIADO NOS AUTOS, APÓS A PROLAÇÃO DA DECISÃO. GRAVIDEZ DA REQUERENTE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PREVISTO NO ART. 296 DO CPC. DESCABIMENTO, NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DA MATÉRIA POR ESTA CORTE, NOS TERMOS DO ART. 517 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, SENDO DESNECESSÁRIA A DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. **CONSIDERANDO QUE A GRAVIDEZ DA REQUERENTE GERA ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS PREVISTAS NO ART. 1.520 DO CÓDIGO CIVIL, QUE AUTORIZAM O SUPRIMENTO DA IDADE PARA O CASAMENTO, É DE SE ACOLHER O PEDIDO INICIAL, AUTORIZANDO-SE A REQUERENTE A CONTRAIR MATRIMÔNIO**. Preliminares rejeitadas e recurso provido[2]. (Grifei)

> Ementa: FAMÍLIA. CASAMENTO. SUPRIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA FINS MATRIMONIAIS. NUBENTE COM 17 ANOS DE IDADE. REGRA GERAL (ART. 1.517 DO CC/02). AUTORIZAÇÃO DOS PAIS INJUSTIFICADAMENTE NEGADA. SUPRIMENTO JUDICIAL POSSÍVEL (ART. 1.519). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)[3].

> Ementa: CONSENTIMENTO PARA CASAR. MENOR COM 17 ANOS COMPLETOS QUE, ASSISTIDO PELO PROGENITOR, PEDE CONSENTIMENTO JUDICIAL PARA CASAR COM A MENOR QUE ENGRAVIDARA. ARTIGO 214 DO CODIGO CIVIL. EMBORA O MENOR DE 18 ANOS NAO ESTEJA SUJEITO A IMPOSICAO DE PENA CRIMINAL, PODE O JUIZ CONCEDER-LHE A VENIA PARA CONTRAIR MATRIMONIO, MAXIME QUANDO DAS RELACOES COM A

1 Apelação Cível Nº 70051234664, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 29/11/2012
2 Apelação Cível Nº 70022115976, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 05/12/2007
3 Apelação Cível Nº 70017347717, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 23/11/2006

NAMORADA OU NOIVA TENHA RESULTADO GRAVIDEZ. COM O CASAMENTO SE RESGUARDA O INTERESSE SOCIAL, E DA PROLE, NA CONSTITUICAO DA FAMILIA, SEM APEGO EXCESSIVO A LITERALIDADE DA LEI: "LITTERA OCCIDIT; ESPIRITUS VIVIFICAT". APELACAO PROVIDA.

Ante o exposto, de acordo com o parecer ministerial, dou provimento ao presente recurso de apelação cível para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial, determinando, por conseguinte, a expedição do competente alvará para fins de suprimento da idade para casamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0058997-51.2009.8.12.0001 -Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. AFASTADA. PERDA DA CHANCE. NÃO CARACTERIZADA. SENTENÇA MANTIDA. PROVIMENTO NEGADO.

O erro do advogado que dá margem à indenização é aquele injustificável ou inescusável, podendo apenas ser responsabilizado quando, por dolo e intenção manifesta, prejudique seu cliente ou atue com culpa evidente, com imprudência, negligência ou imperícia.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de dezembro de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins -Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de apelação cível interposta por Eulalio Estrela Vicente contra sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais e morais que move em face de Alfredo Candido dos Santos Ferreira e outros.

O apelante alega, em síntese, que:

> O apelante propôs ação de reparação de danos morais, em razão da negligência dos requeridos que, embora contratados pelo requerente em tempo hábil para propor ação contra a empresa Toyota do Brasil Ltda., em razão do produto com vício oculto, estes o fizeram após vencido o prazo decadencial previsto no Código de Defesa do Consumidor (f. 592).
>
> O advogado responde civilmente pelos atos que praticar na defesa dos interesses de seus clientes, se resultarem em dano para os mesmos, quando decorrente de culpa ou dolo no exercício de sua profissão (f. 600).
>
> Conforme restou demonstrado nos autos os apelados foram devidamente contratados pelo apelante em 20 de abril de 2002, para propor ação em face da empresa Toyota, em razão do produto com vício oculto (f. 601).

> Entretanto, as ações de indenização foram ajuizadas somente em 4.9.2002 e em 3.11.2003, respectivamente, tendo sido a segunda ação julgada improcedente tendo em vista o prazo decadencial para a propositura da ação (f. 601).
>
> Foi negligência dos apelados que ajuizaram a ação a destempo, que acarretou relevante prejuízo ao apelante (f. 604).

Por fim, requer "provimento do recurso, condenando os apelados ao reembolso das despesas decorrentes da ação de indenização em face da Toyota do Brasil e ao valor despendido em razão da perda do direito, totalizando R$ 65.260,93, valor este que deverá ser acrescido de juros legais a partir da citação e correção monetária" (f. 612).

Os apelados, em contrarrazões, pugnam pelo improvimento do recurso (f. 620-623).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Cuida-se, como relatado, de apelação cível interposta por Eulalio Estrela Vicente contra sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais e morais que move em face de Alfredo Candido dos Santos Ferreira e outros.

Depreende-se dos autos que o ora apelante ajuizou ação de indenização, na qual se discute a existência de culpa ou dolo dos advogados ora apelados que, ao patrocinarem a causa para a qual foram devidamente constituídos, teriam agido com desídia, pois propuseram a ação epigrafada após ter decorrido o prazo

decadencial, fato este que, segundo alega o recorrente, ocasionou a improcedência da ação de indenização proposta.

O magistrado de piso julgou improcedente a ação em epígrafe, ao fundamento de que os apelados não foram negligentes, porquanto, na verdade, simplesmente não obtiveram êxito na demanda proposta.

O apelante, então, insurge-se agora contra a referida decisão, alegando, em síntese, que (I) houve sim desídia dos advogados; e (II) deve haver condenação para fins de reparar os prejuízos causados pela improcedência da ação de indenização proposta de forma desidiosa.

O recurso não merece provimento.

Ocorre que, da análise dos autos, verifica-se que a ação de indenização

(f. 22-54) na qual os apelados atuaram como patronos do apelante, foi julgada improcedente (f. 208-211) tão somente em razão do não acolhimento da tese nela defendida.

Confira-se, a propósito, a sentença de improcedência proferida pelo magistrado naquela ocasião:

> Assim, não assiste razão ao autor quando afirma, à f. 173, que a pretensão exordial seria de natureza civil. No que tange especificamente aos pedidos de conserto do veículo pela requerida e de reparação pelos danos materiais, não há como afastar a aplicação das regras constantes na legislação consumerista.
>
> [...] Resta apenas a pretensão relativa aos danos morais que o autor afirma ter sofrido em decorrência dos fatos narrados na inicial.

> [...] Ora, resta claro que eventual dano sofrido pelo autor é de ordem material e não moral. De fato, não houve nenhuma lesão a qualquer bem vital do autor [...].
>
> [...] Diante do exposto, no que tange aos pedidos relativos ao conserto do veículo e aos danos materiais, ambos com fundamento no vício do produto, acolho a prejudicial de mérito, o que faço com base no art. 269, IV, do CPC. No que se refere aos danos morais julgo improcedente a presente ação. (f. 208-211)

Como se vê, ao contrário do afirmado pelo ora apelante, o fato de não se ter obtido sucesso na demanda não se deve à negligência dos advogados ora apelados, mas sim porque a tese esposada diferiu daquela acolhida pelo julgador.

Ora, a interpretação jurídica diversa do julgador não configura incúria ou imperícia do advogado capaz de responsabilizá-lo pelo insucesso da demanda. Veja-se o que anotou o magistrado de origem a respeito:

> Da análise mais apurada dos autos, vê-se que os réus, embora nãoobtivessem êxito nas duas ações propostas, agiram com zelo e diligência. É o que se percebe das iniciais, do recurso de apelação e, mesmo dos embargos de declaração contidos na última ação de reparação de danos. [...] O erro do advogado que dá margem à indenização é aquele injustificável ou inescusável, elementar para o advogado médio; há de ser irrecusável, grosseiro, de fato ou de direito, fruto da ignorância de lei, da doutrina ou do entendimento jurisprudencial dominante. [...] Não houve como pretende o autor, perda de prazo para propor as ações. O fato é que se o magistrado tivesse optado pela aplicação do art. 27 do CDC, cujo prazo para reparação de danos é de cinco anos, o processo teria o seu curso normal.
>
> A teoria de perda de uma chance, defendida pela parte autora, somente teria cabimento se o magistrado, na última ação intentada, não houvesse declarado a decadência e, por exemplo, ultrapassando essa prejudicial, rejeitasse a lide por ter o advogado deixado de formular pedido essencial ou de promover prova indispensável para o acolhimento de determinado pedido.
>
> Mais uma vez não é o caso, pois, conforme se depreende da leitura dos autos, os réus atuaram com diligência, argumentando e bem fundamentando suas petições, de modo que não há que se falar na incidência do art. 32 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, pois não houve dolo ou culpa dos profissionais acima.
>
> [...]

Assim, como visto, do conjunto probatório examinado nos autos, não se constata erro na conduta dos advogados-recorridos. Não resulta conclusão segura e inequívoca quanto à existência de desídia profissional, em qualquer de suas modalidades, seja negligência, imprudência ou imperícia, razão pela qual a sentença de improcedência do pedido de responsabilização dos advogados ora apelados deve ser mantida.

Nesse sentido, é oportuna a lição de Rui Stoco:

> [...] em matéria de prazo, apenas nos casos de erro crasso, inadmissível e visível icto oculi e, portanto, inescusável, que cause efetivo dano, é que se poderá responsabilizar o causídico.
>
> É certo, como evidenciou Caio Mário, que ‘o primeiro dever do advogado é a vigilância’, ressaltando que a observância dos prazos é fundamental, ‘respondendo o advogado se deixa de observá-los’ (ob. Cit., p. 163) e acrescentando que ‘tem ele o dever de conhecê-los por serem de direito expresso’.

> [...]
>
> Contudo, segundo nos parece, há hipóteses e circunstâncias que poderão escusar o profissional pelo erro cometido, em situações anômalas na quais o erro mostra-se escusável.[1](Grifei)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo intacta a sentença de origem.

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. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Joenildo de Sousa Chaves e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 19 de dezembro de 2012.

***

1 In Tratado de Responsabilidade Civil. 7ª ed. Ed. RT. p. 505.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0800699-24.2011.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO DE NULIDADE DA PENHORA. TRATOR. ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE INSTRUMENTO DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE DO ART. 649, VI, DO CPC. RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se a decisão agravada, porquanto, no caso, não há prova nos autos de que o bem esteja protegido pela regra da impenhorabilidade (art. 649, V, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, 6 de fevereiro de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins -Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Hamilton José Freu Coletto contra a sentença que julgou improcedentes os embargos opostos em face de Visley Nilson Vergara.

O apelante busca a reforma da sentença hostilizada, asseverando, em síntese, que:

> O MM. Juiz a quo, declarou que os presentes Embargos foram interpostos intempestivamente, e que a matéria ventilada, no caso, impenhorabilidade de instrumento de trabalho, deveria ter sido arguida por meio de Exceção de Pré-executividade, ora, a impenhorabilidade é matéria de ordem pública, e se pode ser arguida a qualquer tempo, por meio de petição, pode ser matéria de Embargos, como no presente caso. (f. 29)
>
> Deve ser declarada NULA a penhora realizada, pois o bem penhorado constitui, em verdade, bem necessário e útil ao exercício da profissão do embargante, exatamente como dispõe o art. 649, inc. VI do CPC. (f. 29).
>
> Assim, razoável entender que o apelante necessita do trator para o exercício de suas atividades, seja realizando tarefas em outras propriedades, para auxiliar no sustento de sua família. (f. 29)
>
> Como alegado anteriormente, o Embargante, era produtor Rural, ocorre que por motivos de saúde e dificuldades financeiras, parou com o plantio de grãos, e se tornou prestador de serviços, trabalhando como tratorista em fazendas vizinhas, emprego que o Embargante só conseguiu em razão de possuir um trator. (f. 30)

> Ao final, requer o provimento do recurso. Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões (f. 35-40).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Hamilton José Freu Coletto contra a sentença que julgou improcedentes os embargos opostos em face de Visley Nilson Vergara.

Observo que, com relação à matéria trazida no recurso, impõe-se a manutenção da sentença apelada por seus próprios fundamentos, os quais utilizo como razão de decidir, transcrevendo para este fim o seguinte trecho da mesma:

> [...] Assiste razão ao embargado. Dispõe o art. 739, in verbis: Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:
>
> I - quando intempestivos; II -quando inepta a petição (art. 295); ou III -quando manifestamente protelatórios.É o caso dos autos. Juntado o mandado de citação do executado em 29.7.2010, certificou-se o decurso de prazo para interposição de embargos em 13.8.2010. Intempestivos, portanto, os presentes embargos. Tomado por termo a conversão do arresto em penhora que recaiu sobre o bem em discussão, foi dada ao embargante, em última oportunidade, o direito de remir a execução, mediante pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. No entanto, o embargante opôs-se a execução por meio de embargos. Assim, ainda que se analisasse os argumentos trazidos por ele em sede de exceção de pré-executividade, o que é aceito pelo jurisprudência, melhor sorte não lhe assistiria.
>
> Isso porque, além de não ter cumprido a determinação no sentido de remir a execução, garantindo-a, dado o avançando andamento do procedimento, os argumentos no sentido da impenhorabilidade do trator não se sustentam.
>
> Isso porque, para que a impenhorabilidade seja declarada, necessário que o bem seja indispensável ao exercício da profissão, conforme analisa o próprio embargado.
>
> Todavia, referido trator, conforme afirmado por ele, está arrendado a terceiro, o que, por si só, é argumento suficiente para afastar a pretendida impenhorabilidade.
>
> Conclusão
>
> 1. Nos termos do Art. 269, I, do CPC, julga-se improcedente a pretensão ventilada nos presentes embargos. (f. 23-24)
>
> Com efeito não há qualquer prova nos autos sobre a necessidade de utilização do veículo penhorado para o exercício da atividade laboral do ora apelante, sendo que, por óbvio, é obrigação da parte requerida fazer prova nesse sentido, nos exatos termos que dispõe do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, Ovídio Baptista leciona que:

Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de

determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes.[1]

No caso, nem mesmo as manifestações orais no sentido da impenhorabilidade do bem em epígrafe são dignas de guarida, isto porque não é por cuidar-se o veículo penhorado de um trator utilizado em propriedade rural que o referido veículo é indispensável à realização das atividades de subsistência de seu proprietário.

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. AGRICULTOR. PENHORA DE TRATOR. Diante da conduta processual do devedor e ausência de esclarecimentos acerca de sua condição econômica, embora seja agricultor deve ser mantida a penhora de trator. Outras questões não podem ser conhecidas por constituírem inovação. Negado seguimento ao recurso.[2] (Destaquei)

Destarte, não havendo nenhuma prova nos autos no sentido de que o bem penhorado é indispensável à atividade laboral do recorrente, deve ser mantida a penhora efetuada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes

Martins, Des. Joenildo de Sousa Chaves e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 06 de fevereiro de 2013.

***

1 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil (processo de conhecimento). p. 289.

2 Agravo de Instrumento Nº 70036199792, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Felix, Julgado em 06/05/2010.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0055954-72.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE DE SALDO EXISTENTE EM CONTA CORRENTE – ORIGEM ALIMENTAR – NÃO COMPROVADA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Conquanto não comprovada a alegada origem alimentar do saldo em conta corrente levado à constrição, não pode ser admitida a arguição de impenhorabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Nilton Leite de Freitas ME, Nilton Leite de Freitas e Nadia Regina Vargas Albrecht Freitas, apelam da sentença proferida nos Embargos à Execução contra o Banco do Brasil S/A, julgando improcedentes os pedidos contidos na inicial. Arguem preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, tendo em vista que se as provas coligidas são insuficientes, e deveria o Juízo a quo autorizar a produção de outras provas, direito que foi ceifado com o julgamento antecipado da lide. No que tange ao mérito, reafirmando os termos da inicial, sustentam a impenhorabilidade dos valores encontrados na conta corrente da primeira apelante, posto que originários da remuneração do segundo recorrente, no desempenho de atividade autônoma e indispensável ao seu próprio sustento, de sua família e à manutenção da primeira recorrente. Requerem, assim, o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença e reconhecer a impenhorabilidade dos valores em questão. Resposta pugnando pelo improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Infere-se dos autos que Nilton Leite de Freitas ME, Nilton Leite de Freitas e Nadia Regina Vargas Albrecht Freitas, opuseram Embargos à Execução contra o Banco do Brasil S/A, alegando impenhorabilidade de valores depositados em conta corrente da primeira e utilizado para sua manutenção e sustento dos demais.

O Juízo da causa, embora reconhecendo a impenhorabilidade dessa verba, rejeitou a arguição, asseverando que não restou demonstrada sua origem. Inconformados, sustentam os recorrentes que se os elementos de convicção acostados aos autos são suficientes para demonstrar que os valores existentes na conta corrente decorrem de sua remuneração do trabalhador autônomo, deveria autorizar a produção de provas, sob pena de cerceamento de defesa. No mérito, reafirmam a impenhorabilidade daqueles valores.

Preliminar

A arguição de cerceamento de defesa não merece prosperar, pois não houve preterição ao direito de produzir provas. Nesse norte, releva destacar que embora os recorrentes tenham pleiteado a produção de prova testemunhal na petição inicial, apenas a prova documental seria apta a atestar a origem dos valores levados à constrição, mormente diante do sigilo que recai sobre informações relativas à movimentação financeira, assegurada pelo art. 5ª, X, da Constituição Federal.

A origem dos valores poderia ser demonstrada por meio de extratos de movimentação bancária, comprovantes de depósito em conta corrente etc., sendo inadmissível a prova testemunhal para tanto.

Rejeito, assim, a alegação de cerceamento de defesa.

Mérito

A questão que se coloca ao crivo deste Juízo *ad quem* é aquela alusiva à comprovação da origem dos valores penhorados na conta corrente pertencente à primeira recorrente: se se trata de ativos financeiros ou produto de remuneração, como alegam os recorrentes.

Cândido Rangel Dinamarco reconhece a inadmissibilidade da penhora de depósitos e aplicações decorrentes de remuneração. Referindo-se ao disposto no referido dispositivo, leciona:

> "Surgiam, com alguma frequência dúvidas sobre a penhorabilidade de aplicações ou depósitos bancários oriundos de vencimento, soldos ou salários, as quais deviam ser resolvidas segundo um critério de razoabilidade e levando em conta os fundamentos que levam a lei a estabelecer impenhorabilidades. A tendência jurisprudencial era limitar a penhorabilidade desses recursos, na consideração de que, a partir de um certo momento, eles perdem sua feição alimentar, passando a constituir verdadeiro patrimônio. Em sua versão atual, todavia, o Código de Processo Civil veda expressamente a penhora on line desses depósitos ou aplicações, competindo ao executado a prova de que seja provenientes daquelas remunerações (art. 655-A, § 2º) – donde se poderia inferir que tais depósitos ou aplicações seriam inteiramente impenhoráveis, quer pela utilização de meios eletrônicos, quer por outros meios, sempre que o sejam os valores depositados ou aplicados." (Instituições de Direito Civil, vol. IV, 3ª ed., Malheiros, p. 396)

Fredie Didier Júnior, Leonardo Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira sustentam que a impenhorabilidade de valores depositados em conta perdura até que se altere a natureza dos depósitos:

> "A impenhorabilidade dos rendimentos de natureza alimentar é precária: remanesce apenas durante o período de remuneração do executado. Se a renda for mensal, a impenhorabilidade dura um mês: vencido o mês e recebido novo salário, a 'sobra' do mês anterior perde a natureza alimentar, transformando-se em investimento. Como já afirmara Leonardo Greco, é preciso sujeitar essa regra 'a um limite temporal, sem o qual ela constituirá instrumento abusivo de um iníquo privilégio em favor do devedor, para considerar que a impenhorabilidade de toda a remuneração, somente perdura no mês da percepção. [...] a parte da remuneração que não for utilizada em cada mês, por exceder as necessidade de sustento suas e de sua família, será penhorável, como qualquer outro bem de seu patrimônio. Assim, perde a natureza de verba

> alimentar e, conseguintemente, o atributo da impenhorabilidade. Se assim não o fosse, tudo o que estivesse depositado em uma conta-corrente de uma pessoa física apenas assalariada jamais poderia ser penhorado, mesmo que de grande monta, correspondente ao acúmulo dos rendimentos auferidos ao longo dos anos." (Curso de Direito Processual Civil, Execução, vol. 5, Juspodivm, 2009, p. 555-6)

Assim, os valores correspondentes à remuneração, depositados em conta corrente, enquanto não perderem a natureza alimentar, em regra não podem ser penhorados, em conformidade com a lição doutrinária transcrita.

Ocorre que, tal como consigando na sentença, não existe nos presentes autos qualquer elemento de convicção (como cópias de extratos de movimentação de conta corrente ou comprovantes de depósitos) capaz de atestar a origem dos valores encontrados na conta corrente em questão. Por essa razão (falta de comprovação dos fatos alegados na inicial), não é possível o pretendido reconhecimento da impenhorabilidade.

Posto isso, **conheço do presente recurso e nego-lhe provimento**, ratificando os termos da sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 07 de fevereiro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800120-24.2011.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPRA PELA INTERNET – AUSÊNCIA DE ENTREGA DOS PRODUTOS – DEVOLUÇÃO DO DINHEIRO EM FORMA DE CRÉDITO COM A EMPRESA – INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANO MORAL INEXISTENTE – MERO DISSABOR – RECURSO IMPROVIDO.

O simples fato do descumprimento contratual, com a ausência de entrega das mercadorias adquiridas pelo consumidor em compra via internet, com a devolução do dinheiro através de crédito com a própria empresa, não é fundamento para a indenização por danos morais. Não é todo ilícito contratual ou extracontratual que provoca, por sua própria natureza de ilícito, dano de natureza moral. Não se pode balizar nem desvirtuar o instituto, transformando a indenização por dano moral em forma de promover o locupletamento de uns em detrimento da simples resistência de outros a uma pretensão e nem se pode transformar a indenização por danos morais em forma preponderante de punição ao que descumpriu obrigação civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 7 de fevereiro de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Roni Pablo Rodrigues da Cunha apela da sentença de improcedência prolatada nos autos da Ação de Cobrança, c/c Indenização por Danos Morais, que move em face de Privalia Serviços de Informação Ltda, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos tão somente para condenar a empresa Privalia na restituição ao autor da quantia de R$ 153,00, devidamente corrigida. Sustenta o equívoco da sentença, tendo em vista que a apelada levou quase quatro meses para tentar encontrar uma solução para o impasse. Ademais, ressalta o descaso com que foi tratado pela apelada, gerando o dever de indenizar. Destaca o posicionamento doutrinário acerca da existência de dano moral por descumprimento contratual. E ainda, de acordo com a jurisprudência, pretende a aplicação da função dissuasória da responsabilidade civil, a qual prevê que a desconsideração com a pessoa do consumidor gera o dever de indenizar. Diante disso, pleiteia o provimento do recurso com a reforma da sentença para a procedência total dos pedidos.

Contrarrazões pelo improvimento (f. 123-134).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Roni Pablo Rodrigues da Cunha em face da sentença de parcial procedência prolatada nos autos da Ação de Cobrança, c/c Indenização por Danos Morais, que move em face de Privalia Serviços de Informação Ltda., objetivando a reforma para a procedência de todos os pedidos.

A questão posta em debate envolve pedido de cobrança, c/c indenização por danos morais, em razão da compra pela internet efetuada pelo autor e atraso na entrega dos produtos. Sustenta o autor-apelante o equívoco da sentença, tendo em vista que a apelada levou quase quatro meses para tentar encontrar uma solução para o impasse. Ademais, ressalta o descaso com que foi tratado pela apelada, gerando o dever de indenizar. Destaca o posicionamento doutrinário acerca da existência de dano moral por descumprimento contratual. E ainda, de acordo com a jurisprudência, pretende a aplicação da função dissuasória da responsabilidade civil, a qual prevê que a desconsideração com a pessoa do consumidor gera o dever de indenizar.

Da detida análise dos autos, entendo que não assiste razão ao apelante, devendo ser mantida a sentença. De fato a apelada não nega o descumprimento contratual, tendo em vista a impossibilidade de entrega dos produtos adquiridos pelo apelante. Entretanto, conforme se infere dos documentos acostados às f. 76-85, a apelada imprimiu esforços para resolver o impasse, tendo informado ao apelante, através de mensagem eletrônica (e-mail), acerca do insucesso da transação financeira para devolução da quantia paga, requerendo, por isso, os dados bancários do apelante (f. 81). Posteriormente, vários foram os e-mails solicitando os dados bancários do apelante, porém sem sucesso (f. 82-83). Diante disso, a apelada informou então que o crédito do apelante encontrava-se disponível na sua conta Privalia, podendo ser utilizado nas próximas compras (f. 84-85).

Portanto, considerando que a questão posta em debate caracteriza-se em descumprimento contratual, onde, segundo consta, a empresa apelada tentou de várias formas solucionar o impasse quanto à devolução do dinheiro despendido pelo apelante com a compra de mercadorias que não foram entregues, tenho que os fatos não passaram de mero aborrecimento, sem atingir a esfera moral do recorrente, a ensejar indenização.

A situação vivida pelo apelante não lhe trouxe qualquer situação vexatória, constrangedora ou humilhante que possa ser considerada dano moral. Mero aborrecimento não caracteriza dano moral e, portanto, não deve ser indenizado.

Os fundamentos do apelante, insertos na petição inicial, bem como no presente recurso, não são suficientes a ensejar dano moral, pois não é todo ilícito contratual ou extracontratual que provoca, por sua própria natureza de ilícito, dano de natureza moral. Não se pode balizar nem desvirtuar o instituto, transformando a indenização por dano moral em forma de promover o locupletamento de uns em detrimento da simples resistência de outros a uma pretensão e nem se pode transformar a indenização por danos morais numa forma preponderante de punição ao que descumpriu uma obrigação civil.

Nesse sentido, cito julgado deste Tribunal, inclusive acórdão de minha relatoria:

> "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO, C/C INDENIZAÇÃO - VENTOS FORTES - NEXO DE CAUSALIDADE - INDENIZAÇÃO DEVIDA. Se a perícia conclui que os danos encontrados no imóvel podem ter decorrido dos fortes ventos que atingiram a região, fato confirmado pelas testemunhas, não pode a seguradora se eximir do pagamento da indenização. **ILÍCITO CONTRATUAL – DANOS MORAIS – PESSOA JURÍDICA – INEXISTENTE** – JUROS DE MORA E CORREÇÃO – DATA DA RECUSA AO PAGAMENTO. **O simples fato do**

> **descumprimento contratual, com os transtornos decorrentes da recusa ao pagamento da indenização devida, não é fundamento para a indenização por danos morais, principalmente em se tratando de pessoa jurídica.** Danos morais não se confundem com lucros cessantes. CONTRATO DE SEGURO – ILÍCITO CONTRATUAL – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. Não havendo como aferir a data em que a indenização deveria ter sido paga, a correção monetária e os juros de mora incidem desde a data em que a seguradora se recusou ao pagamento da indenização." (Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Publicação: 09/06/2009, Nº Diário: 1981) destaquei

E mais,

> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – MERO ABORRECIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Para que o autor seja ressarcido por danos morais, deve ele demonstrar haver sofrido, com a conduta da parte ré, abalo psíquico ou moral, **pois o mero aborrecimento ou desgaste emocional não enseja, por si só, a referida indenização".** (TJMS – Apelação Cível n. 2004.008051-4, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, 1ª Turma Cível, j. 18.03.2008).
>
> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – REALIZAÇÃO DE EVENTOS E SHOWS ACÚSTICOS E QUE PROPAGAM SOM EXCESSIVO – PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO – BAIRRO RESIDENCIAL – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER MANTIDA – DANO MORAL – NÃO-CONFIGURAÇÃO – MERO DISSABOR E ABORRECIMENTO QUE NÃO ATINGEM O DIREITO DE PERSONALIDADE DOS AUTORES – AFASTAMENTO – PROVIMENTO PARCIAL. **Não há falar em configuração do dano moral, pois o caso trata de meros dissabores e aborrecimentos que acontecem no cotidiano de qualquer homem médio, que não atinge o direito da personalidade como a honra, a imagem, o nome, e muito menos causou uma dor ou sofrimento intenso."** (TJMS – Apelação Cível n. 2007.015810-6, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, 2ª Turma Cível, j. 11.09.2007).

Desta forma, feitas estas considerações, **conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento**, mantendo-se a sentença 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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 07 de fevereiro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800405-53.2011.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – NOTA PROMISSÓRIA – EXECUÇÃO PRESCRITA – AÇÃO MONITÓRIA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A CONTAR DO VENCIMENTO DO TÍTULO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. É assente na jurisprudência pátria que com a prescrição da pretensão executiva a nota promissória deixa de ser título de crédito, passando a ser apenas a dívida por ela representada. Por esta razão, o prazo prescricional é de cinco anos previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil, a contar do vencimento da dívida, pois não há previsão legal para interrupção ou suspensão desse prazo prescricional durante o primeiro triênio em que se afigura possível o ajuizamento da execução fundada no título cambiariforme. O que prescreve é a pretensão de cobrança e não o meio processual posto à disposição da parte para o exercício do seu direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 21 de fevereiro de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

João Augusto Franco apela da sentença proferida dos autos dos Embargos Monitórios que opôs contra Oeste Verde Comércio e Armazém de Cereais Ltda., julgando improcedentes os pedidos iniciais e constituindo os documentos que acompanham a monitória em título executivo. Sustenta que o vencimento da obrigação ocorreu no dia 30 de julho de 2004 e que o prazo prescricional é de 5 anos, na forma do art. 206, § 5º, I, do Código Civil. Aduz, ainda, que a ação monitória foi ajuizada somente no dia 27 de setembro de 2011, quando a obrigação já se encontrava prescrita. Sustenta, também, a prescrição trienal da pretensão à reparação pelo enriquecimento sem causa, na forma do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Requer seja provido o apelo e reformada a sentença para julgar procedente a pretensão deduzida na inicial dos embargos monitórios.

Resposta pugnando pelo improvimento (f. 72-74)

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Consoante relatado, João Augusto Franco apela da sentença proferida dos autos dos Embargos Monitórios que opôs contra Oeste Verde Comércio e Armazém de Cereais Ltda., julgando-o improcedente e constituindo os documentos que acompanham a monitória em título executivo.

Considerou o juízo *a quo* que o prazo para ajuizamento da ação monitória fundada em nota promissória seria de três anos (art. 206, § 3º, VIII, do CC), citou jurisprudência com prazo de cinco anos (art. 206, §5º, I, do CC), e contou cinco anos a partir da perda de sua força executiva, que é de três anos (art. 70 da Lei Uniforme), expirando em oito anos de seu vencimento, portanto.

Houve evidente equívoco.

É assente na jurisprudência pátria que com a prescrição da pretensão executiva a nota promissória deixa de ser título de crédito, passando a ser apenas a dívida por ela representada. Confira:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. COBRANÇA POR MEIO DE PROCEDIMENTO MONITÓRIO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA OBRIGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1 - De acordo com o entendimento pacífico desta Eg. Corte, é possível a cobrança do crédito oriundo de nota promissória prescrita por meio de ação monitória. É que, com a prescrição do título de crédito, ocorre uma alteração do fundamento da cobrança, que deixa de ser a cártula, autonomamente considerada, e passa a ser a dívida nela representada. 2 - Assim, não há que se confundir a prescrição da nota promissória, e a consequente perda de sua eficácia executiva, com a prescrição da dívida de que ela faz prova. 3 - No caso em apreço, encontrava-se prescrita, quando da propositura da demanda, a ação pra executar as notas promissórias. Tal circunstância, contudo, não impede a propositura de demanda monitória com o intuito de cobrar a obrigação representada pelas cártulas prescritas, desde que tal pretensão também não tenha sido alcançada pela prescrição, o que não ocorreu na espécie. 4 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 1014710/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 25/08/2010)

Por esta razão, o prazo prescricional é de cinco anos e está previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil, que dispõe:

> "Art. 206. Prescreve:
>
> [...]
>
> § 5º Em cinco anos:
>
> I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;"

Não é outro o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. NOTA PROMISSÓRIA. EXECUÇÃO PRESCRITA. AÇÃO MONITÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO PROVIMENTO. 1. A prescrição da cobrança via ação monitória de nota promissória cuja execução está prescrita é de cinco anos. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 50.642/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012)

Por certo que o prazo quinquenal em questão inicia-se a partir do vencimento da dívida, pois não há previsão legal para interrupção ou suspensão desse prazo prescricional durante o primeiro triênio em que se afigura possível o ajuizamento da execução fundada na título cambiariforme. Não é possível somar, como fez a sentença, os três anos da execução com os cinco anos de cobrança.

Esta é a lição apresentada por Nestor Duarte:

> "Pelo atual Código, qualquer dívida resultante de documento público ou particular, tenha ou não força executiva, submete-se à prescrição quinquenal, contando-se do respectivo vencimento." (Código Civil Comentado, Coord. Min. Cezar Peluso, 3ª ed., Manole, 2009, p. 166)

Nesse sentido recentemente decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. NOTA PROMISSÓRIA. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO. A Nota Promissória firmado entre as partes, com vencimento para 25.05.2004, obedece a regra do art. 206, § 5°, inciso I, do CPC, que prevê o prazo quinquenal. Não se adita, conforme requer a parte apelante, o prazo da ação executiva (03 anos) com o lapso temporal da ação monitória (05 anos), o que se constitui em vantagem que a lei civil não prevê, para afastar a prescrição Sentença de extinção mantida. Apelo improvido. PREQUESTIONAMENTO: Não se negou vigência a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO." (Apelação Cível Nº 70051357093, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 04/12/2012)

Aliás, já decidiu esta Câmara Civel em caso semelhante que o que prescreve é a pretensão de cobrança e não o meio processual posto à disposição da parte para o exercício do seu direito, de modo que a contagem do prazo se inicia com o vencimento do título. Veja:

> "EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – AUTOS APARTADOS – ARTIGO 7º, PARÁGRAFO PRIMEIRO, DA LEI 1.060/50 E ARTIGO 649, §1º, DO RITJMS – CHEQUE – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ARTIGO 206, §5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL – TERMO INICIAL – EMISSÃO DO TÍTULO – CHEQUE PRESCRITO – RECURSO PROVIDO. Uma vez concedido os benefícios da assistência judiciária gratuita, eventual impugnação não suspenderá o curso da ação e se processará mediante a propositura de incidente processual, a ser autuado em apartado, onde será conferido às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa. O prazo de prescrição da ação monitória é de cinco anos, a contar da emissão do título, conforme o disposto no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, pois o que prescreve é a pretensão de cobrança e não o meio processual posto à disposição da parte para o exercício do seu direito." (TJMS, Apelação Cível n. 2011.000703-9, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. 5ª Câmara Cível. J. 14/04/2011)

Destarte, tendo a nota promissória sob exame vencido no dia 30 de julho de 2004 (f. 14) e considerando que o ajuizamento da ação monitória se deu após 30 de julho de 2009, evidente a prescrição.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para acolher os embargos monitórios ofertados por João Augusto Franco e, consequentemente, julgar improcedente o pedido monitório formulado por Oeste Verde Comércio e Armazenagem de Cereais Ltda., restando extinto o respectivo processo. Consequentemente, inverto o ônus da sucumbência e condeno a apelada ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios que, atento ao princípio da isonomia, arbitro em R$-3.000,00 (três mil reais), o que faço com fundamento no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0000892-22.2007.8.12.0011/50000 - Coxim
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO BANCÁRIO – CONTA CORRENTE – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA – OCORRÊNCIA – REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

A revisão de contratos bancários configura-se como direito pessoal, aplicando-se prescrição da pretensão do artigo 177 do Código Civil de 1916, qual seja, de vinte anos, a contar da pactuação do contrato, uma vez que, quando da entrada em vigor da nova legislação civil, já havia transcorrido a metade do tempo estabelecido na lei revogada, segundo disposição do artigo 2.028 do Novo Código Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2012.

Juiz Vilson Bertelli – em substituição legal

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Pedro Marques Garcia, inconformado com a decisão monocrática proferida no recurso de apelação cível interposto nos autos da Ação Ordinária de Revisão Contratual c/c Prestação de Contas, Compensação de Valores e Repetição de Indébito, movida em face de **Banco Bradesco S/A**, interpõe o presente regimental.

Alega, preliminarmente, que a decisão monocrática é nula, posto que não obedece aos requisitos dispostos no artigo 557, §1º-A do Código de Processo Civil.

No mérito, aduz que, mesmo sendo aplicável ao caso a prescrição vintenária, a matéria prescrita diz respeito apenas ao lapso temporal que exceder vinte anos, não englobando a totalidade da ação, uma vez que o contrato de conta corrente possui trato sucessivo. Desta feita, apenas as operações anteriores a 14 de março de 1987, data do ajuizamento da presente ação, estariam prescritas.

Ao final, postula a reconsideração da decisão ou sua apreciação pelo colegiado.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Banco do Brasil S/A, irresignado com a decisão monocrática que extinguiu a ação, com resolução de mérito, interpõe o presente regimental.

A decisão agravada restou assim redigida, *in verbis*:

> "[...]
>
> **Da apelação interposta pela instituição financeira**
>
> **Da prescrição**
>
> Entende a instituição financeira que houve prescrição do direito do autor, no que tange à revisão dos contratos de conta corrente no período anterior a três anos, contados da data da distribuição da presente ação.
>
> Razão lhe assiste, em parte.
>
> No caso em tela ocorreu de fato a prescrição, mas de forma e com fundamentação diversas das que foram alegadas pela instituição financeira. Não há que se falar em prescrição trienal do direito do autor, contada apenas em relação aos três anos anteriores ao ajuizamento da ação de revisão contratual. Incide, na hipótese aventada, o prazo prescricional fixado pelo Código Civil de 1916, artigo 177, no qual foi fixado que "as ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas".

Neste sentido é a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

> "CONTRATO BANCÁRIO CRÉDITO ROTATIVO EM CONTA CORRENTE Ação revisional - Relação de consumo caracterizada Possibilidade de revisão de toda a relação contratual sucessiva e encadeada, não havendo que se falar em prescrição trienal desse direito, porque incidente, in casu, a regra prevista no artigo 205, do Código Civil, cujo prazo decenal ainda não havia se escoado na data do ajuizamento do feito - Capitalização mensal de juros corretamente afastada, inclusive pela Medida Provisória 2170-36, que apresenta grave vício de origem, pela não observância obrigatória dos requisitos determinados na LC 95/98 (artigo 7º) Comissão de permanência que também é indevida, por se tratar de encargo fixado unilateralmente pelo credor - Juros remuneratórios livres para os bancos, mas, incidentes de forma linear e nas taxas previamente comunicadas ao consumidor (art. 42 do CDC) - Mas, como o banco réu não provou as taxas de juros remuneratórios ajustadas entre as partes, só incidem a taxas previamente fixadas pelo BACEN, porém, se os juros efetivamente cobrados pelo réu forem mais favorável ao consumidor, estes é que prevalecerão Após o vencimento da dívida, só incidem correção monetária pelos índices da tabela prática deste Eg. Tribunal de Justiça, juros de mora de 1% ao mês e multa de 2% O réu tem razão, porém, no que diz respeito à devolução de eventual saldo credor que se fará de forma simples e não em dobro, como constou da r. sentença a quo, porque não restou demonstrada a má-fé daquele Cálculo da dívida e dos alegados danos materiais a serem apurados na fase de liquidação, com ônus jurídico e financeiro atribuído ao banco réu (art. 333, II, do CPC e art. 6º, VIII, do CDC) Apelos providos em parte, com correção, de ofício, de erro material (número da conta corrente do autor) constante da parte dispositiva da r. sentença a quo." (TJSP, Apelação Cível nº 0000579-36.2009.8.26.0291, 23ª Câmara Cível de Direito Privado, Rel. Des. Rizzato Nunes, J. 26.11.2012)
>
> Desta feita, tem-se que o prazo prescricional, na espécie, é o de vinte anos.
>
> Assim é pois, quando da vigência do Código Civil de 2002, já decorrido metade do prazo prescricional previsto no Código Civil de 1916, permanecendo a aplicação deste.
>
> No caso em tela, conforme informação trazida aos autos pelo autor em sua exordial, o contrato de conta corrente foi firmado em março de 1985 (fl. 02), tendo sido a presente

> ação de revisão contratual interposta em 14 de março de 2007. Assim, aplicando-se o prazo prescricional de vinte anos, cabível no caso em tela, ocorreu a prescrição da pretensão em março de 2005, dois anos antes, portanto, de sua interposição.
>
> Por fim, verificando que este recurso modificou o resultado proferido na sentença a quo, tenho que deve ser alterada a condenação relativa aos ônus de sucumbência.
>
> Assim, observando-se o artigo 20, §§3º e 4º do CPC, fixo o valor dos honorários no montante de R$1.000,00 (mil reais), eis que condizente em todos os aspectos dos autos e condeno a parte autora a arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios.
>
> Ante o acima exposto, com fulcro no artigo 557, §1º do Código de Processo Civil, conheço do recurso interposto pela instituição financeira e dou-lhe provimento para declarar a ocorrência de prescrição e, em consequência, julgar extinta a ação, com resolução de mérito, nos moldes do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, restando prejudicada, por este motivo, a análise do recurso adesivo interposto por Pedro Marques Garcia."

A decisão singular analisou todas as questões postas via apelação cível, não logrando o recorrente trazer na petição do regimental qualquer argumento que me fizesse rever a combatida decisão. A fundamentação e os motivos de fatos e direitos expostos por ocasião do julgamento somente me conduzem a reafirmar o posicionamento já externado por ocasião da decisão monocrática.

Ante o exposto, conheço, mas nego provimento ao regimental, mantendo integralmente a decisão monocrática invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Julizar Barbosa Trindade e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2012.

***

2ª Seção Cível
Embargos Infringentes n. 0073868-86.2009.8.12.0001/50000 - Bandeirantes
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL – CESSÃO DE USO A TÍTULO GRATUITO – DECLARADA NULA – ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE ANALOGIA AO COMODATO E AUSÊNCIA DE NULIDADES – POSSIBILIDADE DE ANALOGIA AFASTADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Destarte, como bem anotou o relator designado do acórdão embargado, o contrato em discussão claramente constitui um instrumento de "cessão de uso a título gratuito", restando clara a aplicação do art. 1.412 do CC, que prevê que *"O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família."*

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Julio Cesar Castilho Guimarães interpõe Embargos Infringentes contra o acórdão que, por maioria, deu provimento ao recurso de apelação manejado em seu desfavor contra a sentença proferida nos autos da Ação Declaratória n.º 00738688620098120001, que julgou improcedente o pedido inicial de **Amanda Biberg Serafini Bertoni e outros.**

Aduz que a sentença de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados na Ação Declaratória, decisão contra a qual os embargador interpuseram recurso de apelação onde, por maioria, vencido o i. Revisor, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, foi dado provimento pela 5ª Câmara Cível deste Sodalício.

Afirma que deve prevalecer o voto dissidente, que entendeu pelo improvimento do recurso de apelação, reconhecendo que o contrato de cessão de uso gratuito se assemelha ao comodato e que prevê data certa para sua extinção, não havendo que se falar em nulidade ou retomada do imóvel. Entende que deve ser realizada tal analogia.

Requer o provimento dos embargos infringentes, para o fim de que prevaleça o voto dissidente do e. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, reconhecendo-se que o contrato em tela deve ser cumprido até a data que prevê sua extinção, não havendo que se falar em nulidade ou retomada do imóvel.

Os embargados, apesar de devidamente intimados, deixaram transcorrer *in albis* o prazo para recurso.

VOTO (EM 12.11.2012)

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por ***Julio Cesar Castilho Guimarães,*** contra o acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível deste Tribunal, que deu provimento à apelação interposta na Ação Declaratória n.º 00738688620098120001, proposta por ***Amanda Biberg Serafini Bertoni e outros*** em seu desfavor.

Tenho que o recurso não merece provimento.

Os argumentos lançados no bojo dos embargos infringentes, assim como no próprio voto dissidente que o ensejou, é no sentido de que o contrato entabulado entre as partes deve ser interpretado analogicamente ao comodato, e como tal, deve ter respeitada a data prevista para sua extinção, qual seja 30.05.14.

Tais alegações não merecem guarida. No referido documento consta o seguinte (fl. 14):

> "[...] de um lado como cedente o Sr. ESPÓLIO LIBERATO ANTÔNIO SERAFINI, brasileiro, proprietário...
>
> [...]
>
> 1ª - O cedente, sendo senhor e legítimo possuidor, dentre outros bens do imóvel denominado Fazenda Terra do Sol, situada neste Estado de Mato Grosso do Sul, no município de Bandeirantes-MS, cede ao cessionário a área de 870,00 ha (oitocentos e setenta hectares).
>
> [...]
>
> 6ª - Fica atribuída ao proprietário do imóvel arrendado (cedido, emprestado ou locado) a responsabilidade pelas irregularidades praticadas pelo arrendatário (cessionário, favorecido por empréstimo ou locatário), relativamente às obrigações de interesse da Defesa Sanitária Animal instituídas na legislação estadual."

Destarte, como bem anotou o relator designado do acórdão embargado, o contrato em discussão, acostado às fls. 14, claramente constitui um instrumento de "cessão de uso a título gratuito", restando clara a aplicação do art. 1.412 do CC, que prevê *"O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família."*

Flávio Tartuce[1] explica que:

> "Conforme o art. 1.412 do CC, o usuário utilizará a coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família. Assim, a fruição somente é possível para atender às necessidades básicas da família, o que está em sintonia com a ideia de patrimônio mínimo."

1 *In* Manual de Direito Civil, V. Único, 2ª ed. São Paulo: Editora Método, p. 987.

Considerando que à época da assinatura do contrato em discussão o embargante era genro da Sra. Maria Beatriz Biberg Serafini, resta evidente a intenção desta em ceder o uso do imóvel, nos termos acima delineados, pois o instituto do "uso" visa a atender às necessidades da família do usuário, que, *in casu*, era da mesma família da cedente.

Dessa forma, resta evidente a motivação da cedente à época da assinatura do contrato e, por conseguinte, a natureza jurídica do instrumento pactuado, não havendo que se falar em comodato.

Assim, mostra-se temerário realizar uma interpretação extensiva de maneira confundir o negócio realizado, no âmbito dos direitos reais, com um outro instituto, ambos com intuitos diversos.

Ademais, deve ser ressaltado que a Sra. Maria Beatriz Biberg Serafini, usufrutuária do imóvel em questão e pessoa que figurou como inventariante no espólio de seu falecido esposo, já encerrado à época da assinatura do contrato, fez as vezes de proprietária no contrato em questão, titularidade que não possuía.

Nas palavras de Flávio Tartuce[2]:

> "O uso surge pela vontade de quem o institui. Se for criado por ato inter vivos, ou seja, por negócio jurídico bilateral, necessitará da forma pública se recair sobre bem imóvel cujo valor supere 30 salários mínimos (art. 108 CC) [...]"

Destarte, correta a decisão que considerou nulo o contrato em questão, ante s ausência de requisito formal de constituição.

Por todo o exposto, nego provimento aos presentes embargos infringentes, mantendo incólume o acórdão proferido no recurso de apelação.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (2° Vogal)

De acordo com a Relatora.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chavez. (3° Vogal)

De acordo com a Relatora.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR, APÓS A RELATORA, O 2° VOGAL E O 3° VOGAL NEGAREM PROVIMENTO AO RECURSO. O 1° VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 18.2.2013)

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

JULIO CESAR CASTILHO GUIMARÃES interpõe embargos infringentes às fls. 265/278, insurgindo-se contra acórdão proferido pela Quinta Câmara Cível às fls. 251/259, que, nos termos do voto do Relator, Des. Vladimir Abreu da Silva, deu provimento à apelação interposta por **AMANDA BIBERG SERAFINI BERTONI E OUTROS**, a fim de julgar procedente o pedido inicial da ação declaratória de nulidade de contrato c/c perdas e danos (n. 0073868-86.2009.8.12.0001) e declarar a nulidade do "contrato de cessão de uso a título gratuito" e condenar o ora embargante ao pagamento de indenização referente aos danos suportados a partir da notificação extrajudicial para a desocupação do imóvel (10/08/09), em valor a ser apurado em liquidação de sentença.

2 *In* Direito Civil,, Direito das Coisas, São Paulo: Método, 2008, p. 371

Em suma, o embargante pede o acolhimento do recurso, a fim de prevalecer o voto dissidente do Des. LUIZ TADEU BARBOSA SILVA, que negou provimento à apelação das autora/embargadas e manteve a d. sentença de improcedência dos pedidos iniciais, por entender que o contrato ajustado entre as partes (fls. 14) seria uma cessão gratuita do exercício do usufruto (não o usufruto em si), assemelhando-se ao comodato, com data certa para sua extinção, não havendo que se falar em retomada do imóvel.

A Relatora, Desª. TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES, proferiu voto para negar provimento aos presentes embargos infringentes, por concluir, nos termos do voto vencedor, que o contrato é de "cessão de uso a título gratuito", com aplicação do art. 1.412 do CC[3].

Pedi vista dos autos.

I.

Como se viu, a controvérsia instalada nos autos diz respeito à interpretação que se deve conferir ao contrato celebrado entre as partes (f. 14), se transferência gratuita do exercício/gerenciamento de usufruto (equiparado ao comodato – fl. 258), com termo certo, ou se simples uso gratuito, na forma do citado art. 1.412 do CC.

Após exame dos autos, hei de acompanhar a nobre Desª. Relatora, a fim de negar provimento ao recurso e manter o acórdão da Quinta Câmara Cível, fls. 251/259, de acordo com voto vencedor ali exarado pelo Eminente Des. VLADIMIR ABREU DA SILVA.

Passo a expor as razões de meu convencimento.

I.

De acordo com a doutrina, o ***uso***, direito real previsto no art. 1.412 do CC, nada mais é do que um usufruto com âmbito de abrangência mais restrito, constituído com o propósito de cobrir as necessidades do usuário e de sua família[4]. Ou seja, o usuário tem a faculdade de fruir as utilidades da coisa, desde que o resultado disso seja em prol seu e de sua família.

Esse é o caso dos autos.

Veja-se o título e inteiro teor das cláusulas 1ª a 4ª do contrato:

> "CONTRATO DE CESSÃO DE USO A TÍTULO GRATUITO
>
> 1ª O Cedente, sendo senhor e legítimo possuidor, dentre outros bens, do imóvel denominado Fazenda Terra do Sol, situada neste Estado de Mato Grosso do Sul, no Município de Bandeirantes – MS, cede ao Cessionário a área de 870,00 ha (oitocentos e setenta hectares).
>
> 2ª O prazo da presente cessão é de 122 meses, contados a partir da data da assinatura do presente e a terminar em 30 de maio de 2014.
>
> 3ª A presente cessão é para fins de exploração agropecuária, sendo vedada sua utilização para qualquer outra destinação.
>
> 4ª A presente cessão é a título gratuito, porém não confere ao cessionário qualquer direito relativo à propriedade do imóvel ou benfeitorias a ele incorporadas."

3 Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família.

4 GAGLIANO, Pablo Stolze. Código Civil Comentado. v. XIII. Atlas, 2004. p. 204. Coordenação: Álvaro Villaça de Azevedo.

De fato, além da literalidade do título já dizer ("CONTRATO DE CESSÃO DE USO A TÍTULO GRATUITO"), o teor do contrato e as circunstâncias fáticas (o embargante era genro da Sra. Maria Beatriz Biberg Serafini – cedente – à época do contrato), indicam que a intenção dos contraentes, na cessão gratuita da área rural, se deu ***para fins de uso (artigo 1.412 do CC)*** e não para o exercício/administração de usufruto.

Ora, o negócio jurídico foi ajustado ***no seio familiar*** e a título gratuito, contexto que permite traduzir, como sendo vontade da cedente, a utilização da terra em benefício da família do usuário, pois, afinal, era o seu próprio genro.

É evidente que a motivação do negócio se justificou no fato de que a renda a ser percebida se reverteria em benefício do núcleo familiar, nos moldes do artigo 1.412 do CC, pelo que deve ser tratado como contrato de uso a título gratuito.

Conforme declinado pelo E. Des. Vladimir Abreu da Silva, no voto vencedor (f. 254), pelas qualidades pessoais dos contratantes e tendo em vista as circunstâncias que envolveram o negócio, a natureza do contrato de uso – cuja origem está intrinsicamente ligada aos laços afetivos que os uniam na época e à destinação familiar dos rendimentos provenientes da exploração agropecuária na área.

Feita essa conclusão e considerando que o contrato, de direito e recaindo sobre bem imóvel, não foi realizado por escritura pública, tal como dispõe o art. 167 da Lei n. 6.015/73 e o art. 108 do CC, deve ser declarado nulo, por ausência de requisito formal de constituição – nos moldes do voto vencedor, mantido pela Desª. Relatora, a qual acompanho.

II.

Ante o exposto, acompanho a Desª. Relatora e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (1° Vogal)

De acordo com a Relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0144736-60.2007.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO – ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO – CONCURSO PÚBLICO – EXAME MÉDICO – PATOLOGIA QUE NÃO GUARDA PREJUDICIALIDADE COM A FUNÇÃO A SER DESEMPENHADA – VIOLAÇÃO À RAZOABILIDADE E MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO – AUSÊNCIA DE MOTIVOS ENSEJADORES DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO OBJURGADA.

A decisão de primeiro grau se mostrou equivocada, mormente porque o ato administrativo atacado violou os princípios da razoabilidade e motivação, ao impedir o candidato de prosseguir no certame em razão de uma patologia que, como anotou o perito, não guarda prejudicialidade com a função a ser desempenhada, além de tal óbice não deter previsão normativa específica.

Não trazendo a agravo regimental qualquer argumento capaz de ensejar a modificação do entendimento proferido, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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 da relatora.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2013.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a decisão que deu provimento à Apelação Cível n.º 0144736-60.2007.8.12.0001, interposta em desfavor de ***Douglas Tobias***, interpõe o presente regimental.

Assevera que a decisão agravada entendeu não haver critérios objetivos a impedir o candidato a participar do certame em razão da patologia apontada, o que está equivocado, pois o exame de saúde teria previsão legal. Alega que a perícia judicial não deve ser acatada.

Por fim, pede a reconsideração da decisão e, caso seja mantida, que seja o recurso submetido à apreciação e julgamento pelo Colegiado.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

O presente regimental não merece prosperar.

Na decisão agravada, restou assentado o seguinte:

> "Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Douglas Tobias contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da Ação de Procedimento Ordinário movida por Estado de Mato Grosso do Sul.
>
> A Lei Complementar Estadual 38/89, Diploma vigente à época da publicação do edital de abertura do concurso em discussão, não estabelecia critérios objetivos a impedir o candidato de participar do certame em razão da patologia apontada, in verbis:
>
> "Art. 14. O provimento dos cargos do Grupo Polícia Civil será precedido das seguintes fases eliminatórias.
>
> I - concurso público de provas ou de provas e títulos;
>
> II - exame de suficiência de saúde, psicotécnico e de sanidade mental;
>
> III - investigação social;
>
> IV - habilitação em curso de formação policial, na Academia Estadual de Segurança Pública (AESP)."
>
> **Nesse ínterim, a cláusula geral descrita pela lei não outorgou ao administrador público amplos poderes para fazer a limitação inexistente no comando legal.**
>
> É que, de um lado, a Constituição, quando se reporta à lei, está a exigir lei formal, como ensina José Afonso da Silva: "... a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição".
>
> Por outro vértice, o regulamento expedido pela autoridade administrativa objetiva dar fiel cumprimento aos comandos normativos delimitados pela lei emanada do Poder Legislativo, não podendo, sob pena de flagrante ilegalidade, contrariar as hipóteses nela previstas.
>
> **Assim, verifico que o estabelecimento de critérios discriminatórios que venham a restringir direitos deve ser interpretado restritivamente, motivo pelo qual entendo imprescindível que o ato de impedir o candidato de prosseguir no certame, em razão de sua condição de saúde, deve apontar, dentro da razoabilidade, relação de incompatibilidade entre eventual patologia e o exercício da função.**
>
> *Ao comentar sobre a função regulamentar pertinente à Administração Pública (decretos, portarias, resoluções), assim se posiciona Hely Lopes Meirelles*[1]*: "O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo.* **Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir, ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados.** Na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei".

1 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro: São Paulo, 2001, Editora Malheiros, 26ª edição, p. 212.

Ademais, ressalto que o "fator de discrímen" a que alude Celso Antônio Bandeira de Mello deve ser utilizado corretamente. Nas palavras do festejado autor, "tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada".

Assim, previsão constitucional que autoriza a discriminação para o ingresso nos cargos públicos (artigo 39, § 3º), como ressalva que é, deve ser interpretada dentro dos limites do razoável.

Deve ser observado que restou devidamente comprovado nos autos, por intermédio de laudo pericial, que a patologia apontada no exame de saúde não é capaz de impossibilitar o exercício do cargo pelo recorrente, consoante conclusão do expert nomeado pelo juízo, verbis:

"Do ponto de vista hemodinâmico, o periciado está apto para práticas desportivas."

Com efeito, tem-se que no presente caso a Administração feriu o princípio da razoabilidade e até mesmo da motivação, pois o impedimento do recorrente em continuar no certame não guarda correspondência com a finalidade do ato, já que a patologia apontada não impede o exercício da função a ser desempenhada em caso de aprovação.

Este é o entendimento deste Tribunal:

"E M E N T A – MAN Nº 0073868-86.2009.8.12.0001/50000 DADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DO QUADRO DE PESSOAL DA SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA – **EXAME DE SAÚDE – ACUIDADE VISUAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA.**

Se a patologia constatada no exame de saúde, além de não estar prevista em lei como causa de inaptidão do candidato, também não implica incapacidade física para o exercício das atividades inerentes ao cargo que disputa, o resultado do exame que o considerou inapto do certame é equivocado e ilegal, já que fere o princípio da estrita legalidade, violando direito líquido e certo da impetrante." (Mandado de Segurança n.º 2008.034266-5, 3ª Seção Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, 19.10.09)

"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR ESTADUAL – LIMITE DE ALTURA – DECADÊNCIA – AFASTADA – INEXISTÊNCIA DE LEI EM SENTIDO FORMAL – **ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE CONSIDERA O CANDIDATO INAPTO EM RAZÃO DA ALTURA – EXAME DE SAÚDE – LORDOSE – AUSÊNCIA DE DESVIO PATOLÓGICO NA COLUNA CERVICAL – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.**

[...]

A limitação em razão da altura para o ingresso no curso de formação de soldado da Polícia Militar é ilegal, pois inexiste lei em sentido formal que autorize tal discriminação e, como cediço, o edital não se mostra apto a restringir direitos se a lei em sentido formal precedente não os restringiu.

Não se justifica a exclusão do candidato pelo fato de possuir lordose, mormente quando, com a obtenção da liminar, durante o trâmite do mandamus, é aprovado no exame

de aptidão física que exige acentuada capacidade física dos candidatos." (Mandado de Segurança n.º 2008.016791-9, 2ª Seção Cível, Rel. Des.ª Tânia Garcia de Freitas Borges, j. 13.10.08)

"E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – POLÍCIA MILITAR – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – AFASTADA – REPROVAÇÃO EM EXAME MÉDICO E ANTROPOMÉTRICO – MASSA CORPORAL ABAIXO DA EXIGIDA NO EDITAL – **EXIGÊNCIA INCONSTITUCIONAL E SEM PREVISÃO LEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA.**

1. Quando a impetração é dirigida contra o ato de divulgação do resultado de exame, com a exclusão do candidato, conta-se o prazo decadencial da data em que ocorre a lesão ao direito do impetrante, no caso, quando foi considerado inapto, em razão da desproporção verificada entre o seu peso e a altura, e não da mera publicação do edital, afastando, portanto, a argüição de decadência.

2. A exigência, em concurso público, de peso mínimo ou máximo para candidato, viola os princípios da legalidade e razoabilidade, diante da ausência de previsão legal. Verificada a violação a direito líquido e certo do impetrante, que foi desclassificado no exame, é de ser concedida a ordem, assegurando-lhe a participação no certame, independentemente de seu peso ser considerado baixo para a sua altura. (Mandado de Segurança n.º 2008.016580-5, 4ª Seção Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 24.11.08)

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, §1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso, para o fim de julgar procedente o pedido inicial, reconhecendo a nulidade do ato que excluiu o recorrente do certame, determinando seu prosseguimento nas etapas posteriores, o que deve ser efetivado quando da abertura de novo concurso público para o mesmo cargo.

P.I."

Vê-se que o *decisum* acima constatou que a decisão de primeiro grau está equivocada, mormente porque o ato administrativo atacado violou os princípios da razoabilidade e motivação, ao impedir o candidato de prosseguir no certame em razão de uma patologia que, como anotou o perito, não guarda prejudicialidade com a função a ser desempenhada, além de tal óbice não deter previsão normativa específica.

Diante disso, vê-se que a apelação foi decidida monocraticamente em razão de sua manifesta improcedência. Em tempo, o agravante não logrou trazer, na petição do agravo regimental, qualquer argumento que me fizesse rever a opinião dantes externada.

Nesse sentido já se pronunciou este Tribunal:

"E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO – DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – PROVIMENTO NEGADO.

Nega-se provimento ao recurso se as razões do regimental não alteraram o entendimento anterior." (Agravo Regimental em Apelação n.º 2010.015519-3/0001.00, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Turma Cível, j. 22.06.10)

Diante do exposto, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0603105-09.2012.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO DE REGIMENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ART. 273 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

01. Demonstrada a necessidade do tratamento fisioterápico domiciliar e o perigo da demora, assim como a negativa da operadora do plano de saúde em manter a cobertura dos serviços, antes autorizada, afiguram-se presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

02. A ausência de fato novo capaz de ensejar a modificação do entendimento implica a manutenção da decisão monocrática. Tutela antecipada mantida. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2013.

Juiz Vilson Bertelli -Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Unimed Vitória Coperativa de Trabalho Médico interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento, mantendo na íntegra a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela em favor de Luiza de Lima Almeida.

O agravante alega que a agravada não apresenta patologia aguda capaz de justificar o serviço de *home care*, bem como que as condições gerais do contrato firmado entre as partes excluem claramente a cobertura para tratamento domiciliar, mesmo em caso de emergência. Requer o provimento do agravo, para revogar a tutela antecipada, afastando do plano de saúde a obrigação de fornecer o serviço de *home care* à autora.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli. (Relator)

O agravante não apresentou argumento novo, capaz de alterar o entendimento de que estão presentes, no caso, os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil para a antecipação dos efeitos da tutela.

As razões expostas no agravo regimental são insuficientes para modificar a decisão monocrática proferida nos termos seguintes:

> A antecipação dos efeitos da tutela justifica-se quando existem indícios de que, sem ela, a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Para a sua concessão, o artigo 273 do Código de Processo Civil exige o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a existência de prova inequívoca, que convença o magistrado da verossimilhança da alegação.
>
> No caso, o laudo médico que instruiu a inicial demonstra que a agravada necessita se submeter a fisioterapia em domicílio, pois está traqueostomizada, é alimentada por gastrectomia e tem grandes dificuldades de locomoção.
>
> Embora tenha autorizado o tratamento por determinado período, a ré se recusa a manter os serviços de "home care", sob o argumento de que a Lei nº 9.656/98 e o contrato firmado entre as partes não obriga a operadora a custear tratamentos em domicílio.
>
> Entretanto, ao menos em um juízo preliminar, não se afigura legítima a negativa da agravante em manter o custeio do tratamento indicado para a agravada pela simples razão de estes serem realizados sem a necessidade de internação hospitalar.
>
> Os tratamentos em caráter ambulatorial normalmente são mais baratos que os realizados em dependências hospitalares, carecendo de razoabilidade o argumento apresentado pela seguradora. Aliás, foi justamente para permitir a "desinternação" da autora que a agravante autorizou a cobertura dos tratamentos "home care" por alguns dias.
>
> Ao agir dessa forma, a agravante reconheceu tanto a necessidade do tratamento quanto a possibilidade de o plano de saúde custeá-lo, independentemente da inexistência de obrigação expressa nesse sentido na Lei nº 9.656/98.
>
> No tocante ao periculum in mora, os documentos apresentados pela agravada comprovam que ela precisa do tratamento médico e fisioterápico. Dessa forma, a rejeição da tutela de urgência poderia causar prejuízo ao seu direito fundamento à vida, em tudo superior ao prejuízo financeiro que poderá ser suportado pela ré caso forneça os tratamentos domiciliares necessários antes do advento de pronunciamento judicial definitivo.
>
> Em caso semelhante, já decidiu a 2ª Câmara Cível desta Corte:
>
> E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL – NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO – PLANO DE SAÚDE – RELAÇÃO DE CONSUMO – INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EM FAVOR DO CONSUMIDOR – AGRAVO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> Tratando-se de relação de consumo, deve prevalecer a decisão que concede a antecipação de tutela em favor de beneficiário de plano de saúde, compelindo a agravante ao custeio de despesas médicas e tratamento domiciliar, mormente quando o decisum se harmoniza com a jurisprudência dominante do mesmo Tribunal e do STJ. (TJ-MS: Agravo Regimental em Agravo n. 2006.018255-1/0001-00, 2ª Turma Cível, 28.11.2006)
>
> Assim, não merece reparos a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela à agravada.

Portanto, deve ser mantida integralmente a decisão agravada, por seus próprios fundamentos. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 0605339-61.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – AÇÃO CAUTELAR DE ARRESTO – CONVERSÃO EM CAUÇÃO – POSSIBILIDADE – PROVIMENTO NEGADO.

É possível converter o arresto em caução quando o devedor oferece bem suficiente para garantir a dívida e evitar futura lesão, consoante dispõe os artigos 805 e 819, inciso II, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de março de 2013.

Juiz Vilson Bertelli -Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Mauro de Barros Vaz e Elizabeth da Costa Vaz interpõem agravo de instrumento contra a decisão de conversão da liminar de arresto de aproximadamente 400 (quatrocentos) reses bovina em caução.

Os agravantes são fiadores do agravado de 2 (dois) contratos de parceria pecuária celebrados com Fábio Moreira Carneiro e sua esposa. Sob a alegação de que serão obrigados, no mínimo, a pagar a quantia de R$ 1.218.855,21 (um milhão duzentos e dezoito mil oitocentos e cinquenta e cinco reais e vinte e um centavo), proveniente da ação de cobrança dos contratos de parceria pecuária (autos n. 00.02.829965-6), ajuizaram ação cautelar de arresto com intuito de garantir eventual direito de regresso.

Afirmam que a garantia prestada é inócua e ineficaz se o agravado permanecer como depositário e não for proibida a retirada das reses caucionadas. Dizem, ainda, que a manutenção do gado na Fazenda Corguinho violava o direito de propriedade, ao fundamento de terem arrematado a referida propriedade rural em leilão judicial. Alegam que o agravado tem freqüentado a propriedade e percorrido o pasto sem lhes pedir autorização.

Requerem a comunicação da Secretaria de Estado de Fazenda e a ABCZ para impedir a emissão de nota fiscal do gado caucionado. Requerem, ainda, a total reforma da decisão ou subsidiariamente a impossibilidade de transferir os semoventes da propriedade.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Mauro de Barros Vaz e Elizabeth da Costa Vaz contra a decisão de conversão da liminar de arresto de aproximadamente 400 (quatrocentos) reses bovina em caução.

O artigo 805 do Código de Processo Civil estabelece que "a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente". Já o artigo 819, inciso II, do CPC estipula que o arresto ficará suspenso se o devedor prestar caução para garantir a dívida.

Com efeito, o recurso não deve ser provido, tendo em vista que o intuito dos agravantes é garantir a dívida decorrente da ação de cobrança dos contratos de parceria rural nos quais figuram como fiadores do agravado, sendo que a caução oferecida e deferida pelo juiz *a quo* cumpre satisfatoriamente essa pretensão.

Nesta decisão ficou determinado que o agravado deveria informar o local exato do local onde as reses estão, além de ficar proibido de vender, doar e permutar o gado caucionado. Não bastasse isso, oficiou-se ao IAGRO determinando a restrição de qualquer movimentação dos semoventes nesse sentido.

Desse modo, não há razão para modificar a decisão agravada, visto que as reses caucionadas estão na Fazenda Corguinho, de propriedade dos agravantes, além de ser obrigação do agravado de manter o juízo informado acerca da exata localização do gado, isso, evidentemente, na hipótese de eventual transferência, desde que não seja decorrente da venda, doação e permuta, as quais estão terminantemente proibidas.

Além disso, todas as vendas, doações e permutas devem ser informadas ao IAGRO, sob pena de não emissão da GTA -Guia de Transporte Animal e nota fiscal, e esse órgão já foi oficiado pelo juízo *a quo* para que proíba qualquer relação jurídica dessa espécie.

Portanto, o desfazimento dessas reses, preocupação dos agravantes, ficou praticamente inviabilizado com as medidas adotadas pelo magistrado *a quo*, especialmente por se tratar de gado puro e registrado, os quais, em regra, não são vendidos clandestinamente, por possuírem um valor elevado.

Diante disso, por estar de acordo com a legislação vigente (artigos 805 e 819, inciso II, do CPC), a medida processual adotada pelo juiz de primeira instância demonstra ser a mais apropriada neste momento, por garantir eventual dívida e ser menos gravosa ao agravado.

Por outro lado, a fim de reforçar a segurança da garantia prestada, como requerido pelos agravantes, conveniente oficiar a Secretaria de Estado de Fazenda e a ABCZ para que esses órgãos também fiquem proibidos de fornecer qualquer documento necessário para efetivação da venda, permuta ou doação das reses caucionadas. Entretanto, para que não haja supressão de instância, essa medida deve ser requerida ao juiz *a quo* e somente na hipótese de indeferimento poderá ser objeto de outro agravo de instrumento.

Diante desta decisão, os requerimentos de reconsideração do recebimento do agravo apenas no efeito devolutivo ficam prejudicados. Aliás, a simples alegação dos agravantes (desprovida de documento comprobatório) quanto à retirada do gado da Fazenda Corguinho pelos agravados, sem a devida informação -nos autos -do local de destino e sem retirada da GTA ou emissão de nota fiscal, deve, prioritariamente, ser informada ao juiz *a quo*, o qual deverá analisar a eficácia da caução deferida, bem como deverá tomar as medidas legais para coibir e punir irregularidades perpetradas.

Posto isso, nego provimento ao agravo de instrumento.

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

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 12 de março de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0002888-66.2009.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO. GUARDA DE FATO DOS TIOS MATERNOS DESDE QUE A MENOR CONTAVA COM UMA SEMANA DE VIDA. FORTE VINCULAÇÃO AFETIVA. IRRESIGNAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO SEM MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ADOÇÃO QUE ATENDE AOS INTERESSES DA CRIANÇA.

É de rigor a destituição do poder familiar em relação aos pais biológicos e a procedência do pedido de adoção formulado pelos tios-maternos quando ficou comprovado que essa medida atende de forma mais vantajosa aos interesses da criança.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2012.

Juiz Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Carlos Braga dos Santos interpõe recurso de apelação contra a sentença (f. 115/120) que julgou procedente o pedido de adoção da criança Carolina Ferreira Braga, formulado por José Arnaldo da Silva e Ana Eva Alves dos Santos Silva, decretando a perda do poder familiar dos réus em relação à filha menor.

Em suas razões recusais (f. 126/130), o apelante alega que nunca concordou com a entrega de sua filha para adoção. Sustenta que o fato de os apelados terem melhor condição financeira não justifica a destituição do pai biológico do seu poder familiar. Assevera que tem condições de proporcionar amor e os cuidados necessários para a infante, mas não se opõe à regularização da guarda de sua filha em favor dos apelados, desde que lhe seja assegurado o direito de visitas. Pede a reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido de adoção.

Contrarrazões às f. 134/137.

O Ministério Público Estadual opinou pelo não provimento do recurso de apelação (f. 145/151).

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Carlos Braga dos Santos contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial, deferindo a adoção de sua filha biológica em favor de José Arnaldo da Silva e Ana Eva Alves dos Santos Silva.

O apelante sustenta que nunca concordou com a entrega de sua filha para adoção e que o fato de os apelados terem melhor condição financeira não justifica a destituição de seu poder familiar. Concorda com a regularização da guarda da menina em favor dos apelados, mas impugna o pedido de adoção.

Ao contrário do que fora sustentado nas razões de apelo, há provas suficientes e seguras do abandono material e afetivo da criança Carolina Ferreira Braga por parte de seu pai biológico, ora apelante. Há provas, ainda, de que a menor se encontra sob a guarda de fato dos apelados desde tenra idade, em um ambiente familiar tranquilo, com toda a atenção e cuidado indispensáveis para seu desenvolvimento normal e sadio.

Os laudo sociais e psicológicos realizados (f. 27/28, 57/58 e 86/93) atestam que a criança Carolina, hoje com sete anos, foi entregue aos cuidados dos apelados quando ainda era recém-nascida e, desde então, é criada como filha. Os laudos referem que o pedido formulado em juízo é apenas uma formalização de uma adoção que de fato já existe. Tanto é assim que a menina chama os apelados de "papai" e "mamãe" e mantém com eles forte vínculo familiar.

Embora o apelante impugne o pedido de adoção, ele não pretende ter a criança sob sua guarda e responsabilidade. Conforme bem destacado na sentença, *a impugnação do pai biológico tem motivação meramente egoística, não refletindo real interesse em assumir os cuidados com a infante. Preocupa-se o requerido apenas com a modificação do sobrenome da menor, bem como com o que ela vai pensar quando atingir a idade adulta e descobrir que foi entregue à adoção. Então, convenientemente, ele concorda que a guarda seja regularizada em favor dos requerentes, mas não com a adoção.*

O genitor quer garantir o seu convívio com a menina, mas não manifesta o desejo de assumir todos os cuidados exigidos por uma criança, preferindo que ela permaneça na guarda dos apelantes. Ocorre que a vida da menor e seu bem-estar não podem aguardar indefinidamente por eventuais atitudes do pai biológico no intuito estabelecer um vínculo afetivo mais sólido e assumir a criação da filha, principalmente quando a criança já está integralmente adaptada ao lar substituto, o que desautoriza eventual decisão tendente a reverter o quadro que lhe é benéfico.

Não bastasse isso, consta do estudo psicológico que o pai biológico, apesar de demonstrar afetividade e o desejo de convívio com a filha, não apresenta condições internas/externas de assisti-la nas suas necessidades, ao passo que os apelados possuem maturidade, idoneidade, segurança, motivação interna e capacidade de proporcionar as condições emocionais para o adequado desenvolvimento da criança (f. 92/93).

Assim, ausente vinculação efetiva da criança com o pai biológico ou a comprovação de que o apelante possui real interesse e condições de cuidar de sua filha, mostra-se correta a destituição do poder familiar, conforme determina o artigo 1.638, II, do Código Civil e o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A adoção, ademais, funda-se em motivos legítimos e apresenta reais vantagens para a adotanda, visto que, além do convívio e da relação de afeto mantidos desde o nascimento da criança, os apelantes possuem condições morais, emocionais e financeiras para assumir o poder familiar.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Carlos Braga dos Santos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2012.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0020497-76.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE PROVAS DA UNIÃO ESTÁVEL – PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – ALEGAÇÃO DE CONCUBINATO ADULTERINO POR SER UMA DAS PARTES LEGALMENTE CASADA – SEPARAÇÃO DE FATO COMPROVADA – RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL – DEVIDA A PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.

A alegação de nulidade da sentença, pois que proferida sem as provas de que o apelado se encontrava separado de fato, é questão que diz respeito ao mérito e com ele deve ser analisada.

Se as provas dos autos, o tempo da convivência, os filhos advindos do relacionamento, levam à conclusão de que a parte encontrava-se separado de fato no início do relacionamento, não se configura o impedimento para o reconhecimento da união estável.

Incontroversa a união, não há como se amparar a tese da apelante de não partilha dos bens, uma vez que, de acordo com o art. 5º da Lei 9.278/96 e art. Art. 1.725 do Código Civil, os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, devem ser comunicados entre os conviventes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de março de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

E.F.R. apela a este Tribunal, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara de Familia da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens ajuizada por L.F.K.

Alega preliminar de nulidade da sentença, pois o autor não conseguir provar que estava separado de fato da sua antiga esposa e que a apelante sabia do impedimento legal para o casamento, o que não afasta sua boa-fé, haja vista que desde a inicial alegou que somente teve conhecimento do fato recentemente e tão logo soube, ajuizou ação para a decretação de nulidade do casamento.

Aduz que a única testemunha ouvida, em momento algum mencionou se sabia ou não que o apelado era separado da primeira mulher ou que a apelante sabia do impedimento, e, em vista disso, os bens não formam patrimônio do casal, não devendo ser partilhados, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito da parte que se encontra de má-fé, devendo ser declarada nula a sentença.

Sustenta, com referência ao mérito, que a nulidade do casamento entre as partes foi decretada por sentença transitada em julgado, não havendo possibilidade de reconhecimento de união estável quando houver impedimento de um dos companheiros, e, considerando a inexistência de provas que demonstrem que o apelado, ao tempo da união com a apelante era separado de fato da primeira mulher, ou que esta sabia que o mesmo era casado, é de se concluir que os bens não formam patrimônio do casal e não devem ser partilhados, tratando-se, o caso, de concubinato adulterino.

Contrarrazões (f. 208-216).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença, de parcial procedência do pedido, da ação de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens, ajuizada por L.F.K., em desfavor de E.F.R.

O autor ajuizou esta ação alegando, resumidamente, que em 1993 passou a viver com a requerida sob o mesmo teto, com o fito de constituir família. Da união tiveram dois filhos K.KK., nascido em 14.07.1995 e C.K.K., nascido em 22.06.1998. Posteriormente, em 27.07.1996, se casaram, pois objetivavam ir para o Japão e trabalhar para construir um patrimônio, informando, que o requerente já era legalmente casado, porém separado há vários com T.M.K., que vivia no Japão, o que impossibilitava a dissolução do vínculo matrimonial.

Aduziu que foram para o Japão e deixaram os filhos sob a guarda legal dos avós maternos, com quem ainda permanecem. Com o dinheiro do trabalho, a requerida veio ao Brasil e adquiriu bens imóveis e um veículo.

O casal separou-se em 2008, ainda no Japão. Quando retornou ao Brasil, em 2009, o requerente apurou que um dos imóveis fora comprado em nome dos pais da requerida, o que fez com que ajuizasse uma ação de anulação de ato jurídico. Pouco tempo depois a requerida ajuizou ação de nulidade do casamento, alegando ser o autor bígamo e que ela não sabia do casamento anterior. A ação foi julgada parcialmente procedente.

Assim, visando resguardar seus direitos patrimoniais, o autor ajuizou esta ação, objetivando o reconhecimento e a dissolução da união estável e a partilha dos bens adquiridos na constância da união estável e que se encontram em nome da requerida.

A sentença (f. 176-83) julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a existência da união estável entre as partes no período de 1995 a 2004, determinando a partilha dos bens adquiridos no período e que se encontram em nome da requerida.

A requerida irresigna-se contra a sentença, alegando sua nulidade, pois que proferida sem provas de que o apelado encontrava-se separado de fato ou que a apelante tinha conhecimento de que o mesmo era casado.

Conforme se constata, a questão muito embora colocada como preliminar, é questão que diz respeito ao mérito e como tal deve ser analisada. Dessa forma, não há se falar em nulidade da sentença.

Toda a controvérsia trazida pela apelante gira em torno da impossibilidade de reconhecimento da união estável e, por consequência, da partilha dos bens adquiridos durante a união estável, alegando que o recorrido não conseguiu comprovar que se encontrava separado de sua primeira esposa, ou que a apelante sabia que ele era casado, ou seja, se ela desconhecia seu casamento, a boa-fé somente a ela aproveita.

Entretanto, em observação aos documentos trazidos aos autos pelo autor, em especial, a cópia da sentença (f. 17-20) proferida na ação anulatória de casamento das partes, autos n. 001.09.025442-3, conclui-se que a alegação não aproveita à apelante, já que ela não comprovou naqueles autos que se encontrava de boa-fé e, por sua vez, a culpa exclusiva do apelado, conforme trecho que se transcreve (f. 19):

> "Quanto aos efeitos da nulidade, somente pode ser considerado putativo o matrimônio quando provada a boa-fé de um dos cônjuges e o erro em que incidiu.
>
> A autora não comprovou a culpa exclusiva do requerido, sendo que em petição de f. 102, pugnou pelo julgamento antecipado da lide, razão pela qual não há se falar em casamento putativo".

Ora, a conclusão clara do magistrado e não impugnada naqueles autos, não requer qualquer outra emenda. Aliás, nestes autos o magistrado também consignou (f. 179):

> "Destarte, não obstante a requerida afirmar em alegações finais que haveria um impedimento para o reconhecimento da união estável, no presente caso, não há falar em concubinato adulterino.
>
> Com efeito, o autor era casado civilmente, o que efetivamente importou na anulação do casamento das partes através da sentença proferida nos autos nº 001.09.025442-3 que tramitou nesta 4ª Vara de Família, onde restou consignado que ambos os cônjuges sabiam do impedimento legal, restando assim afastada a boa-fé de qualquer um deles, para ser aplicado o disposto no art. 1564 do Código Civil".

Por sua vez, a existência da união restou incontroversa, já que, pelas provas dos autos, principalmente pelo tempo em que perdurou a união, pelos filhos advindos do relacionamento, conclui-se que o apelado encontrava-se separado de fato quando do começo do relacionamento, não se configurando o impedimento para o seu reconhecimento, já que pelas próprias afirmações da apelante, os dois se casaram em 1996 e foram para o Japão, se separando de fato em meados de 2004.

Nesse contexto, a Lei 9.278/96, estabeleceu os parâmetros para que a união possa ser entendida como entidade familiar, vindo substanciar a legislação então vigente, regulamentando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Prevê o art. 1º da referida Lei:

> "Art. 1º - É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família."

Como se vê, incontroversa a união, a convivência pública duradoura e contínua do casal e como dito, a família dela resultante, durante o período reconhecido nos autos, de 1995 a 2004.

Por sua vez, incontroversa a união, não há como se amparar a tese da apelante de não partilha dos bens, uma vez que, de acordo com o art. 5º da Lei 9.278/96 e art. Art. 1.725 do Código Civil, os bens

adquiridos onerosamente durante a convivência, devem ser comunicados e partilhados entre os conviventes, não havendo qualquer reparo que se possa imprimir à sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 21 de março de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0047610-34.2012.8.12.0001 -Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES) – ADITAMENTO DO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE – APROVEITAMENTO INFERIOR A 75% – RECURSO IMPROVIDO.

Em sendo o aproveitamento de 75% (setenta e cinco por cento) requisito para o aditamento do contrato de financiamento estudantil – FIES (art. 3º, §1º, III da lei nº 10.260/01 c/c art. 23, I, da Portaria Normativa nº 15/2011 do Ministério da Educação), carece de direito líquido e certo a impetração do *mandamus* o beneficiário do programa que não atende a exigência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 21 de fevereiro de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva -Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Giulianna Moreno Tacca interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que denegou a segurança pleiteada em face do Gerente-Geral do Banco do Brasil S.A.

Sustenta que em razão de critérios subjetivos a que foi submetida resultou na aferição de aproveitamento inferior a 75% (setenta e cinco porcento), o que, por derradeiro, comprometeu a possibilidade de aditamento do contrato de financiamento estudantil (FIES).

Defende que tal posicionamento ofende ao princípio da função social do contrato. Por fim, pugna pela reforma da sentença para que seja concedida a segurança pleiteada. Contrarrazões pela manutenção da decisão singular. Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Giulianna Moreno Tacca, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que denegou a segurança pleiteada em face do Gerente-Geral do Banco do Brasil S.A.

Segundo consta, a apelante teria sido impedida de realizar o aditamento de seu financiamento estudantil por não preencher um dos requisitos para tanto - aproveitamento de 75% (setenta e cinco por cento).

A questão não envolve maior discussão.

A Lei n. 10.260/01 (Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior), dispõe:

> "Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), de natureza contábil, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação, de acordo com regulamentação própria.
>
> § 1º O financiamento de que trata o caput poderá beneficiar estudantes matriculados em cursos da educação profissional e tecnológica, bem como em programas de mestrado e doutorado com avaliação positiva, desde que haja disponibilidade de recursos.
>
> Art. 3º A gestão do FIES caberá:
>
> I -ao MEC, na qualidade de formulador da política de oferta de financiamento e de supervisor da execução das operações do Fundo;
>
> [...]
>
> § 1º O MEC editará regulamento que disporá, inclusive, sobre:
>
> III – as exigências de desempenho acadêmico para a manutenção do financiamento, observado o disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 1º desta Lei;" Regulamentando a matéria, o MEC elaborou a Portaria Normativa nº 15/2011, determinando:
>
> "Art. 23. Constituem impedimentos à manutenção do financiamento: I a não obtenção de aproveitamento acadêmico em pelo menos 75% (setenta e cinco por cento) das disciplinas cursadas pelo estudante no último período letivo financiado pelo Fies, ressalvada a faculdade prevista no § 1º deste artigo;"

Fixados os requisitos para a concessão do aditamento do financiamento estudantil, seu não preenchimento pelo beneficiário acarreta a impossibilidade da manutenção do programa, portanto, não se vislumbra qualquer direito líquido e certo a ser pleiteado pela via do *mandamus*.

Diante o exposto, conheço do recurso, e de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego-lhe provimento para manter incólume a sentença.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0058852-58.2010.8.12.0001 -Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO MAS NÃO DAS PRÓTESES E ÓRTESES NECESSÁRIAS – MATERIAIS INERENTES À CIRURGIA – DEVER DE CUSTEIO PELA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE – RECURSO IMPROVIDO.

Em sendo as próteses e órteses materiais inerentes ao procedimento cirúrgico que visa o restabelecimento da saúde da paciente, e sendo apenas este previsto no contrato, é dever da empresa também custear aqueles por ser consequência lógica do tratamento médico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 31 de janeiro de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva -Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

UNIMED -Campo Grande-MS - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada por Cardio Vascular Diagnósticos S/C Ltda. em face de Katia Regina Martins de Souza.

Sustenta a litisdenunciada que existe previsão contratual determinando a exclusão de cobertura para implante de endoprótese.

Defende que, tratando-se de contrato anterior à lei nº 9656/98, há expressa declaração por escrito optando pela não adequação do plano aos ditames da referida norma.

Por fim, pugna pela reforma da sentença para que seja julgada improcedente a ação ajuizada.

Contrarrazões pela manutenção da decisão singular.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por UNIMED -Campo Grande-MS -Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada por Cardio Vascular Diagnósticos S/C Ltda. em face de Katia Regina Martins de Souza.

Segundo consta, em 10/07/2010 a mãe da ré Katia Regina foi diagnosticada como portadora de aneurisma da aorta abdominal roto, situação que exigia o implante de 02 endopróteses.

Consultada a litisdenunciada ora apelante, teria recusado o atendimento sob o argumento de que o contrato de prestação de serviços de assistência médica expressamente afastava da cobertura o custo com próteses e órteses de qualquer natureza.

Em razão da situação, assumiu a ré o tratamento de forma particular, dando em garantia cheque no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Realizado o procedimento cirúrgico, a ré sustou o cheque, vindo a autora Cardio Vascular Diagnóstico ajuizar a presente ação de cobrança visando o recebimento de quantia que já supera R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais).

A ré denunciou à lide a apelante, defendendo ser sua a responsabilidade pelo pagamento da dívida.

O magistrado, sensível aos argumentos da ré usuária do plano de saúde, julgou procedente a ação, todavia, em face da litisdenunciação, condenou a apelante a suportar as despesas do tratamento.

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Em que pesem os argumentos despendidos no apelo, tenho que não são suficientes para afastar a decisão *a quo*.

Há previsão contratual assegurando o procedimento cirúrgico como medida curativa decorrente de *"aneurisma aorto-torácica – correção cirúrgica"* (Cláusula VIII, artigo 8.1, alínea "d", item "a" – f. 420-verso), todavia, o mesmo contrato afasta a cobertura para *"próteses, órteses de qualquer natureza"* (Cláusula X, artigo 10.1, alínea "j" – f. 422).

Havendo portanto a previsão de cobertura para o procedimento cirúrgico, não há justificativa plausível para a negativa de custeio das próteses e órteses necessárias, até porque decorrem do próprio ato cirúrgico em si, que em primeira e única razão objetiva apenas e tão somente o restabelecimento da saúde do paciente.

Assim, em sendo imprescindível à manutenção da saúde da usuária do plano de saúde a realização do aludido procedimento cirúrgico, compete à apelante o dever de patrocinar o tratamento que melhor se adeque as necessidades daquela, sendo-lhe defeso negar-se a realização sob o argumento de ausência de previsão contratual para tanto.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, inciso IV, classifica como nulas de pleno direito as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: *"estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem*

o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé e equidade."

Veja-se a jurisprudência:

"E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CONTRATAÇÃOANTERIOR À LEI N. 9.656/98 – NECESSIDADE DE TRATAMENTO – AUSÊNCIA DE COBERTURA –

> IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA VERIFICAR O RELEVANTE FUNDAMENTO DA DEMANDA – TUTELA ESPECÍFICA ANTECIPADA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 461, § 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PRESENÇA DOS REQUISITOS – RELEVANTE FUNDAMENTO DA DEMANDA E INEFICÁCIA DO PROVIMENTO FINAL – CABIMENTO – CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO – AGRAVO IMPROVIDO. Tratando-se de tutela específica envolvendo obrigação de fazer, presentes os requisitos delimitados no artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil, quais sejam, a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final, o deferimento pelo juízo a quo da antecipação dos efeitos da tutela é medida que se impõe, sobretudo quando a tutela versar sobre a preservação do direito à vida e à saúde." (Agravo -N. 2006.014640-7/0000-00 -Campo Grande. Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONVÊNIO PARA PRESTAÇÃO MÉDICOHOSPITALAR – UNIMED – MOLÉSTIA OBESIDADE MÓRBIDA – NEGATIVA DA CIRURGIA VIDEOLAPAROSCOPIA – ALEGAÇÃO DE NÃO-COBERTURA PELO À PLANO – IMINENTE RISCO À SAÚDE – TUTELA ANTECIPADA MANTIDA PARA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO (ART. 273 DO CPC) – PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO – DESNECESSIDADE – MERA FACULDADE CONCEDIDA AO JUIZ (ARTS. 273, § 3º E 804 DO CPC) – AGRAVO IMPROVIDO. Cumpre à Unimed arcar com o pagamento dos custos referentes ao material necessário para a realização de cirurgia indicada para a correção de obesidade mórbida". (Agravo de Instrumento n° 2003.007595-0. Terceira Turma Cível. Des. Paulo Alfeu Puccinelli. DJ-MS 10.03.05)
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA – PLANO DE SAÚDE – LIMITAÇÃO DE SESSÃO DE QUIMIOTERAPIA ENÃO COBERTURA DE TRANSPLANTE DE MEDULA – PROCEDIMENTOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DA DOENÇA ACOMETIDA PELA AUTORA – CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS TERMOS DO ART. 51, IV, DO CDC – REEMBOLSO DAS DESPESAS MÉDICAS AFASTADAS – DOAÇÕES – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – AFASTAMENTO – PROVIMENTO PARCIAL. São abusivas as cláusulas contratuais do plano de saúde que limitam o número de sessões de quimioterapia e não dão cobertura de transplante de medula, sendo tais procedimentos indispensáveis ao tratamento da doença acometida pela autora. Deve ser afastada a condenação ao reembolso das despesas médicas se foram pagas através de doações, pois do contrário restaria configurado o enriquecimento ilícito". (Apelação Cível -Ordinário -N. 2002.008020-9/0000-00 -Inocência. 17/08/2004)"

Assim, é abusiva qualquer cláusula que exclua a responsabilidade do plano de saúde em adotar procedimentos ou fornecimento de materiais imprescindíveis à garantir a saúde do usuário, visto que veda garantia básica. Ademais, a intervenção cirúrgica de que necessitava a apelada revelava-se com fins exclusivamente terapêuticos e não estéticos. Logo, fácil é de se concluir que é obrigação da requerente disponibilizar o tratamento médico adequado, sendo que a limitação contratual a esse direito, à luz do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser considerada nula. Confira-se, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sobre a matéria em voga, *in verbis:*

> "RECURSO ESPECIAL -PLANO DE SAÚDE -EXCLUSÃO DA COBERTURA O CUSTEIO OU O RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃODE PRÓTESE IMPORTADA IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO INADMISSILIDADE -ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS -RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I -Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva

> a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado; II -Recurso provido." (Resp 1046355 / RJ, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 05/08/2008) PROCESSO CIVIL E CIVIL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. COBERTURA. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.REQUISITOS LEGAIS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7 DO STJ. 3. O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas. (AgRg no Ag nº 1.350.717 -PA; Rel. Min. João Otávio de Noronha; julgado: 22/03/2011)

Nesta senda, deve ser mantida a tese da responsabilidade da recorrente pelos custos do procedimento por ela negado.

Ademais, ressalte-se que nem é o caso de discutir sobre a aplicação ou não dos preceitos encartados pela lei nº 9656/98 por tratar-se de contrato anterior à ela, mas de que efetivamente há a previsão da cirurgia na cobertura, sendo a colocação de próteses e órteses mera decorrência do incisivo tratamento de saúde.

Por fim, é de se registrar um último apontamento.

A apelante cita precedente de minha relatoria, Apelação Cível nº 2011.036530-2, apreciado em 16/02/2012, para reforçar que havendo declaração expressa do usuário de que não requer a incidência dos preceitos encartados na lei nº 9656/98, não pode a ele depois ser estendido suas determinações – em especial, do dever de cobertura do tratamento médico quando diante de casos emergenciais, ainda que não previsto no contrato do Plano de Saúde.

De fato, houve a declaração expressa neste caso de abstenção aos efeitos da lei nº 9.656/98 (f. 435-445), todavia, diferente da lide discutida naquele precedente, neste há a previsão do procedimento cirúrgico, só não das próteses e órteses. Naquele restou assim disposto:

> "Em verdade, nota-se que a jurisprudência acena para a aplicação do CDC nestes casos devido à existência de cláusulas contraditórias no contrato (uma prevê a cirurgia, mas outra nega a cobertura que prótese que é inerente ao ato cirúrgico), devendo a interpretação ser feita sempre da maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC).
>
> Não se trata das mesmas circunstâncias do caso em tela.
>
> No contrato sob discussão não houve a previsão da cobertura de cirurgia e nem tampouco da implantação de próteses e realização dos exames requeridos pela apelada, logo, não existem cláusulas contraditórias a determinar a aplicação do art. 47 do CDC, assim como resta afastada a aplicação dos preceitos da lei nº 9656/98 por vontade expressa da contratante do plano empresarial.
>
> Por fim, cabe pontuar que o §7º do art. 35 da referida lei é expresso ao afirmar que "às pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos, nãooptantes pela adaptação prevista neste artigo, fica assegurada a manutenção dos contratos originais, nas coberturas assistenciais neles pactuadas", e, em não sendo o caso da existência de cláusulas conflitantes a autorizar a aplicação dos preceitos do CDC na solução, qualquer inferência diferente da construída até aqui restaria em interpretação contra legem do dispositivo que rege a matéria, conduta inadmissível ao julgador".

Portanto, vê-se que as lides tratam de situações distintas. Diante todo o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento para manter incólume 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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2013.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001157-05.2008.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – EMBRIAGUEZ – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – NÃO PROVIMENTO.

É inaplicável o princípio da bagatela à contravenção penal de embriaguez (art. 62, do Decreto-Lei n.º 3.688/41), porquanto, os bens tutelados pela norma contravencional são os bons costumes e a integridade física de terceiros, interesses cuja violação não é passível de ser mensurada, tampouco desconsiderada.

Apelação defensiva a que se nega provimento com base na correta aplicação da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de **APELAÇÃO** interposta por **RUDNEY FARIA LEITE** objetivando a reforma da sentença que o condenou a 02 (dois) meses de prisão simples, em regime inicial aberto, substituída por 01 (uma) pena restritiva de direitos consistente na limitação de final de semana, pela prática da contravenção penal de embriaguez (art. 62, do Decreto-Lei n.º 3.688/41).

Pugna pela absolvição com base no princípio da insignificância, reconhecendo-se a atipicidade da conduta por ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 229/234).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 237/242).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

RUDNEY FARIA LEITE interpõe **APELAÇÃO** objetivando a reforma da sentença que o condenou a 02 (dois) meses de prisão simples, em regime inicial aberto, substituída por 01 (uma) pena restritiva de

direitos consistente na limitação de final de semana, pela prática da contravenção penal de embriaguez (art. 62, do Decreto-Lei n.º 3.688/41).

Narra a denúncia que, aos 05 de abril de 2008, por volta das 23h25min, no estabelecimento comercial "Conveniência Avenida", em Camapuã, o acusado apresentou-se embriagado em público, causando escândalo e provocando desordem.

Segundo a prefacial, embriagado, o acusado passou a quebrar garrafas e a jogar cadeiras no chão e, em seguida, urinou no muro do estabelecimento descrito.

Diante disso, o proprietário do local acionou a Polícia Militar, que deteve **RUDNEY**.

Processado, sobreveio o édito condenatório.

O acusado pugna pela absolvição com base no princípio da insignificância, porquanto não se comprovou lesão ao bem jurídico tutelado, não existindo, portanto, adequação típica.

O pleito defensivo não comporta guarida.

EDERSON FERNANDO ROSSATO relatou que era funcionário do estabelecimento e, por ocasião dos fatos, presenciou o momento em que o acusado estava quebrando as garrafas e jogando as cadeiras no chão, razão pela qual acionou a Polícia Militar (f. 42 e 147).

De igual modo o relato do policial militar que atendeu a ocorrência (f. 32, 33 e 166).

Portanto, a autoria e materialidade encontram-se comprovadas.

Resta analisar a aplicação do princípio da insignificância aventada pela defesa.

Embora, hoje, o princípio da insignificância seja importante instrumento de política criminal, na medida em que exclui a tipicidade daquelas condutas que não afetam de modo importante o bem jurídico tutelado pela lei penal, também é certo que não se pode generalizar na sua aplicação.

Com efeito, para a incidência da excludente em tela é imprescindível que se perquira qual valor a norma busca proteger no caso concreto, para, então, aferir se a violação empreendida pelo agente realmente foi capaz de atingi-lo.

De acordo com a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, o bem jurídico tutelado pela contravenção penal de embriaguez "*é constituído tanto dos bons costumes quanto da integridade física de terceiros e do próprio agente"*. [1]

Assim, considerando-se a imprescindibilidade dos bons costumes e da preservação da integridade física e moral nos atos da vida cotidiana, parece claro que a sua transgressão não é passível de ser graduada para fins de emprego do preceito bagatelar.

O delito em discussão é de mera conduta, não se exigindo a ocorrência de efetivo prejuízo para outrem e "*bastando o bêbado provocar escândalo em público"* [2] para ocorrer sua consumação, de sorte afigurar-se irrelevante mensurar o prejuízo que a conduta produziu.

O acusado foi detido quando estava embriagado, em local público, causando tumulto e desordem, em patente ofensa aos bons costumes e colocando em risco a segurança própria e alheia (quebrava garrafas e atirava cadeiras ao chão).

Como se não bastasse, é reincidente, conforme reconhecido na sentença (f. 209)

Observa-se, pois, que a conduta perpetrada é típica, ilícita e antijurídica e, portanto, consumou-se o delito imputado ao mesmo.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas – volume 1, 6ª ed, São Paulo: RT, 2012, p. 174.

2 *Idem, ibidem*.

Nesse sentido a jurisprudência:

> "PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ – ART. 62 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41 – ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS PELAS PALAVRAS DAS TESTEMUNHAS – DESCABIMENTO – PEDIDO ALTERNATIVO DE EXCLUSÃO OU DIMINUIÇÃO DA PENA DE MULTA – EXCLUSÃO INVIÁVEL – CONSEQUÊNCIA LÓGICA E INARREDÁVEL DA CONDENAÇÃO – DIMINUIÇÃO – VIABILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL AMPLAMENTE FAVORÁVEIS AO APELANTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – DECISÃO UNÂNIME.
>
> I - Se o conjunto probatório evidencia a materialidade e a autoria da contravenção penal narrada na denúncia, inviabiliza-se a absolvição. Agente que em estado etílico provoca quebradeira em ambiente público, causando escândalos e pondo em risco a sua segurança e a de terceiros, obrigando os clientes a chamar a polícia, comete o tipo penal descrito no artigo 62 da Lei de Contravenções Penais. Não há que se falar em atipicidade." [3]

Ante o exposto, **nego provimento** ao apelo interposto por **RUDNEY FARIA LEITE** mantendo incólume a sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

***

3 TJPE, Ap 0000081-92.2009.8.17.0580, 2ª Cam. Crim., rel. Des. ANTONIO CARLOS ALVES DA SILVA, j. 16/05/2012

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0200011-03.2008.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – *ABOLITIO CRIMINIS* – NÃO OCORRÊNCIA – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – CONDENAÇÃO MANTIDA – DESOBEDIÊNCIA – ORDEM DE PARADA NÃO OBEDECIDA, COM FUGA E ACIDENTE – CARACTERIZAÇÃO DO CRIME – DIREÇÃO PERIGOSA SEM HABILITAÇÃO – REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA – IRRELEVÂNCIA PARA A PENA-BASE – NÃO PROVIMENTO.

A benesse da *abolitio criminis* não se aplica ao crime de porte ilegal de arma de fogo; tratando-se, ademais, de delito de perigo abstrato, não havendo de se cogitar a ocorrência ou não de lesividade concreta para tipificação da conduta.

Constatando-se a ocorrência de ordem de parada em "blitz", a recusa do acusado em obedecê-la, empreendendo fuga e causando acidente, caracteriza o crime de desobediência.

A reparação civil dos danos causados em acidente automobilístico não representa causa de diminuição de pena para o condenado pelo crime do art. 309, do Código de Trânsito Brasileiro.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante o acerto da sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, improver o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de recurso de **APELAÇÃO** interposto por **ALVINO FRANCO** contra a sentença (f. 133/147) que o condenou a 02 (dois) anos de reclusão e outros 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, e 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), da Lei n.º 10.826/03, do art. 330 (desobediência), do Código Penal, e do art. 309 (direção de veículo sem habilitação gerando perigo de dano), do Código de Trânsito Brasileiro.

Sustenta que deve ser absolvido do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, por atipicidade da conduta. Quanto ao crime de desobediência, busca a absolvição, pois "*confessou que ultrapassou o limite da barreira na tentativa de desviar da motocicleta que vinha em alta velocidade e*

provocou o acidente por culpa exclusiva". Por fim, quanto ao crime do art. 309, do Código de Trânsito Brasileiro, pugna pela redução da pena ao mínimo legal, vez que "*assumiu toda a responsabilidade pelo acidente. Pagou as despesas médicas sofridas pelo motociclista e o conserto da motocicleta*" (f. 162/167).

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 176/183).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 211/218).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de recurso de **APELAÇÃO** interposto por **ALVINO FRANCO** contra a sentença (f. 133/147) que o condenou a 02 (dois) anos de reclusão e outros 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, e 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), da Lei n.º 10.826/03, do art. 330 (desobediência), do Código Penal, e do art. 309 (direção de veículo sem habilitação gerando perigo de dano), do Código de Trânsito Brasileiro.

Consta na denúncia que, aos 25 de julho de 2008, por volta das 10 h, na Rua Ramão Vargas Santos, Vila Ignes Andreaza, em Ponta Porã, o acusado não acatou a ordem de parada e empregou fuga, ocasião em que os policiais civis saíram ao seu encalço e só conseguiram alcançá-lo porque o mesmo colidiu com uma motocicleta conduzida pelo *VANDERLEI DE OLIVEIRA CARDOSO*, causando-lhe lesões corporais.

Após a colisão, ao realizarem revista no interior veículo, foi encontrado uma arma de fogo, do tipo revólver da marca Taurus, calibre 38, que submetida a perícia revelou-se apta para efetuar disparos.

Inicialmente, sustenta que deve ser absolvido do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, por atipicidade da conduta.

Inicialmente cumpre esclarecer que a conduta praticada pelo acusado se amolda perfeitamente ao crime de porte ilegal de arma de fogo e não de posse irregular, haja vista que o artigo em comento traz em seu bojo o verbo "transportar", ou seja, não se observa qualquer irregularidade no fato típico imputado.

De igual forma, não merece prosperar a tese de atipicidade da conduta com base nos efeitos da denominada *abolitio criminis* temporária decorrente da Lei 11.922/09, oriunda da prorrogação do prazo de entrega de armas, previsto nos artigos 30 a 32, da Lei n.º 10.826/03.

É induvidoso que a *abolitio criminis* somente se aplica – mesmo para aqueles que reconhecem tal possibilidade – aos crimes de "posse" irregular de arma de fogo e de munição de uso permitido, em que o legislador permitiu aos seus detentores a regularização de sua situação no prazo que estipulou.

O crime praticado não se enquadra nesta situação, pois o porte ilegal de arma de fogo e de munição de uso permitido não foi afetado por aquelas disposições.

Neste sentido é pacífica a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> "HABEAS CORPUS – PACIENTE CONDENADO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO NA VIGÊNCIA DA LEI 9.437/97 – ABOLITO CRIMINIS INEXISTENTE – VACATIO LEGIS DOS ARTS. 30 E 32 DA LEI 10.826/03 INAPLICÁVEL, NA HIPÓTESE – PRECEDENTES DO STJ – ORDEM DENEGADA.

> 1. A Lei 10.826/03 não aboliu o crime de porte ilegal de arma de fogo e munições, anteriormente regulado pelo art. 10 da Lei 9.437/97, prevendo-o, expressamente, agora nos arts. 12, 14 e 16, inclusive com alteração da pena máxima para maior, inexistente, assim, a *abolitio criminis* do referido delito.
>
> 2. Esta Corte firmou o entendimento de ser atípica a conduta apenas no concernente ao crime de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art. 16), no período estabelecido nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, que permitiu a entrega das armas à Polícia Federal mediante indenização ou a sua regularização. A conduta de portar arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que ensejou a condenação do impetrante/paciente, continuou típica e não foi abrangida pela descriminalização temporária.
>
> 3. Ordem denegada." [1]
>
> (Destaques não originais)

Assim, a conduta praticada pelo acusado é típica e não pode ser acobertada pela pretensa *abolitio criminis* advinda de discutível interpretação da Lei n.º 10.826/2003.

Quanto ao crime de desobediência, busca a absolvição, pois "*confessou que ultrapassou o limite da barreira na tentativa de desviar da motocicleta que vinha em alta velocidade e provocou o acidente por culpa exclusiva*".

Além das alegações defensivas serem bastante lacônicas e de difícil compreensão, basta analisar a declaração do próprio acusado em juízo para acabar com qualquer dúvida acerca da existência do crime de desobediência (f. 118):

> "JUIZ: O senhor percebeu uma ordem de parada dada pelos policiais?
>
> INTERROGANDO: Sim, senhor.
>
> JUIZ: Parou ou prosseguiu?
>
> INTERROGANDO: Prossegui.
>
> JUIZ: E prosseguiu por que, senhor?
>
> INTERROGANDO: **Porque eu não tinha habilitação.**
>
> JUIZ: Foi alcançado com que distância depois?
>
> INTERROGANDO: Na base de uns 200m.
>
> JUIZ: Chegou a se chocar com algum motociclista, ou não?
>
> INTERROGANDO: Sim, senhor."
>
> (Destaques não originais)

Não resta qualquer dúvida que o crime de desobediência ocorreu no momento em que **ALVINO** se recusou a obedecer a ordem de parada dada pelos policiais que realizavam a "blitz" em questão. Eventual acidente posterior, sendo culpa ou não do acusado, não altera em nada a tipicidade da conduta anterior.

1 HC 71.821/ MG, 5ª T., rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 25/10/2007.

Assim sendo, a condenação pelo crime de desobediência também deve persistir.

Por fim, quanto ao crime do art. 309, do Código de Trânsito Brasileiro, pugna pela redução da pena ao mínimo legal, porquanto "*assumiu toda a responsabilidade pelo acidente. Pagou as despesas médicas sofridas pelo motociclista e o conserto da motocicleta*".

Ao estabelecer a pena para este crime, teceram-se as seguintes considerações, *in verbis* (f. 145):

> "A ação do acusado reveste-se de normal grau de censurabilidade, ante ao ilícito praticado. Quanto à conduta social e à personalidade do denunciado, não há nos autos elementos para avaliação O réu possui antecedentes criminais. Os motivos ficaram esclarecidos, já que o acusado pretendia fugir da polícia, pois não possuía habilitação para dirigir. As circunstâncias do crime não são desfavoráveis. Há conseqüências são desfavoráveis, já que além de gerar perigo de dano ao dirigir em alta velocidade em bairro populoso desta cidade, ainda colidiu, derrubou e machucou um motoqueiro. O comportamento da vítima não influiu no "quantum" da reprimenda.
>
> Assim, não sendo totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em oito meses de detenção. Na segunda fase, em razão da confissão espontânea, atenuo a pena em um mês, dias, fixando esta em sete meses de detenção. Não há majorantes ou minorantes a serem consideradas. Assim, fixo definitivamente a pena em SETE MESES de detenção."

Verifica-se de, de fato, existem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, justificando a discreta exasperação da pena-base, já que o mínimo legal é de 06 (seis) meses de detenção e a mesma foi estabelecida em 08 (oito) meses – com o módico acréscimo de 02 (dois) meses – sendo ao final, estabelecida em 07 (sete) meses de detenção.

O fato de **ALVINO** ter pagado as despesas médicas do motociclista e o conserto do veículo não representam ato de bondade ou generosidade, mas sim o cumprimento de sua obrigação. Afinal, sendo o mesmo que deu causa ao acidente há responsabilidade civil na reparação dos danos.

Em tais condições, absolutamente descabida a pretensão de redução da pena em questão.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso interposto por ALVINO FRANCO.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Revisor)

De uma análise detalhada dos autos, acompanho integralmente o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Relembrando. Cuida-se de Apelação Criminal interposta por Alvino Franco, que foi condenado a 2 (dois) anos de reclusão e 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção em regime aberto e 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes de *porte ilegal de arma de uso permitido*, de *desobediência* e de *direção de veículo sem habilitação, com perigo de dano*.

Almeja, em suma, a absolvição quanto aos dois primeiros crimes e a revisão na dosimetria da pena do segundo.

O Des. Carlos Eduardo Contar, e. Relator, nega provimento ao apelo, mantendo incólume a sentença condenatória

Assevera que a conduta praticada pelo recorrente, ao portar ilegalmente arma de uso permitido, é típica e não se enquadra na hipótese da *abolitio criminis temporalis* decorrente da Lei 11.922/09, oriunda da prorrogação do prazo de entrega de armas, previsto nos artigos 30 a 32 da Lei n. 10.826/03.

Diz que o crime de desobediência ficou evidenciado do próprio depoimento do apelante, que se recusou a obedecer a ordem de parada dada pelos policiais que realizavam a blitz.

Por fim, deixa de alterar a pena do delito de trânsito, por considerar estar ela bem dosada e porque o fato de as despesas da vítima com o acidente terem sido pagas não representa nada mais do que o cumprimento da obrigação civil do apelante.

Vou divergir somente quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, já que o artefato estava, na ocasião da apreensão, desmuniciado e não tinha a possibilidade de prontamente sê-lo, o que, segundo entende a corrente doutrinária que perfilho – outrora majoritária –, retira a tipicidade da conduta.

Colhe-se a elucidativa lição de Luiz Flávio Gomes:

> "O STF (1ª Turma), desde 25 de maio de 2004, no ROHC 81.057-SP, firmou posição no sentido de que arma desmuniciada (e sem chance de ser municiada rapidamente) não constitui o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo. A jurisprudência assentada pelos tribunais brasileiros, antes, era no sentido contrário (cf.: STJ, HC 14.747, Gilson Dipp, DJU de 19.03.01, p. 127). Esse entendimento assim como os votos dos Ministros Ellen Gracie e Ilmar Galvão (no referido ROHC 81.057-SP) tinham como fundamento a natureza abstrata do perigo incriminado pelo legislador.
>
> Isso tudo perdeu validade dentro do moderno Direito penal, guiado pelo princípio da ofensividade (cf. GOMES, Luiz Flávio, Princípio da ofensividade no Direito penal, São Paulo: RT, 2002). Todo tipo penal fundado literalmente em perigo abstrato deve ser interpretado e adequado à visão constitucional do Direito penal (assim: Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, que foram votos vencedores).
>
> Arma desmuniciada e, ademais, sem nenhuma possibilidade de sê-lo, não ostenta nenhuma potencialidade lesiva, porque não é apta para efetuar disparos. O Min. Sepúlveda Pertence, com o costumeiro acerto, foi ao cerne da questão: se a arma está desmuniciada não conta com potencialidade lesiva, logo, não é arma de fogo. Falta o objeto material do delito (sobre o qual recai a conduta do agente). Arma desmuniciada é arma, porém, não é fogo. E o que a lei incrimina (no Estatuto do Desarmamento) é a arma de fogo.
>
> O equívoco, que estava presente no voto da Min. Ellen Gracie, vem espelhado na confusão que se fez entre potencialidade lesiva e poder de intimidação. Não há dúvida que arma desmuniciada tem poder intimidativo e quando usada para ameaçar pessoas constitui o crime de ameaça, de roubo etc. Quando o ladrão aponta uma arma, num roubo, a vítima não pergunta se a arma está ou não municiada. Por isso que seu uso configura o roubo. Mas uma coisa é a arma usada como instrumento de um crime (de um roubo, por exemplo), outra distinta é a arma como objeto material do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo.
>
> Poder de intimidação também têm a arma de brinquedo, a arma inapta, a arma quebrada, a arma de sabão ou qualquer outro instrumento lesivo (real ou fictício). A criminalização da arma de fogo, considerada em si mesma, entretanto, não tem como fundamento esse poder de intimidação (fundado nas teorias subjetivistas, que alimentam o danoso Präventionstrafrecht), senão a sua potencialidade lesiva concreta (teorias objetivistas, que demarcam o Verletzstrafrecht).
>
> A conduta, para criar um risco proibido relevante, nos termos da incriminação contemplada no Estatuto do Desarmamento, deve reunir duas condições: (a) danosidade efetiva da arma, leia-se, do objeto material do delito (potencialidade lesiva concreta) e (b) disponibilidade (possibilidade de uso imediato e segundo sua específica finalidade). O

> resultado da soma dessas duas categorias (ou exigências) nos dá a idéia exata da ofensa típica a um bem jurídico supraindividual (certo nível de segurança coletiva) ou, mediatamente, aos bens individuais (vida, integridade física etc.).
>
> **O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade desse objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica.** Nos chamados "crimes de posse" é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniciada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma.
>
> Exatamente nesse mesmo sentido acha-se a munição desarmada (leia-se: munição isolada, sem chance de uso por uma arma de fogo) assim como a posse de acessórios de uma arma. Não contam com nenhuma danosidade real. São objetos (em si mesmos considerados) absolutamente inidôneos para configurar qualquer delito. Todas essas condutas acham-se formalmente previstas na lei (Estatuto do Desarmamento), mas materialmente não configuram nenhum delito. Qualquer interpretação em sentido contrário constitui, segundo nosso juízo, grave ofensa à liberdade e ao Direito penal constitucionalmente enfocado." (GOMES. Luiz Flávio. Arma desmuniciada versus Munição desarmada. 2004. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040705160036824&mode=print>. Acesso em: 28 de janeiro de 2013, destaquei).

Com todo o respeito, a dispensa de dano efetivo ou perigo de dano (concreto ou abstrato) a *outrem* não se coaduna com a teoria do delito e a faceta atual da ciência penal.

O Direito Penal é a *ultima ratio* da intervenção estatal, não devendo intervir em condutas desprovidas de efetiva lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado, em obséquio ao princípio da lesividade.

Bem por isso que **Nilo Batista** e **Eugenio Raúl Zaffaroni** advertem para a impropriedade da construção doutrinária do "dano normativo", presumido pela norma:

> "No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da lesividade, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção pu nitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio [...] O delito sempre implica uma lesão: não reconhecer que essa lesão é aquela sofrida pela vítima significa, automaticamente, transferir a lesão para um titular alternativo, que em geral é o estado [...] A legislação contemporânea tende também a minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado perigo abstrato e além disso, na sociedade de risco da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da vítima, ser ela suprimi da, mediante o uso perverso dos interesses difusos e dos delitos de perigo co mum. Por isso, para preservar o princípio do alterum non laedere de Aristóteles e Ulpiano, é necessário precisar – quiçá um pouco exageradamente – que bens jurídicos são só aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso." (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et ali. Direito Penal Brasileiro. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 226, 228 e 229)

O fato de o crime ser de mera conduta não pode ter o condão de dispensar o dano ou o perigo concreto de dano, sob pena de banalizar a aplicação do Direito Penal.

O mero porte de arma, mormente em casos como este, quando o artefato não estava propriamente com o apelante, mas dentro do porta luva de seu veículo, não caracteriza o tipo penal em comento, ante a ausência de ofensividade jurídica.

Diante do exposto, divirjo do Relator para, contra o parecer, dar parcial provimento à Apelação Criminal interposta por Alvino Franco, com o fim exclusivo de absolvê-lo do crime tipificado no art. 14 da Lei 10.826/03, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, mantendo, no mais, inalterada a sentença primeva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4001176-82.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – CÍVEL – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – INCAPACIDADE FINANCEIRA – MATÉRIA QUE EXORBITA O ÂMBITO DO *WRIT* – REGIME ABERTO – IMPOSSIBILIDADE – NÃO CONCESSÃO.

A via estreita do *habeas corpus* não suporta discussão acerca da incapacidade financeira do paciente para honrar a obrigação alimentícia, visto que tal matéria demanda exame aprofundado de provas.

É incabível a fixação do regime aberto para o cumprimento da prisão civil decorrente de débito alimentar, haja vista a natureza coercitiva da medida, que não admite atenuação.

Habeas Corpus a que se nega concessão, uma vez observada a necessidade da medida restritiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de março de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Os advogados **REGIS SANTIAGO DE CARVALHO E SÉRGIO LOPES PADOVANI** ingressa com pedido de ***HABEAS CORPUS***, com pleito de liminar, em favor de **VICENTE LEITE BRINGEL** sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do **JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMILIA DIGITAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE**.

Relatam que o paciente ocupa o polo passivo da Ação de Execução de Alimentos n.º 0800612-72.2012.8.12.0001, em que sua filha G. V. V. B. busca receber a importância de R$ 4.387,24 (quatro mil trezentos e oitenta e sete reais e vinte e quatro centavos) e mais as parcelas que vencerem no curso da referida demanda.

A executada afirma, naquele feito, que o paciente não vem pagando a integralidade da verba estabelecida a título de alimentos provisórios nos autos da Ação de Divórcio Direto com pedido de tutela antecipada n.º 0002683-17.2011.8.12.0001.

Narram que o paciente apresentou justificativa para este comportamento, mas a autoridade apontada como coatora não a acolheu e decretou a prisão civil de **VICENTE**.

Alegam que a prisão civil só pode ser decretada quando o inadimplemento for voluntário e inescusável, sendo que – no caso concreto – a própria alimentada teria reconhecido que o paciente vem pagando parte da quantia fixada a título de alimentos provisionais.

Acrescentam que o valor fixado para alimentos provisionais supera até mesmo a renda mensal do paciente, que gira em torno de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Destacam que tal fato torna o inadimplemento totalmente involuntário, eis que decorrente de força maior.

Sustentam que a justificativa deve ser acolhida, cassando-se a ordem de prisão. Subsidiariamente, pugnam pela aplicação do regime aberto para a medida constritiva, a fim de que seja assegurada a saída do paciente para exercício de sua atividade laboral.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 119/120) e a autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 126/127).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela denegação (f. 128/133).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Os advogados **REGIS SANTIAGO DE CARVALHO E SÉRGIO LOPES PADOVANI** ingressam com pedido de ***HABEAS CORPUS***, com pleito de liminar, em favor de **VICENTE LEITE BRINGEL** sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do **JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMILIA DIGITAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE**.

Ab initio, deve-se lembrar que a prisão civil decorrente do inadimplemento de débito alimentar é plenamente admitida no direito brasileiro e nos tratados internacionais. Não há, portanto, ilegalidade *in abstrato* na utilização desta medida como meio coercitivo para o pagamento de pensão alimentícia.

Por outro lado, por se tratar de matéria eminentemente cível, a questão desafia recursos próprios previstos no Código de Processo Civil, como o AGRAVO DE INSTRUMENTO no caso concreto.

Já o *HABEAS CORPUS* é remédio constitucional previsto para casos em que "*alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*" (art. 5º, LXVIII, da Carta Magna).

Desta forma, a apreciação do *writ* para casos de prisão civil deve se ater aos casos de ilegalidade ou abuso de poder, não sendo possível a verificação de elementos de mérito da decisão combatida, como pagamento parcial e não acolhimento de justificativa apresentada.

Ademais, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário, é possível observar que já fora interposto recurso de AGRAVO DE INSTRUMENTO (n.º 4001375-07.2013.8.12.0000) contra a decisão aqui combatida. Portanto, o exame do mérito desta questão deve ficar a cargo da 3ª Câmara Cível, onde aquele recurso será julgado.

In concreto, observa-se que a restrição da liberdade do paciente não se mostra ilegal e nem decorre de abuso de poder, pois alinhada ao disposto na Súmula 309, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de acordo com a qual "*o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.*"

Na ação de divórcio litigioso n.º 0002683-17.2011.8.12.0001, a autoridade apontada como coatora fixou 04 (quatro) salários mínimos de alimentos provisórios para a filha do paciente (f. 26 e 28). Não há nos autos notícia de que tal provimento jurisdicional tenha sido revertido presumindo-se a legitimidade da cobrança entabulada, ainda que – nas palavras do impetrante – seja "*superior à própria renda mensal do Paciente*" (f. 06).

Assim, o fato de a filha do paciente ter conseguido "*de uma forma ou de outra*" (f. 10) subsistir mesmo diante do seu inadimplemento não se mostra como justificativa aceitável para que o Poder Judiciário chancele esse comportamento.

De igual forma, a constituição de nova entidade familiar não afasta a obrigação alimentar estabelecida pela autoridade apontada como coatora, pois o paciente tem responsabilidade sobre sua filha e não pode ignorar sua existência por conta de nova entidade familiar.

A justificativa apresentada não se mostra plausível para a falta de pagamento da obrigação, afigurando-se devida a segregação do paciente, já que tem por objetivo compelir o devedor a quitar a dívida.

Ademais, na via estreita do *habeas corpus* não se discute, ainda que de forma transversa, matéria de mérito.

Esse é o entendimento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *ex vi*:

> "A estreita via do writ não comporta o exame aprofundado do mérito, porque exigiria dilação probatória que nela não é permitido." [1]

> "A matéria de mérito não pode ser examinada no âmbito do habeas corpus, que não comporta dilação probatória, nem permite aprofundamento nas provas colhidas." [2]

Diante da ausência de pagamento da prestação alimentícia a que foi obrigado, a restrição da liberdade do paciente mostra-se devida e de acordo com a Súmula 309, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Em relação ao pedido subsidiário de imposição do regime aberto, o mesmo não encontra guarida no ordenamento jurídico, eis que a diferenciação de estágios prisionais é aplicável tão somente à prisão de cunho penal e de nada prestaria sua mitigação aos propósitos buscados no âmbito alimentar.

Ademais, a finalidade da medida é coagir o devedor a pagar a dívida alimentar, de modo que se mostra mais adequado o recolhimento no regime fechado, até porque inexistem peculiaridades no caso concreto que recomendem a atenuação requerida.

Sobre o assunto:

> A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de, considerando que a finalidade da prisão civil é justamente coagir o devedor a honrar a obrigação, determinar o seu cumprimento nos moldes do regime fechado, tão somente admitindo a conversão para forma de cumprimento mais benéfica em hipóteses excepcionais, nas quais não se amolda a presente. [3]

Ante o exposto, **nego concessão** ao pedido de ***HABEAS CORPUS*** em favor de **VICENTE LEITE BRINGEL**.

1 HC 83.199/SP, 5ª T., rel.ª Des.ª conv.ª JANE SILVA, DJ 15/10/2007, p. 328.
2 HC 83.188/PA, 5ª T., rel.ª Des.ª conv.ª JANE SILVA, DJ 15/10/2007, p. 328.
3 STJ, HC 104.454/RJ, 3ª T., rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, j. 17/06/2008.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 04 de março de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001056-16.2011.8.12.0053 - Dois Irmãos do Buriti
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – DEPOIMENTOS CONTRADITÓRIOS – ABSOLVIÇÃO – RECURSO DEFENSIVO PROVIDO.

O réu negou a autoria sempre que ouvido, inexistindo prova segura em sentido contrário. Muito embora entenda que a palavra da vítima tenha importante valor probatório, no presente caso, é a única prova em desfavor do acusado e apresenta-se contraditória. Não se pode fundar a condenação depoimentos dúbios, dissonantes entre os relatos da fase inquisitorial e em juízo. A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade desta ou daquela. Dúvida razoável que enseja a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Janilson Gomes da Silva condenado pela prática do crime previsto no art. 217-A do CP, à pena de 08 anos de reclusão no regime inicial fechado.

Nas razões de fls. 238-263, a defesa alega, em resumo, falta de provas da autoria, impugnando os depoimentos testemunhais que acredita apresentar contradições, especialmente as declarações da mãe da vítima a quem imputa prática de perseguição ao réu. Subsidiariamente, requer a desclassificação para contravenção penal prevista no art. 61 da Lei de Contravenções.

O Ministério Público em contrarrazões as fls. 265-277,combate integralmente as argumentações defensivas e pugna pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria de Justiça as fls. 283-286 pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Janilson Gomes da Silva condenado pela prática do crime previsto no art. 217-A do CP, à pena de 08 anos de reclusão no regime inicial fechado.

Nas razões de fls. 238-263, a defesa alega em resumo, falta de provas da autoria, impugnando os depoimentos testemunhais, que acredita apresentar contradições, especialmente as declarações da mãe da vítima a quem imputa prática de perseguição ao réu. Subsidiariamente, requer a desclassificação para contravenção penal prevista no art. 61 da Lei de Contravenções.

O recurso merece provimento.

Sabe-se que a condenação pressupõe certeza da autoria, não se admitindo meras suspeitas ou ilações, diante de qualquer dúvida da responsabilidade do agente, deve haver a absolvição.

Neste sentido colho julgado do TJRS:

> Ementa: APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE INOBSERVANCIA DO ARTIGO 212 CPP PREJUDICADA. ÔNUS PROBATÓRIO DA ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. 1 - A preliminar de inobservância da regra inserta no artigo 212 do CPP, in casu, se confunde com o mérito, devendo com ele ser apreciada. Preliminar prejudicada. 2 - Ausência de comprovação da ocorrência do crime, pela falta de atuação do órgão acusador na produção da prova oral. O Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal, sendo dele, portanto, o ônus probatório. Absolvição que se impõe. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70050835354, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 14/11/2012)

O réu negou a autoria sempre que ouvido.

Muito embora entenda que a palavra da vítima tenha importante valor probatório, no presente caso, é a única prova em desfavor do acusado e apresenta-se contraditória. Assim, o caso é de incidência do princípio do *in dúbio pro reo.*

Não se pode fundar a condenação depoimentos dúbios, dissonantes entre os relatos da fase inquisitorial e em juízo. Vejamos.

A vítima narrou na fase policial (fl.07):

> "Que afirma que Janilson não conseguiu beijar sua boca, pois a declarante se afastava e ia embora; QUE em outros dias, Janilson lhe chamou para ir ao terreno baldio, sempre por volta das 5 da tarde [...] QUE em todas as vezes que se encontrava com Janilson ele tentava beijar sua boca e seu pescoço a força, e tentava também "passar a mão" em sua bunca e "na frente"; [...] **Que Janilson nunca tentou manter relação sexual com a declarante, nunca tentou tirar sua roupa, somente tentava lhe agarrar, beijar e passar a mão em seu corpo** [...]*"*. - destaquei

Já em juízo relatou (fls.135-136):

> " [...] que o acusado queria manter relação sexual com a depoente, que todo dia as 17:00 horas iam para um terreno baldio, **onde o acusado já estava esperando, chegando ao local o acusado arrancava a roupa da depoente, tirava 'o negócio dele para fora'**

> **e mandava a depoente pegar, beijava e abraçava ela a força, que deu um DVD a depoente, que o acusado passava a mão na depoente "na frente e atras", tanto quando ela estava vestida quanto sem roupa, que o local era um mato alto, que quando a depoente começava a gritar o acusado a soltava** [...] que na delegacia o delegado disse para a depoente que não era para ela contar nada, mas não disse porque [...]." - grifei

As contradições também estão presentes nos depoimentos da genitora da vítima que na fase inquisitorial narrou (fl.10):

> "QUE na data de 15 de julho deste ano, por volta das 16:00 h sua filha Daiane lhe contou que seu vizinho, Sr. Janilson, queria "ficar" com ela, beijá-la [...] **Que indagou sua filha, se Janilson já tinha tentado manter relação sexual com ela, e Daiane respondeu negativamente, afirmando que ele nunca tinha tentado nada com ela**; [...]." – sem grifo no original

Contudo, em juízo disse (fls. 132-133):

> "[...] que Daiane contou que o acusado obrigava ela a ir para o mato com ele, dizendo que não era para ela contar para a depoente e nem para o seu pai, que "você que sabe se contar para eles", **no mato o acusado agarrava a vítima a força, jogava ela no chão, beijava a força, passava a mão "na frente e atrás", tirava o pênis para fora da calça e pedia para ela pegar, que ela não afirmou que tenha pegado no penis do acusado** [...]". g.n.

Outra incongruência existe nas declarações quanto à presença da genitora quando da tomada dos depoimentos perante a autoridade policial, pois embora se afirme que foram colhidos sem a presença da mãe da ofendida, a menor Bruna (irmã desta) assevera que ***"quando foi ouvida na delegacia estava acompanhada de sua mãe, que sua irmã, ora vítima, entrou junto com a depoente e com a mãe na sala do delegado."*** – fl. 137

Também são dúbias as exposições dos fatos referente ao dia em que a mãe da vítima teria "flagrado" o suposto crime, pois a vítima descreveu (fl. 136):

> "[...] que no dia em que a mãe da depoente viu eles já estavam no mato, que o acusado estava agarrando a depoente quando ouviu o barulho da bicicleta de sua mãe ele a soltou, **que no local a depoente já estava sem roupa quando a sua mãe chegou**, que Bruna estava junto [...]". – g.n.

No entanto sua genitora de forma diversa historiou as fls. 132-133:

> "[...] Como a depoente sabia que suas filhas estavam andando de bicicleta em frente de casa, ligou para a polícia e relatou os fatos dizendo que o acusado iria atras das meninas, imediatamente a depoente saiu atras do acusado, uma quadra e meia depois a depoente avistou o acusado e suas duas filhas, **que o acusado estava em cima da bicicleta, proxima dele estava Daiane já com a bicicleta no chão e Bruna, logo depois, em cima de sua bicicleta,** que se aproximou tirando fotos do acusado, tirou duas fotos da rua, uma foto do acusado na bicicleta e a outra de Daiane e Bruna no local [...]" - grifei

Por fim, a testemunha Édina Pereira da Silva expôs a fl. 142:

> "[...] que Thais comentou com a depoente que a tia dela estava a obrigando dizer coisas que não eram verdadeiras, que Thais disse que Sandra a alertava dizendo que se ela não falasse poderia até ser presa."

Embora o ofendido seja ouvido como informante no processo, em crimes desse jaez, a palavra da vítima ganha força, desde que amparada por demais elementos probatórios, o que não ocorre no caso dos autos.

O ônus da prova incumbe a quem alega e, nesse caso, não se desincumbiu de fazê-lo a acusação.

Deve se atentar o acusador para a rigidez na colheita das provas, como meio de desconstituir a presunção de inocência. Tal não ocorreu no caso vertente.

Desta feita, não há circunstância provada, em que se amparem os indícios de autoria levantados pela acusação contra o réu, pois se restringe à prova testemunhal duvidosa, como já exposto.

Oportuna a lição de NUCCI[1]:

> "O ônus da acusação é sempre exigível e inflexível. O ônus da defesa pode ser exigível e é flexível. O ônus do órgão acusatório, quando falho, jamais poderá gerar convencimento favorável à condenação, pois seria este fundamentado em livre convicção íntima, o que é inadmissível (excetuado o sistema do Tribunal do Júri). O ônus da defesa, quando falho, pode gerar convencimento favorável ao réu, desde que calcado no princípio da presunção de inocência. Logo, o magistrado, nessa hipótese, estaria absolvendo o acusado não por livre convicção íntima, mas se valendo de princípio constitucional expresso."

Em suma, na hipótese em apreciação, ampara-se a acusação em elementos de forte probabilidade do cometimento do delito pelo apelante, todavia tais circunstâncias não restaram provadas.

A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade**.**

Mais uma vez cito NUCCI[2]:

> "As falhas probatórias das partes terminam por incitar a utilização do princípio da presunção de inocência associado à prevalência do interesse do réu: o caminho é a permanência do estado de inocência, não desfigurado pela propositura da ação penal."

Dessa forma, entendo que o conjunto probatório mostrou-se insuficiente para embasar um juízo condenatório, com a certeza necessária, impondo-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

O processo penal não autoriza conclusões condenatórias baseadas somente em suposições ou indícios. A prova deve estar clara, escorreita e sem qualquer dúvida a respeito da materialidade ou autoria do delito para ensejar sentença condenatória.

Assim, milita em favor do acusado a dúvida, e em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, a **absolvição** é medida que se impõe, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, por não existir prova suficiente para a condenação.

Por todo exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. São Paulo:RT, 2009

2 NUCCI, Guilherme de Souza. op.cit.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

***

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 0600318-07.2012.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – FURTO – APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BAGATELA – POSSIBILIDADE – VALOR ABAIXO DO SALÁRIO MÍNIMO – REVISIONAL PROCEDENTE.

A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

A conduta perpetrada pelo agente, primário e sem antecedentes, é irrelevante para o direito penal. O delito em tela – subtração de um trilho de ferro avaliado em valor inferior ao salário mínimo da época - insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela.

CONTRA O PARECER – REVISIONAL PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, julgar procedente a revisional, nos termos do voto do Relator. Ausente por férias o Des. Ruy Celso.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Ação de Revisão Criminal proposta por QUIRINO ANTONIO DOS SANTOS GUACO, condenado, pela prática do delito de furto – art. 155, §4º, do CP, à pena de 02 de nãos de reclusão e 10 dias-multa, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Sustenta-se, em síntese, que em seu favor há que ser aplicado o princípio da insignificância em razão do valor do bem subtraído - avaliado em R$ 210,00 à época - R$ 310,00 corrigido. Prequestiona violação aos artigos 5º, II a IV e art. 93, IX, ambos da CF; artigos 59 e 155, ambos do CP.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento da ação e no mérito pelo indeferimento da revisão criminal.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Como relatado, cuida-se de Ação de Revisão Criminal proposta por QUIRINO ANTONIO DOS SANTOS GUACO, condenado, pela prática do delito de furto – art. 155, § 4º, do CP, à pena de 02 de nãos de reclusão e 10 dias-multa, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Na exordial, alega em resumo que em seu favor há que ser aplicado o princípio da insignificância em razão do valor do bem subtraído - avaliado em R$ 210,00 – valor corrigido de R$ 310,00. Sustenta que referido princípio é aplicável também ao reincidente.

Inicialmente destaco que a pretensão do requerente é passível de análise para identificação de eventual situação prevista no inciso I do art. 621 do CPP, uma vez que o princípio da insignificância está sedimentado em nosso ordenamento por construção jurisprudencial e doutrinária. Desta forma há que se conhecer da ação de revisão criminal para exame do mérito da ação a fim de identificar a procedência ou não da referida pretensão.

No mérito, a revisional merece provimento.

Para configuração do delito bagatelar, a jurisprudência dos Tribunais Superiores assentou ser imprescindível a análise prudente e criteriosa dos seguintes elementos: (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

Pois bem. No caso há de se aplicar o "princípio da insignificância", tratando-se de bagatela, que exclui a tipicidade, dada irrelevância penal da conduta do agente.

O revisionando foi condenado pelo fato de que no dia 21 de maio de 2005, na linha de trilhos da Ferrovia Noroeste S.A, nas proximidades do bairro Santa Terezinha, na cidade de Três Lagoas – subtraiu um trilho de ferro avaliado à época em R$ 210,00.

A conduta praticada pelo revisionando não alcança relevância para o Direito Penal. O valor do bem subtraído - R$ 210,00 (duzentos e dez reais) - é pequeno, estando abaixo do salário mínimo vigente à época – R$ 300,00 (trezentos reais).

Registre-se que o revisionando, assim como os corréus, não ostentava antecedentes criminais, ou seja, trata-se de evento isolado em sua vida.

Há que se considerar a mínima ofensividade da conduta do agente no seio da sociedade, desprovida de periculosidade. Assim, constata-se, no presente caso, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Por oportuna, transcrevo, preciosa lição do Professor Luiz Flávio Gomes:

> "Tanto no Direito brasileiro como no comparado a via dogmática mais apropriada para se alcançar o desideratum da não punibilidade do fato ofensivo ínfimo é constituída pelo chamado **princípio** da **insignificância** ou de bagatela, 'que é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos mínimos não

> se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo, abre a porta a uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este **princípio** a fatos mínimos se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um **princípio** de direito processual, senão de Direito penal'.
>
> [...]
>
> O chamado princípio da **insignificância** (Geringfügirkeitsprinzip), na esteira da lição de ROXIN, é justamente o que permite, na maioria dos tipos legais, excluir desde logo danos de pouca importância: 'maus tratos, portanto, não é qualquer tipo de dano à integridade corporal, senão somente o relevante; analogamente, desonesta no sentido do Código Penal é só a ação sexual de certa importância; injuriosa é só a lesão grave à pretensão social de respeito [...] Se com esses fundamentos se organiza de novo conseqüentemente a instrumentalização de nossa interpretação do tipo, se alcançaria, ademais de uma melhor interpretação, uma importante contribuição para reduzir a criminalidade em nosso país'." (Delito de bagatela: princípios da **insignificância** e da irrelevância penal do fato, in: Doutrina, nº 11. Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 2001, pp. 320/343).

Neste sentido:

> **"**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DECISÃO MANTIDA. 1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A imputação é pela prática de furto, na forma tentada, de um skate, um capacete e uma joelheira, avaliados indiretamente em cento e trinta e cinco reais (R$ 135,00), objetos integralmente recuperados em razão da prisão em flagrante do agente. Em se tratando de mercadorias produzidas em série e subtraídas de comerciantes, o valor deve corresponder ao custo de reposição de estoque e não, ao preço de varejo, pois este sempre traz embutido o ganho do comerciante. Sob essa ótica, a lesão patrimonial é ainda menor. Verificados os requisitos autorizadores da aplicação do princípio da insignificância, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, deve-se reconhecer a possibilidade de aplicação de tal princípio. 2. CONDIÇÕES PESSOAIS As condições pessoais do réu, verificadas através da reincidência ou de antecedentes não obstam a aplicação do princípio em tela, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO." (Apelação Crime Nº 70050263367, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 06/12/2012)

De todo exposto não procede o prequestionamento aventado por inexistir violação ao artigo 168, *caput,* do Código de Processo Penal.

Isto posto, contra o parecer, julgo procedente a revisão criminal para aplicar o princípio da insignificância e inocentar o revisionado, cm fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Com base no art. 580 do Código de Processo Penal estendo os efeitos aos corréus Murillo aparecido dias e José Pereira de Lima Sampaio.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, julgaram procedente a revisional, nos termos do voto do Relator. Ausente por férias o Des. Ruy Celso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2013.

***

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 1600037-41.2012.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE FURTO – REINCIDÊNCIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICABILIDADE EM RAZÃO DO ÍNFIMO VALOR DO BEM – RECURSO PROVIDO.

Para a aplicação do princípio da insignificância como excludente de tipicidade, além do valor da *res furtiva*, deve ser considerado o "desvalor da conduta", as circunstâncias do fato, o modo de agir do agente, a intensidade do dano causado à vítima e a repercussão social do fato.

No caso, registro que o bem que o acusado tentou subtrair, possui valor ínfimo – um fardo de refrigerante -, considerando ainda que a vítima não sofreu dano, tendo em vista que o crime não foi consumado.

Dadas as suas circunstâncias, tal fato não se reveste de gravidade bastante para ensejar a intervenção do Direito Penal.

CONTRA O PARECER – RECURSO PROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, deferir a revisão. Ausentes, por férias, o Des. Romero e o Des. Francisco e justificadamente, o Des. Contar.

Campo Grande, 8 de janeiro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Ação de Revisão Criminal proposta por **Wellington Cândido de Brito**, condenado, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no regime inicialmente semiaberto.

Na exordial, pugna pelo provimento ao recurso, anulando-se a sentença objeto da presente revisão criminal, para o fim de absolvê-lo ante o princípio da insignificância.

Prequestiona os princípios da dignidade da pessoa humana; da insignificância; da legalidade (art. 5º, II, CF); do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF); da proporcionalidade e razoabilidade; ao art. 5º, III, CF; art. 93, IX, CF; aos arts. 59; 155, caput; 14, II do Código Penal.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 27-32, pelo indeferimento da revisão criminal.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de Ação de Revisão Criminal proposta por **Wellington Cândido de Brito**, condenado, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no regime inicialmente semiaberto, porque no dia 02 de junho de 2005, por volta das 12h23min, na cidade de Três Lagoas, tentou subtrair, para si, um fardo com 12 unidades de refrigerante, avaliado em R$8,40 (oito reais e quarenta centavos), pertencentes à Distribuidora de Bebidas Ovídio.

Na exordial, pugna pelo provimento ao recurso, anulando-se a sentença objeto da presente revisão criminal, para absolvê-lo ante o princípio da insignificância.

Afirma que o fato de possuir antecedentes criminais não obsta o reconhecimento da atipicidade da conduta, por aplicação do princípio da insignificância.

Procede a pretensão.

A respeito, cumpre mencionar que grande parte da doutrina brasileira apenas considera um fato penalmente irrelevante quando forem insignificantes, cumulativamente, o "desvalor do resultado", ou seja, presente um nível ínfimo de lesão ou de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma penal, e o "desvalor da conduta" do agente, na medida em que a ação examinada deve ser socialmente irrelevante. É o caso dos autos.

Insta salientar que tenho reiteradamente me manifestado no sentido de não aplicar o referido princípio quando o acusado faz do crime seu meio de vida, apresentando extensa folha de antecedentes como é o caso do requerente, pois seria um incentivo a prática reiterada de crimes de pequena monta, porém, no caso em tela, o valor do bem é demasiadamente pequeno (R$8,40), além do que, o objeto foi devolvido ao proprietário.

A conduta configura a modalidade de furto tentado, visto que o denunciado deu início à subtração, todavia não logrou êxito em retirar a *res* da esfera de disponibilidade da vítima e inverter a posse de modo efetivo. Assim, a vítima não sofreu lesão ao bem jurídico tutelado, logo, no caso em tela, considerando o valor insignificante da *res* e fato de o crime não ter sido consumado, não justifica a repressão penal.

Não se trata, aqui, de cogitar que as condutas lesivas de pouca relevância passem a ser consideradas lícitas, mas de entender o direito penal como a *ultima ratio*, somente podendo ser movimentado quando houver uma lesão significativa ao bem jurídico penalmente tutelado.

Nesse sentido:

> "CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. VALOR DA COISA FURTADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. SITUAÇÃO DA VÍTIMA. RESTITUIÇÃO DA COISA. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO.A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor. II. A verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado. III. Hipótese em que embora o bem jurídico não ostente valor econômico muito reduzido,

> o produto do crime seria dividido entre quatro acusados, tratando-se, ainda, de sacos de cassiterita que se encontravam abandonados em depósito desativado da empresa vítima. IV. Ressalte-se a condição econômica do sujeito passivo, pessoa jurídica de direito público, que recuperou o bem furtado, inexistindo, portanto, percussão social ou econômica. V. Além do valor da res furtiva não ser parâmetro único à aplicação do princípio da insignificância, as circunstâncias e o resultado do crime em questão demonstram a ausência de relevância penal da conduta, razão pela qual deve se considerar a hipótese de delito de bagatela. VI. Recurso desprovido". (REsp 1258205/RO RECURSO ESPECIAL 2011/0116103-8 - Rel. Ministro GILSON DIPP – julg. 06/10/2011 - DJe 14/10/2011)
>
> "TENTATIVA DE FURTO DE CHOCOLATES, DEVOLVIDOS À VÍTIMA. DENÚNCIA REJEITADA. CRIME DE BAGATELA. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE. RECONHECIMENTO. No caso concreto, o valor dos objetos subtraídos, a restituição destes à vítima, bem como as condições desta, um estabelecimento comercial, indicam a ocorrência da insignificância, de tal maneira a afastar a necessidade da intervenção penal do Estado, pois a infração penal não é mera violação da norma, mas há de ser concebida numa perspectiva de resultado e de relevância à ofensa ao bem jurídico protegido. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. PRELIMINAR PREJUDICADA" (Apelação Crime Nº 70029939410, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 28/05/2009).

Dessa forma, constata-se, no presente caso, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, aliando-se o valor ínfimo do bem pretendido e a circunstância de não ter havido prejuízo à vítma, uma vez que o crime não se consumou.

Ante o exposto, contra o parecer, julgo procedente o pedido revisional e absolvo o requerente ante o princípio da insignificância.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DEFERIRAM A REVISÃO. AUSENTES, POR FÉRIAS, O DES. ROMERO E O DES. FRANCISCO E JUSTIFICADAMENTE, O DES. CONTAR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 08 de janeiro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000650-02.2012.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PESCA PROIBIDA (ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI N. 9.605/98 – PESCA DE CINCO "TRAÍRAS" TOTALIZANDO 2,100 QUILOS – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PESCADOS QUE SERVIRIAM AO SUSTENTO PRÓPRIO E DA FAMÍLIA – ABSOLVIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Não constitui crime a pesca de cinco "traíras" (2,100 Kg), em face da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a conduta não tem força para atingir o bem jurídico tutelado, máxime quando retirado da natureza para servir de alimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de março de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo **Ministério Público Estadual** contra a sentença proferida pela Juíza da 1.ª Vara de Cassilândia (fls. 76 – 79), que julgou antecipadamente a lide e absolveu Leusimar Porfirio da conduta descrita na denúncia, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Dos autos consta que no dia 28 de fevereiro de 2012, por volta das 21h30min, à margem direito do Rio Aporé, localizada na zona rural do município de Cassilândia, MS, o apelado pescou cinco traíras, incluindo algumas com tamanho inferior ao mínimo permitido e no período em que a pesca estava proibida, totalizando 2,100 Kg (dois quilos e cem gramas).

Em razões recursais (fls. 82 – 88), o Ministério Público Estadual pugna a condenação de Leusimar Porfirio pelo crime previsto no art. 34, *caput*, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.605/98. Ao final, prequestiona o art. 34, *caput*, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.605/98 e art. 105, inciso III, *a*, da Constituição Federal.

Leusimar Porfírio, em contrarrazões (fls. 90 – 96), requer o improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 100 – 106), opina pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo **Ministério Público Estadual** contra a sentença proferida pela Juíza da 1.ª Vara de Cassilândia (fls. 76 – 79), que julgou antecipadamente a lide e absolveu Leusimar Porfirio da conduta descrita na denúncia, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Dos autos consta que no dia 28 de fevereiro de 2012, por volta das 21h30min, à margem direito do Rio Aporé, localizada na zona rural do município de Cassilândia, MS, o apelado pescou cinco traíras, incluindo algumas com tamanho inferior ao mínimo permitido e no período em que a pesca estava proibida, totalizando 2,100 Kg (dois quilos e cem gramas).

Em razões recursais (fls. 82 – 88), o Ministério Público Estadual pugna a condenação de Leusimar Porfirio pelo crime previsto no art. 34, *caput*, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.605/98. Ao final, prequestiona o art. 34, *caput*, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.605/98 e art. 105, inciso III, *a*, da Constituição Federal.

Passo à análise do recurso.

O *Parquet* pugna a condenação de Leusimar Porfirio pelo crime previsto no art. 34, *caput*, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.605/98.

Razão não lhe assiste.

Em que pese as inúmeras discussões jurídicas a respeito da configuração do crime em tela no ordenamento jurídico brasileiro, desde já, tenho que a conduta do réu carece de tipicidade material.

Isso porque a tipicidade pode ser desmembrada em três elementos: tipicidade formal, que consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo previsto abstratamente pela lei penal; tipicidade subjetiva, que se consubstancia no dolo; e tipicidade material, que implica em relevante lesão ao bem jurídico tutelado, a ser aferida segundo os vetores apontados pelo Supremo Tribunal Federal: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada[1].

O princípio da insignificância, informado pelos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, atua justamente no nível da tipicidade material, afastando a criminalização da conduta que, embora formalmente e subjetivamente típica, revela-se socialmente adequada (conduta insignificante) ou se mostra incapaz de produzir lesão relevante ao bem jurídico tutelado (resultado insignificante).

Veja-se, sobre o tema, a lição de Cezar Roberto Bitencourt[2]:

> O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, partindo do velho adágio latino minima non curat praetor. A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade a bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer

1 HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/04.

2 Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral 1, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21 e 22).

> ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.
>
> [...].
>
> Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em razão ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida, como por exemplo, nas palavras de Roxin, 'mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade".
>
> Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, "a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, consequentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada"

Assim, em não havendo lesão relevante ao bem juridicamente tutelado, não se justifica a aplicação da norma penal, que deve funcionar como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, cuidando apenas de condutas consideradas graves, potencialmente capazes de gerar um estado de crise social que não pode ser solucionado por normas jurídicas com poder de sancionador mais brando.

Sobre a aplicação do referido princípio em relação aos crimes ambientais cumpre observar o escólio de Guilherme de Souza Nucci[3]:

> "Não há dúvida de que a proteção ao meio ambiente é de interesse geral da coletividade, porém, tal perspectiva, não elide a possibilidade de se encontrar uma infração penal de ínfimo potencial ofensivo, cujo alcance é estreito e limitado. Desse modo, urge promover a incidência do princípio da intervenção mínima, baluarte do Estado Democrático de Direito, cuja meta é impedir a interferência estatal, no ambito penal. Qualquer figura típica incriminadora suporta, em tese, a aplicação da insignificância, dependendo, por óbvio, da análise do caso concreto".

In casu, a despeito de o réu ter sido surpreendido com 05 "traíras", que pesaram 2,100 Kg, tais pescados serviriam para o sustento dele e de sua família.

Ora, não se descuida de que o direito ao meio ambiente equilibrado é assegurado pela Constituição Federal como direito fundamental de terceira geração, que está diretamente relacionado com o direito à vida das presentes e das futuras gerações, tal como estampado no artigo 225, da Constituição Federal, ao proclamar que o Poder Público e a coletividade devem assegurar a todos a efetividade do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pág. 919.

Todavia, na seara do enquadramento típico penal, este mandamento constitucional deve ser cotejado com os demais princípios informadores do sistema penal, especialmente com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como da intervenção mínima e da ofensividade do fato ao bem jurídico tutelado para a invocação do Direito Penal.

Dessa forma, sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas pertinentes, tenho que a imposição de sanção penal aos réus revela-se desproporcional ante a insignificância penal dos atos praticados.

A matéria já foi abordada em julgado do Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai da seguinte ementa:

> CRIME - INSIGNIFICÂNCIA - MEIO AMBIENTE. Surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado. (STF, Pleno, Ação Penal nº 439/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento em 12/06/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009).

Por oportuno, trago à colação os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. PESCA MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE APARELHOS, PETRECHOS, TÉCNICAS E MÉTODOS NÃO PERMITIDOS (ART. 34, PAR. ÚNICO, II DA LEI Nº 9.605/98). PESCA DE, APROXIMADAMENTE, 2 QUILOGRAMAS DE PEIXES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PEQUENA QUANTIDADE DE PESCADO APREENDIDA. SUPOSTO CRIME QUE CONSISTIU NA UTILIZAÇÃO DE UMA REDE SUPERIOR EM APENAS 50 CENTÍMETROS AO LIMITE ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL MOVIDA CONTRA OS PACIENTES, POR SUPOSTA INFRAÇÃO AO ART. 34, PAR. ÚNICO, II DA LEI Nº 9.605/98. 1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supralegal de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. 2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Rel. Min. Celso DE Mello, DJU 19.04.04). 3. Para incidir a norma penal incriminadora, é indispensável que a pesca com equipamentos proibidos possa, efetivamente, causar risco às espécies ou ao ecossistema; nada disso, todavia, se verifica no caso concreto, em que dois pescadores, utilizando-se de somente uma rede rede esta considerada ilegal porque superior em 50 centímetros ao limite legalmente estabelecido, como registrado no aresto -, tinham retirado da represa apenas 2 quilogramas de peixes, de espécie diversas. 4. Evidente a atipicidade material da conduta, pela desnecessidade de movimentar a máquina estatal, com todas as implicações conhecidas, para apurar conduta desimportante para o Direito Penal, por não representar ofensa a qualquer bem jurídico tutelado pela Lei Ambiental. 5. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 6. Ordem concedida para trancar a Ação Penal movida contra os pacientes, por suposta infração ao art. 34, par. único, II da

> Lei nº 9.605/98. (STJ, HABEAS CORPUS n. 112.840/SP, Proc. 2008/0172886-0, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma; Julgado em 23/03/2010).
>
> HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 34 DA LEI 9.605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM CONCEDIDA.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 conduta dos pacientes, embora se subsuma à definição jurídica do crime ambiental e se amolde à tipicidade subjetiva, uma vez que presente o dolo, não ultrapassa a análise 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 reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.4. Ordem concedida para determinar a extinção da ação penal instaurada contra os pacientes. Em conseqüência, torno sem efeito o termo de proposta e aceitação da suspensão condicional do processo, homologado pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Londrina/PR. (STJ, HABEAS CORPUS n. 86913/PR, Processo nº 200701629666, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, Julgado em 28/05/2008).

Também neste sentido já se pronunciou este Tribunal:

> APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES AMBIENTAIS – ART. 29 DA LEI N. 9.605/98 – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – RECONHECIMENTO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA – ART. 34 – PESCA DE UM ÚNICO PEIXE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PROVA, ADEMAIS, DE TER SERVIDO O MESMO DE ALIMENTO – ABSOLVIÇÃO – PROVIDO. Verificado que, entre a data do recebimento da denúncia e a da prolação da sentença condenatória, decorreu prazo superior ao necessário para a ocorrência da prescrição, considerando-se a pena aplicada na sentença, declara-se extinta a punibilidade do apelante. Não constitui crime a pesca de um único peixe, ainda que inferior ao tamanho permitido, em face da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a conduta não tem força para atingir o bem jurídico tutelado, máxime quando retirado da natureza para servir de alimento, o que faz incidir o art. 37, inciso I, da Lei n. 9.605/98. (Apelação Criminal n. 2010.004297-5 – Primeira Turma Criminal – Des. João Carlos Brandes Garcia, julgamento em 30/03/2010)

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo-se, *in totum*, a r. sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA 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. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 04 de março de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0048514-59.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – EXTORSÃO QUALIFICADA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL – IMPROCEDÊNCIA – HIPÓTESE CATALOGADA NO ART. 9º DO CPM – MÉRITO – DOSIMETRIA – RETIFICAÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MAL SOPESADAS – PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL – AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DO EMPREGO DE ARMA – DESCABIMENTO – UTILIZAÇÃO DO ARTEFATO COMPROVADO POR PROVA TESTEMUNHAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Praticado o crime de extorsão por policial militar valendo-se de sua função, ainda que contra civil, restará atraída a competência da Justiça Castrense, dado que a hipótese satisfaz plenamente aos requisitos do art. 9.º, inciso II, alínea *c*, do Código Penal Militar.

II – Se, apesar de serem consideradas desabonadoras as circunstâncias judiciais do art. 69 do Código Penal Militar, contata-se que somente foram utilizados elementos próprios ao tipo penal, como a "*ganância*" e a "*macula à honra e ao pundonor*", além de circunstâncias que por si só caracterizam qualificadoras do delito, notadamente o fato de ter sido empregada arma de fogo e ter ocorrido o concurso de duas ou mais pessoas, deve toda a valoração negativa ser afastada, evitando-se, assim, o *bis in idem*.

III – É desnecessária a apreensão da arma para fins de configuração da majorante do inc. I do § 2º do art. 242 do Código Penal Militar, se demonstrado o emprego do artefato por outros elementos de prova, como a testemunhal.

IV – Recurso parcialmente provido para reduzir a pena-base, sendo a reprimenda ao final fixada em 06 anos de reclusão em regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitar a preliminar de incompetência e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Udson Ribeiro de Sousa interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença pelo Conselho Permanente de Justiça, que o condenou como incurso no *caput* do art. 243 c.c art. 242, § 2º

e art. 243, § 1º, todos do Código Penal Militar, inflingindo-lhe a reprimenda de 09 anos de reclusão em regime inicial fechado.

Nas razões, suscita preliminarmente a incompetência absoluta da Vara da Auditoria Militar Estadual para processar e julgar a ação penal, aduzindo para tanto, em breve síntese, que não restou comprovado nos autos ter o apelante apresentado-se como policial militar. No mérito, pugna pela redução da pena-base e pelo afastamento da qualificadora prevista no art. 242, § 2º, I, do Código Penal Militar (fls. 457-464).

Em contrarrazões, requer a d. Promotora de Justiça o afastamento da preliminar de incompetência, e no mérito o improvimento do recurso (fls. 466-474).

Com vistas, a Procuradoria-Geral manifesta-se igualmente pela rejeição da prefacial e improvimento do apelo quanto às matérias vertidas no mérito (fls. 479-483).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Narra a inicial acusatória que (p. 1-3):

> "[...] no dia 09 de janeiro de 2009, por volta das 11h45min, o denunciado, Sd. QPPM Udson Ribeiro de Souza, ciente da reprovabilidade de sua conduta, mediante grave ameaça, qualificada pelo concurso de agentes, extorquiu Magda Batista Gama.
>
> Apurou-se que, por ocasião dos fatos, o denunciado, Sd. QPPM Udson Ribeiro de Souza e o ex-policial civil Eribaldo de Melo, com auxílio do Sr. Antônio Marcelino da Silva, o qual teria recebido a quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais) pelo serviço de transporte (fl. 60), deslocaram-se até a loja Elite Celulares, localizada na Avenida Afonso Pena, nº 2486, nesta capital, haja vista terem ciência da existência de supostos golpes na venda de telefones celulares, que seriam coordenados pela funcionária Magda Batista Gama.
>
> Ao chegarem ao local, Antônio estacionou e permaneceu no veículo enquanto o Sd. Udson, acompanhado do ex-policial Eribaldo, foram até a loja, identificaram-se verbalmente como sendo policiais (fls. 33 e 37) e em conversa reservada disseram que Magda estaria habilitando linhas de telefones celulares para pessoas com documentos falsos e também para 'laranjas'. Magada negou tal fato, afirmando que as habilitações eram supervisionadas pela gerente da loja.
>
> Na sequência, o acusados disseram que Magda sabia como 'sair dessa' e mostraram uma arma de fogo que estava dentro da 'pochete' do Sd. Udson (fls. 67). Com tais subterfúgios exigiram dinheiro de Magada, que mediante as ameaças dirigiu-se, juntamente com o Sd. Udson e Eribaldo até a agência do Banco do Brasil, localizada na Av. Afonso Pena, sacou a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais) e entregou aos autores (conforme extrato de fl. 90), sendo que estes, não satisfeitos com a quantia, exigiram mais, e avisaram que iriam buscar às 17 hs na loja onde Magda trabalhava, afirmando ainda que, caso os denunciassem, sabiam onde Magda residia e 'que seus filhos ficavam sozinhos em casa' (fl. 68).
>
> Ao retornar à loja, Magda relatou o fato aos seus colegas de serviço. Tendo, Aline Gonzales Lopes (vendedora da loja), afirmado em declarações que Magda chegou chorando, narrou o ocorrido e disse que não havia acionado a polícia naquele momento, pois temia que aqueles homens fizessem algo contra seus filhos (fls. 138).

> Por volta das 17 hs, usando o mesmo modus operandi, o indiciado e Eribaldo retornaram à referida loja ao encontro de Magda, aguardaram aproximadamente 15min. e como ela não apareceu, embarcaram num veículo Ford Escort, de cor branca e placas HRJ-6844 indo embora do local. [...]."

O Conselho Permanente de Justiça julgou procedente a pretensão punitiva contida na denúncia o condenou Udson Ribeiro de Souza como incurso no *caput* do art. 243 c.c art. 242, § 2º e art. 243, § 1º, todos do Código Penal Militar, inflingindo-lhe a reprimenda de 09 anos de reclusão em regime inicial fechado.

Irresignado, apela a esta Corte.

Nas razões, suscita preliminarmente a incompetência absoluta da Vara da Auditoria Militar Estadual para processar e julgar a ação penal, aduzindo para tanto, em breve síntese, que não restou comprovado nos autos ter o apelante valido de sua condição de policial militar para a perpetração do delito. No mérito, pugna pela redução da pena-base e pelo afastamento da qualificadora prevista no art. 242, § 2º, I, do Código Penal Militar.

Passo a analisar as matérias ventiladas no recurso.

A Defesa busca afastar a competência da Justiça Castrense sob a alegação de que os fatos apurados nos autos não configurariam crime militar, atraindo, assim, a competência da Justiça Comum.

Em que pesem tais postulações, a prefacial de incompetência absoluta deve ser rejeitada.

Ab initio, impende destacar que a Constituição Federal prevê tratamento diferenciado aos crimes militares, incumbindo, para a tanto, à Justiça Militar o processamento e o julgamento da ação penal.

A competência da Justiça Militar Estadual é definida expressamente no art. 125, § 4º, da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 125 - Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
>
> [...]
>
> § 4º - Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Os crimes militares, como é sabido, desdobram-se em próprios e impróprios segundo classificação doutrinária tradicional, cuja matéria é assim definida na obra de Célio Lobão:

> "[...] como crime propriamente militar entende-se a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar.
>
> [...]
>
> Em conformidade com direito material brasileiro, crime impropriamente militar é a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo 'específica e funcional da profissão do soldado', lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituição castrense. [...]." (Direito Penal Militar. 3ª ed., Brasília:Brasília Jurídica, 2006, p. 84 e 97-98.) – sublinhei

Nesse tema, dispõe o art. 9º do Código Penal Militar que:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> I - os crimes de que trata êste Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
>
> II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
>
> a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
>
> b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
>
> c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;
>
> d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
>
> e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
>
> f) revogada.
>
> III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
>
> a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
>
> b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
>
> c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
>
> d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquêle fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Pois bem.

Segundo colhe-se dos autos, o apelante Udson, juntamente com outro indivíduo, abordou a vítima em seu local de trabalho, momento em que, identificando-se como policial, relatou, em tom ameaçador, ter conhecimento de atividade irregular praticada por ela e que, caso não entregasse determinada quantia em dinheiro, levaria o caso até o conhecimento da autoridade policial.

A esse respeito anunciou a vítima na fase policial (p. 73-75):

> *"*[...] QUE, confirma que dois homens se dirigiram até a declarante e disseram serem policiais, pediram para conversarem reservadamente, como a estrutura física da loja tem apenas o salão, a declarante foi até a frente da loja sempre acompanhada pelos dois homens; QUE, o homem que mais falava com a declarante, era um homem gordinho, barrigudo, com cerca de 35 a 40 anos de idade, branco, barba e bigode raspado, enquanto o outro que o acompanhava era magro, moreno escuro quase negro, cabelo grisalho, barba grisalha, com cerca de 40 a 45 anos de idade; QUE, 'gordinho e barrigudo' passou a afirmar que a declarante estava vendendo telefones irregularmente para 'laranjas', então, eles exigiram dinheiro para nada fazerem contra a declarante ou contra a loja, em seguida, ele, o 'gordinho barrigudo' exibiu uma arma de fogo cujas caracteristicas a declarante não se recorda [...]. *"*

Da mesma forma, em juízo, a vítima Magda ratificou o depoimento prestado na fase policial. Referiu, ainda, que o apelante Udson aproximou-se e mostrou-lhe o distintivo a fim de que tomasse conhecimento de sua condição de policial, acentuando o contrangimento já antes provocado (p. 281-284):

> *"*[...]
>
> JUIZ: Declaração de Magda Batista Gama. A senhora confirma essas declarações de folhas 30, 31, 73, 74 75 que foram lidas para a senhora nessa oportunidade?
>
> DEPOENTE: Confirmo.
>
> JUIZ: Eles afirmaram que a senhora estava vendendo celulares irregulares?
>
> DEPOENTE: Exatamente.
>
> JUIZ: Em razão disso eles exigiram dinheiro?
>
> DEPOENTE: É, como se fosse assim, como se eles soubessem de algo que eu não sabia né, e me amedrontaram mesmo, bastante.
>
> [...]
>
> JUIZ: Essas pessoas que chegaram até a senhora, mostraram algum documento?
>
> DEPOENTE: Não mostrou documento, só mostrou o distintivo, rápido assim. Foi um erro meu até, de não ter pedido. [...]."

Como se vê, o apelante utilizou-se de sua função de policial militar estadual para maximizar o temor provocado na vítima, e assim obter a vantagem pecuniária almejada.

Assim, resta caracterizado o crime militar, dado que agiu utilizando-se de sua função, representando a ação nítida violação ao dever militar e aos valores conservados pelas instituições castrenses.

Colho, a esse respeito, o seguinte precedente desta e. Corte de Justiça:

> "[...] Se o militar à paisana, ao cometer o crime se apresenta como policial, usando armas da corporação, inclusive estando em companhia de outros militares, a competência é da Justiça Castrense, por ser crime militar, aplicando-se as disposições do Código Penal Militar. (AC n. 2006.018353-9, Relator Des. Gilberto da Silva Castro, Primeira Turma Criminal, em 27.2.2007)

Nesse compasso, não prospera a afirmativa de que seria incompetente a Justiça Militar Estadual para o julgamento do delito de extorsão retratado nos autos, haja vista tratar-se de crime militar, consoante dispõe o art. 9º, II, c, do Código Penal Militar.

Rejeitada a prefacial, adentro ao mérito.

Pugna a Defesa, conforme já relatado, pela redução da pena-base, já que ela restou fixado em 02 anos além do mínimo legal.

Pois bem.

A pena-base foi estabelecida em conformidade com os seguintes elementos mensurados pelo juízo de 1º grau:

> "[...] Em razão da condenação, atendendo o disposto no artigo 69 do Código Penal Militar, especialmente pela gravidade do delito praticado e a personalidade do acusado, que se aproveitou da função policial militar, com tal postura macula a honra e o pundonor da PMMS, colocando em descrédito toda a corporação diante da opinião pública, agindo em parceria para o cometimento do delito, diminuindo dessa forma sensivelmente qualquer possibilidade de reação por parte da vítima, contra as arbitrariedades cometidas, motivado apenas pela ganância, sua insensibilidade e indiferença, pois com o comparsa ameaçou a vítima com emprego de arma de fogo, fixa-se a pena base acima do mínimo legal, isto é, em seis (06) anos de reclusão. [...]."

Como se vê, influiram para a exasperação da pena-base a valoração negativa das moduladoras da gravidade do crime, da personalidade do agente, do modo de execução e dos meios empregados.

Contudo, foram utilizados elementos já próprios ao tipo penal, como a "*ganância*" e a "*macula à honra e ao pundonor*", além de circunstâncias que por si só caracterizam qualificadoras do delito, notadamente o fato de ter sido empregada arma de fogo e ter ocorrido o concurso de duas ou mais pessoas. Neste ponto, bem destacou o i. Procurador de Justiça, *in verbis*:

> "[...] incorreu em bis in idem ao considerar na primeira fase da dosimetria da pena o fato de o crime ter sido cometido em concurso de agentes e mediante uso de arma de fogo, circunstâncias que foram consideradas para majorar a pena como causas de aumento de pena. [...]."

Logo, a aludida fundamentação revela-se inidônea.

Assim, afastada toda a valoração negativa, a dosimetria deverá ser retificada, operação de reservo para momento posterior, já que ainda remanesce uma tese referente à aplicação da pena a ser analisada, a qual passo a apreciar.

Com relação à majorante do emprego de arma de fogo, a Defesa aduz que esta causa de aumento deve ser afastada, uma vez que não restou comprovada a utilização de qualquer artefato no evento delituoso.

Contudo, verifica-se que tal pretensão é inadmissível, uma vez que foi amplamente provado o emprego de arma de fogo para o cometimento da extorsão.

Assim, no que tange à tese de ausência de provas robustas para a mantença da majorante, basta uma rápida leitura dos autos para dessumir-se a sua total improcedência.

Note-se a vítima, em todos os momentos em que foi ouvida, afirmou com veemência que a ação delituosa praticada contra si ocorreu mediante o emprego de uma arma de fogo, senão vejamos:

> "[...] os autores disseram para a com/vit que ela sabia como sair dessa mostrando uma arma em uma pochete, e ela perguntou como, os autores perguntaram quantos que a com/vit tinha em dinheiro na conta corrente, mandaram a com/vit pegar a bolsa e

> acompanha-los até o Banco do Brasil, e para não avisar ninguém, que sabiam onde que ela morava e que os filhos estavam em casa, a com/vit disse para a amiga Ana que iria resolver um problema, e acompanhada dos autores que coagiram a com/vit com a arma até o banco [...].” – p. 15-16
>
> “[...] QUE, ‘gordinho e barrigudo’ passou a afirmar que a declarante estava vendendo telefones irregularmente para ‘laranjas’, então, eles exigiram dinheiro para nada fazerem contra a declarante ou contra a loja, em seguida, ele, o ‘gordinho barrigudo’ exibiu uma arma de fogo cujas caracteristicas a declarante não se recorda; QUE, a declarante ficou muito nervosa, com medo, mesmo porque a todo momento aquele indivíduo falava em tom de voz agressiva, sempre a acusando de fazer coisa errada [...].” - p. 73-75
>
> “[...]
>
> JUIZ: Eles mostraram a arma dentro da pochete?
>
> DEPOENTE: Dentro da pochete.
>
> JUIZ: Não chegaram a tirar?
>
> DEPOENTE: Aquela pochetezinha que fica assim no pescoço, aquela pochete que fica debaixo do braço. Daí ele só abriu e falou assim ‘Ó, isso aqui que está te esperando’. Aquilo ali pra mim foi o fim, porque eu morro de medo. [...].” - p. 281-284

Não fosse suficiente, a testemunha Gustavo confirmou que os agentes utilizaram uma arma de fogo durante a ação (p. 260-261):

> “[...]
>
> JUIZ: Ela chegou a narra se eles fizeram, mostraram a arma para ela?
>
> DEPOENTE: Não, ela não me disse. Eu vi enquanto estava na frente da loja, eu vi que um deles erguia a camisa e mostrava a arma na cintura. Mas se eles apontaram a arma pra ela ou ameaçaram ela com arma, eu já não sei. [...].”

Assim, diante do relato firme e coerente da vítima e testemunha, que confirmam o uso de uma arma, não há que se voltar contra a configuração da reportada majorante.

PRONUNCIAMENTOS FINAIS

De acordo com as razões alhures delineadas, o recurso se mostra procedente apenas no que diz ao afastamento da valoração negativa das circunstâncias judiciais do art. 68 do Código Penal Militar, fazendo-se, então, necessário, a retificação da dosimetria.

Passo, portanto, ao redimensionamento da pena.

Afastada toda a valoração negativa das circunstâncias judiciais, *fixo a pena-base no mínimo legal de 04 anos*.

Incidindo as causas de aumento previstas nos incs. I e II do § 2º do art. 242 do Código Penal Militar em 1/2 (metade), conforme definido na instância originária, ***conduzo a reprimenda ao patamar de 06 anos de reclusão***, que torno definitiva na ausência de outros elementos a serem sopesados.

Considerando a redução da pena, *fixo o regime inicial semiaberto*.

CONCLUSÃO

Destarte, ante o exposto, em parte com o parecer, afasto a preliminar de incompetência da Justiça Militar Estadual e no mérito dou parcial provimento ao recurso para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais do art. 68 do Código Penal Militar, redimensionando a pena, ao final, para o patamar de 06 anos de reclusão em regime inicial semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 0604541-03.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – DISPARO DE ARMA DE FOGO – LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE ARBITRAMENTO DE FIANÇA – PLEITO DE DISPENSA DA FIANÇA – POSSIBILIDADE – PACIENTE HIPOSSUFICIENTE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA.

I - Resta incontroverso a ilegalidade na hipótese apreciada, porquanto, a custódia do paciente hipossuficiente, configura medida injustificada e desarrazoada, uma vez que, o *decisum* hostilizado pautou-se restritamente na ausência de pagamento da fiança arbitrada, o que torna aplicável, frente hipossuficiência do paciente, o enunciado no artigo 325, § 1º, I, c.c o artigo 350, ambos do Código de Processo Penal, os quais preceituam a concessão da liberdade provisória com dispensa da fiança nos casos em que se cuida de indivíduo pobre.

II - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A **Defensoria Pública Estadual** impetra ordem de ***Habeas Corpus***, com pedido de liminar, em favor de **Jhonny Bação Varanis Junior**, apontando como autoridade coatora o **Juízo da 1 ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande/MS**.

Discorrendo acerca dos fatos, a impetrante relata que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática de crime previsto no artigo 15 da Lei n º 10.826/03 (Disparo de Arma de Fogo), tendo a autoridade policial arbitrado fiança em 3 (três) salários mínimos correspondentes à R$ 1.866,00 (um mil oitocentos e sessenta e seis reais).

Suscita o constrangimento ilegal ao qual o paciente encontra-se submetido devido ao indeferimento do pedido de revogação da prisão, bem como denegação do afastamento da fiança arbitrada.

Pondera que o paciente exerce a profissão de garçom e por esse motivo não possui rendimentos capazes de arcar com a fiança arbitrada, diante disso medida justa seria o seu afastamento, consoante ao disposto no artigo 350 do CPP.

Argumenta, ainda, que a própria concessão da fiança demonstra a ausência dos pressupostos e requisitos ensejadores da prisão, portanto não há qualquer motivo que justifique manutenção do paciente em cárcere. Refere, ainda, a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas.

Em face de tais colocações, requer a concessão da ordem de ***Habeas Corpus***, expedindo-se alvará de soltura em favor do paciente.

A liminar restou indeferida às fls. 28/29.

As informações da autoridade pontuada como coatora foram requisitadas e devidamente prestadas às fls. 33/34.

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 35/37, opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Na hipótese *sub judice*, observa-se que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática de crime previsto no artigo 15 da Lei n º 10.826/03 (Disparo de Arma de Fogo), tendo a autoridade policial arbitrado fiança em 3 (três) salários mínimos, valor correspondente à R$ 1.866,00 (um mil oitocentos e sessenta e seis reais).

De conseguinte, a Defensoria pleiteou o afastamento do valor arbitrado, tendo, a indigitada autoridade coatora, por sua vez, indeferido o pleito de dispensa da fiança (fl. 25).

Eis, sinteticamente, o objeto da impetração.

Passo à análise do *writ*.

De início, calha mencionar que o inciso I do parágrado 1º do artigo 325 do Código de Processo Penal enuncia a possibilidade de dispensar-se a fiança no termos no artigo 350, o qual prevê:

> "[...] 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 arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso. (Alterado pela L-012.403-2011) [...]"

Eis relevante segmento do *decisum* hostilizado:

> "[...] Tendo em vista ter sido concedida liberdade provisória ao requerente mediante recolhimento de fiança, recebo o presente como pedido de dispensa, lastreado no artigo 350 do CPP.
>
> Pois bem, consoante se constata do pedido ora veiculado, ao requerente foi arbitrada fiança no valor de R$ 1.866,00 (mil oitocentos e sessenta e seis reais), cujo pagamento requer a dispensa, sob a alegação de que é hipossuficiente, na forma da lei.

> Contudo, o requerente não fez qualquer prova de que seus rendimentos não permitam recolher o valor arbitrado à título de fiança ou de que o seu recolhimento poderá gerar prejuízo ao seu sustento.
>
> Além do mais, exerce a profissão de garçom e adquiriu a arma pelo valor de R$ 800,00 (oitocentos reais), conforme infere-se do interrogatório no auto de prisão em flagrante, denotando a possibilidade de pagamento da fiança arbitrada.
>
> Observa-se ainda, através do extrato do SIGO juntado às fls. 26/27, que a Autoridade Policial arbitrou a fiança de acordo com vida pregressa do requerente e as circunstâncias de sua periculosidade, conforme dispõe o art. 326 do CPP.
>
> Diante do exposto, indefiro o pedido de isenção do pagamento da fiança arbitrada, nos termos dos arts. 319, § 4º c/c 325, I, ambos do CPP [...]" (fl. 25)

Nada obstante aos argumentos expendidos pelo d. magistrado *a quo*, tenho que o fato de o paciente ter mencionado na fase inquisitiva o valor que pagou pela arma de fogo, bem como ter mencionado que labora como garçom, não constituem justificativas plausíveis para presumir que o paciente detém condições econômicas para adimplir com a fiança arbitrada.

Registre-se, por oportuno, que o paciente é patrocinado pela Defensoria Pública Estadual, fato que embora não ateste cabalmente suas condições financeiras, somado aos demais elementos carreados aos autos, torna presumível o estado de hipossuficiência do paciente.

Grandiosa é a lição de Guilherme de Souza Nucci que, percucientemente, elucida a questão:

> "[...] Situação econômica do réu: é o principal critério-dentre outros, previstos no art. 326- que permitirá ao juiz (ou à autoridade policial, conforme o caso) fixar, corretamente, o valor devido da fiança. Assim, além de levar em consideração a gravidade da infração penal, cujos dados colherá nas alíneas a a c deste artigo, no mais, precisa ponderar se o acusado é incapaz de pagar aqueles valores, mesmo que fixados no mínimo. Assim sendo, pode utilizar ainda mais, atingindo o máximo de dois terços-o que pode ser feito tanto pela autoridade policial, quanto pelo juiz. **Se persistir a impossibilidade de pagamento, pode-se considerar o réu pobre, concedendo-lhe a liberdade provisória, sem fiança, o que somente fará o juiz** [...]" (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora : Revista dos Tribunais, Pág. 650). Destaquei.

Em caso análogo ao deste particular, assim decidiu a Corte Especial, *in verbis*:

> "[...] 6. In casu, existe manifesta ilegalidade pois o não pagamento da fiança arbitrada, por si só, não justifica a preservação da custódia cautelar, a teor do artigo 350 do Código de Processo Penal.
>
> 7. Trata-se de réu juridicamente pobre e imputação de falso testemunho, cuja pena mínima cominada é de 1 (um) ano de reclusão.
>
> 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de garantir a liberdade provisória ao paciente, independentemente do pagamento de fiança, aplicando-se o disposto no artigo 350 do Código de Processo Penal [...]" (HC 231.723/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012)

Por derradeiro, transcrevo o entendimento desta Egrégia Corte:

> "[...] Conforme o disposto no inciso IV, do art. 324 do Código de Processo Penal, "não será, igualmente, concedida fiança, quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)". A contrario sensu, significa dizer que, arbitrada a fiança, não se encontram presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão cautelar. **Acontece que, 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 [...]" (TJMS; HC 2012.004095-3/0000-00; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJEMS 08/03/2012; Pág. 39) Destaquei.
>
> "[...] Concede-se a ordem, sem o pagamento da **fiança** se o réu é hipossuficiente economicamente, não tendo condições de pagar, nos termos do art. 325, § 1º, inciso I, do CPP [...]" (TJMS; HC 2012.014457-4/0000-00; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Rel. **Des. Francisco Gerardo** de **Sousa**; DJEMS 11/06/2012) Destaquei.
>
> "[...] **Concede-se a ordem, sem o pagamento da fiança se a ré é hipossuficiente economicamente, não tendo condições de pagar, bem como ausentes os requisitos da prisão cautelar.** Não há falar em trancamento da ação penal se a denúncia oferecida efetivamente descreve comportamento típico e antijurídico e há indícios de autoria e materialidade [...]" (TJMS; HC 2012.002379-9/0000-00; Chapadão do Sul; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia; DJEMS 02/03/2012; Pág. 52) Destaquei.
>
> "[...] **1. A fiança é uma medida cautelar alternativa à prisão preventiva. A dispensa da fiança ocorre quando o agente não dispõe de condições econômicas para pagá-la, nos termos do art. 325, §1º, I C.C o art. 350, ambos do CPP. 2. Contra o parecer, ordem concedida** [...]" (TJMS; HC 2012.000191-3/0000-00; Ponta Porã; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJEMS 17/02/2012; Pág. 60) Destaquei.

Frente a tais ponderações, resta clarividente a ilegalidade na hipótese apreciada, uma vez que a custódia do paciente configura medida injustificada, porquanto, pautada exclusivamente na ausência de pagamento da fiança arbitrada.

Destarte, ante o exposto, contra o parecer, **concedo a ordem de *Habeas Corpus***, com o fito de dispensar a fiança arbitrada.

Expeça-se alvará de soltura.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 0603475-85.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – NÃO LOCALIZAÇÃO DO PACIENTE – DECRETAÇÃO DA REVELIA E DA PRISÃO PREVENTIVA – EQUÍVOCO DA SERVENTIA – TENTATIVA DE INTIMAÇÃO NO ENDEREÇO ATUAL POR UMA ÚNICA VEZ – DECISÃO CASSADA – ORDEM CONCEDIDA.

Restando comprovado que o paciente não foi encontrado em seu endereço atual, onde foi procurado uma única vez, sendo informado por desconhecido que ele não residia ou era conhecido no local e por tal equívoco foi-lhe decretada a revelia e a prisão preventiva, é de ser concedida a ordem de ***habeas corpus*** para anular a decisão, possibilitando-o aguardar o julgamento do processo em liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Trata-se de ***HABEAS CORPUS*** impetrado em favor de Jonas Veríssimo do Nascimento com pedido de liminar, apontando como Autoridade Coatora a MM. Juíza de Direito da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (MS).

A Impetrante alega, em síntese, que o paciente foi denunciado pela prática do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e sofre constrangimento ilegal com a decisão que lhe negou pedido de revogação da prisão preventiva, decretada em razão de sua não localização.

O pedido de liminar foi deferido (f. 48) e as informações prestadas (f. 52-65).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 66-70).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia. (Relator)

Trata-se de ***HABEAS CORPUS*** impetrado em favor de Jonas Veríssimo do Nascimento com pedido de liminar, apontando como Autoridade Coatora a MM. Juíza de Direito da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (MS).

A Impetrante alega, em síntese, que o paciente foi denunciado pela prática do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e sofre constrangimento ilegal com a decisão que lhe negou pedido de revogação da prisão preventiva.

Sustenta, ainda, que a referida prisão foi decretada em razão de não ter sido encontrado para intimação quanto a audiência de instrução e julgamento, tendo o Oficial de Justiça certificado que o atual morador do endereço, de nome Flávio, informou que morava ali há cerca de 04 (quatro) meses e que desconhecia a pessoa do paciente, mas sabia que este desocupou o imóvel havia 06 (seis) meses, desconhecendo o atual endereço.

O endereço em questão é o da Rua Piauçu, n. 36, Lagoa Dourada, em Campo Grande (MS).

A impetrante junta declaração da mãe do paciente, Srª Cleonice Veríssimo (f. 32), onde a mesma afirma que o paciente reside com ela há, **aproximadamente, 01 (um) ano**, juntando cópia da conta de água para comprovar endereço.

A situação fática retratada nos autos deixa claro que não houve esgotamento dos meios de localização do paciente, já que, ao que consta, ele reside mesmo no endereço informado.

Diante disso, tenho que não foram esgotados todos os meios de localização do paciente, que, diga-se, informou mudança de endereço ao cartório, razão pela qual concedo a ordem para que o mesmo aguarde em liberdade o julgamento da ação penal, confirmando a liminar antes concedida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 0604538-48.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – HABEAS CORPUS – POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO – DEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE PAGAMENTO DE FIANÇA – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – PACIENTE ELETRICISTA ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA – ORDEM CONCEDIDA.

Concede-se a ordem de *habeas corpus*, se comprovado nos autos ser o paciente hipossuficiente economicamente, sem condições financeiras para o pagamento de fiança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela **Defensoria Pública Estadual** em favor de **Pablo Alves Nogueira**, sob o argumento de estar o mesmo sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande (MS), consistente no deferimento do pedido de liberdade provisória, mediante pagamento de fiança.

Alega a impetrante, em síntese, que o paciente está preso desde o dia 24 de outubro de 2012, em flagrante delito, pela suposta prática do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, com capitulação no art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Sustenta, ainda, que a Autoridade Coatora concedeu liberdade provisória, com o arbitramento de fiança no valor de 03 (três) salários mínimos, o que corresponde atualmente a R$ 1.866,00 (um mil, oitocentos e sessenta e seis reais), valor que o paciente não teria condições financeiras de arcar.

A liminar foi deferida (p. 68-69). A autoridade coatora prestou informações (p. 78-79).

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem (p. 80-82).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia. (Relator)

A **Defensoria Pública Estadual** impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de **Pablo Alves Nogueira**, sob a alegação de estar o mesmo sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande (MS), consubstanciado no deferimento do pedido de liberdade provisória, mediante o pagamento de fiança.

Narram os autos que o paciente foi preso em flagrante delito no dia 24 de outubro de 2012, pela prática do crime de posse irregular de munição de uso permitido, tipificado no art. 12 da Lei 10.826/03.

Passa-se à análise do pedido e, desde já, observo que a ordem deve ser concedida.

Destarte, a liberdade provisória foi concedida ao paciente pelo juiz singular em face da ausência de elementos que justificassem sua segregação (p. 55).

Contudo, verifica-se que o motivo da insurgência cinge-se ao valor arbitrado pela fiança, já que o paciente **Pablo Alves Nogueira** aduziu sua hipossuficiência econômica.

Com efeito, o denunciado comprovou ser eletricista (p. 48), sendo eletricista e, no momento, está desempregado, já que foi dado baixa na carteira de trabalho do mesmo na data de 12 de agosto do corrente ano, motivo pelo qual observo que a sua carência financeira o impossibilita do pagamento da fiança.

Ademais, como bem asseverou o ilustre Procurador de Justiça: "*Sabe-se que não basta alegar incapacidade econômica de arcar com o valor da fiança, entretanto, neste caso, o paciente esta sendo assistido pela Defensoria Pública, sendo assim presumida a sua hipossuficiência. Ademais, a profissão de eletricista evidencia sua condição econômica desfavorável.*" (*sic*, p. 81).

Assim, evidenciado o constrangimento ilegal.

Pelo exposto, concedo a ordem para confirmar a liminar anteriormente deferida e liberar o paciente do pagamento de fiança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 1600012-86.2013.8.12.0000 - Dois Irmãos do Buriti
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – REMIÇÃO – PARTE DO TEMPO DE EXECUÇÃO DA PENA – FREQUÊNCIA – ESTUDO – APROVEITAMENTO ESCOLAR DO REEDUCANDO – IRRELEVÂNCIA – REQUISITO OBJETIVO – RECURSO PROVIDO.

A Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, inseriu no art. 126 da LEP a remição pelo estudo, que é um requisito objetivo, não tendo exigido, para que tal benesse seja computada, a comprovação de rendimento escolar satisfatório, apenas a frequência às aulas em instituição de ensino.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

Des. João Carlos Brandes Garcia - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Trata-se de recurso de agravo em Execução interposto por **Juliano da Silva Queiroz** contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da comarca de Dois Irmãos do Buriti (MS), que indeferiu o pedido de remição por estudo, nos autos de execução penal n. 0800919-46.2000.8.12.0001.

Alega o agravante, em síntese, que a Lei de Execução Penal não exige a aprovação do reeducando para que possa ser beneficiado pela remição prevista no art. 126, §1º, I, sendo que somente fez menção ao cômputo de horas.

Em juízo de retratação, a decisão agravado foi mantida pelos próprios fundamentos (f. 02).

Contrarrazões pelo Ministério Público Estadual nas f. 15-21, pelo provimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, opina no mesmo sentido (f. 24-29).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia. (Relator)

Trata-se de recurso de Agravo em Execução interposto pelo apenado **Juliano da Silva Queiroz** contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da comarca de Dois Irmãos do Buriti-MS, que indeferiu o pedido de remição da pena por estudo, nos autos n. 0800919-46.2000.8.12.0001.

Narram os autos que o agravante foi condenado à pena total de 32 anos de reclusão, com regime inicial fechado, e teve pedido de remição por estudo indeferido pelo Juízo da Execução Penal, sob o fundamento de que ele não teria obtido aproveitamento escolar e frequência assídua às aulas.

Inconformado, o apenado apresenta recurso de agravo, no qual afirma que a Lei de Execução Penal não exige a aprovação do reeducando para que possa ser beneficiado pela remição prevista no art. 126, §1º, I.

Passa-se à análise do recurso.

A pretensão de remir a pena através do estudo foi positivada pelo Legislador Pátrio, depois de inúmeras decisões judiciais favoráveis, ao editar a Lei nº 12.433/2011, conferiu a seguinte redação ao art. 126, 1.º, inciso I, da Lei de Execuções Penais:

> "Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.
>
> § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:
>
> I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias."

Destrate, passou a ser assegurado ao reeducando que cumpre pena a possibilidade de remir por estudo a reprimenda. Contudo, a norma legal não exige a aprovação como requisito para a obtenção da benesse, mas tão somente a frequência nas aulas.

A propósito do assunto, colho o precedente jurisprudencial citado pelo ilustre Procurador de Justiça, *verbis*:

> "AGRAVO EM EXECUÇÃO - REMIÇÃO - PARTE DO TEMPO DE EXECUÇÃO DA PENA - FREQUÊNCIA - ESTUDO - ENSINO FUNDAMENTAL - QUESTÃO LIGADA AO APROVEITAMENTO ESCOLAR DO ALUNO - IRRELEVÂNCIA - REQUISITO OBJETIVO - FREQUÊNCIA ÀS AULAS - COMPROVAÇÃO - INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - ENUNCIADO DA SÚMULA 341 DO STJ - REMIÇÃO DA PENA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. A Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, inseriu no art. 126 da LEP **a remição pelo estudo, que é um requisito objetivo, não tendo exigido, para que tal benesse seja computada, a comprovação de rendimento escolar satisfatório, apenas a frequência às aulas em instituição de ensino,** entendimento esse já aferido no enunciado da Súmula 341 do STJ." (TJPR Agravo em Execução Penal 1.0231.06.053637-3/001, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, julgamento em 5/10/2011, publicação da súmula em 19/10/2011).

Mister lembrar que o art. 129, § 1º, da Lei de Execução Penal menciona o aproveitamento escolar, porém, para apenados autorizados a estudar fora do estabelecimento penal, diferentemente do agravante que estudou no interior do presídio e, não obstante o número de faltas, obteve médias consideradas boas para os padrões.

Outrossim, como asseverou o Procurador de Justiça, ao emitir parecer favorável ao provimento do agravo: "*[...] ainda que o reeducando tenha apresentado número de faltas acima do limite permitido, não se aplica a norma contida no art. 129, § 1.º, da LEP, porque frequentou as aulas dentro do Presídio, inclusive obtendo média anual boa, de modo que lhe deve ser concedida a remissão prevista no art. 126 da Lei 7.210/84, até para que não seja desestimulado de continuar nos estudos.*" (*sic*, f. 28).

Pelo exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso para assegurar ao reeducando a remição por estudo referente às certidões apresentadas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000601-85.2010.8.12.0053 - Dois Irmãos do Buriti
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RESISTÊNCIA – ARTIGO 329 DO CP – RECURSO DO MP – PLEITO PELA CONDENAÇÃO AO DESACATO – IMPOSSIBILIDADE – CONDUTA MEIO QUE É ABSORVIDA PELO FIM – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO

Na mesma circunstância fática o agente profere palavras desabonadoras a autoridade policial para resistir à prisão, incide tão somente a condenação pelo delito de resistência, porquanto o delito fim (resistência) absorver o delito meio (desacato).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença (f. 90-94) que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o apelado Eliton Marques da Gama como incurso no artigo 329 do Código Penal, a pena de 5 meses e 25 dias de detenção, no regime semiaberto, porém o absolvendo dos delitos dos artigos 147 e 331 do Código Penal.

Sustenta o *parquet* (f. 101-109) que o magistrado incorreu em *error in judicando*, posto que resta necessária a condenação do apelado pelo delito previsto no artigo 331 do Código Penal.

Assim, requer a reforma da sentença para que seja proferida condenação do apelado pelo delito de desacato, já que pelas provas colhidas resta demonstrada a *consciência e vontade do apelado em desacatar os policiais militares que lhe conduziram até a delegacia de polícia, após ter oposto resistência à execução de ato legal em relação aos mesmos policiais* (f. 108).

Em contrarrazões (f. 110-119) a defesa pugna pelo improvimento do recurso.

Em parecer (f. 122-127) a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença (f. 90-94) que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o apelado Eliton Marques da Gama como incurso no artigo 329 do Código Penal, a pena de 5 meses e 25 dias de detenção, no regime semiaberto, porém o absolvendo dos delitos dos artigos 147 e 331 do Código Penal.

Traz a denúncia às f.24-27:

> 1º fato - resistência
>
> No dia 25 de julho de 2010, por volta das 18:40 horas, na Rua Dourados, esquina com a rua 31 de março, em Dois Irmãos do Buriti, o denunciado Eliton Marques da Gama opôs resistência a ato legal mediante violência, contra os policiais militares Sds/PM Márcio Oliveira de Arruda, João Batista Fernandes Oliveira e Luiz Rodrigo Porto Portilho, no exercício de suas funções.
>
> Segundo se apurou, nas condições de tempo e local acima descritos, o denunciado Eliton Marques da Gama encontrava-se descontrolado e quebrava objetos da casa de sua avó quando a guarnição da PM foi acionada. Ao chegarem no local dos fatos os milicianos foram recebidos pelo denunciado Eliton que, com pedaços de madeira nas mãos, tentou agredir a guarnição, se opondo ao ato dos policiais que queriam contê-lo.
>
> 2º fato - ameaça e desacato
>
> Segundo restou apurado, no dia 25 de julho de 2010, por volta das 19:50hs, na Delegacia de Polícia, situada na Av. Reginaldo Lemes da Silva, em Dois Irmãos do Buriti, o denunciado Eliton Marques da Gama ameaçou os policiais militares que atenderam a ocorrência anteriormente descrita dizendo que não gostava de policiais fardados e que os mataria, e desacatou os milicianos chamando-os de: policiais safados, vou te pegar na rua.

Assim, encontra-se o denunciado Eliton Marques da Gama incurso nas penas dos arts. 147, 329 e 331, caput, todos do Código Penal.

Prolatada a sentença restou a peça exordial julgada parcialmente procedente e o apelado condenado apenas pelo delito do artigo 329 do Código Penal, sendo absolvido dos demais nos seguintes termos (f. 92-93):

> Outrossim, aduz a defesa que, in casu, é inevitável a aplicação do princípio da consunção, de modo que a resistência absorveria as condutas de ameaça e desacato.
>
> Malgrado, como já dito, entenda que a embriaguez não serve para exclusão do dolo específico de qualquer espécie de crime, a não ser quando exclui a imputabilidade do agente, no caso vertente, constato que o acusado agiu com um único propósito, resistir a ordem legal exarada pela autoridade policial Revisando os fatos, percebe-se que o acusado, em progressão criminosa, ameaçou, agrediu e proferiu palavras injuriosas contra os policiais. Na verdade, todas as condutas fazem parte de um contexto no qual o acusado buscava escapar da execução de ato legal, ou seja, seu encaminhamento para a delegacia, com o propósito de impedir que continuasse a quebrar os bens da casa de sua avó.
>
> Como bem salientou a defesa a ameaça e as ofensas foram meios para a consumação da resistência e não para ultrajar a função pública ou simplesmente causar temor aos policiais.

> Assim, considerando que o dolo do agente foi único, impedir o cumprimento de ordem legal, e para tanto utilizou-se de ameaça, ofensas e agressões, tenho que a condenação merece incidir tão-somente sobre o crime de resistência.

Contra esta decisão insurge-se o *parquet*, sustentando que o magistrado incorreu em *error in judicando*, posto que resta necessária a condenação do apelado pelo delito previsto no artigo 331 do Código Penal.

Assim, requer a reforma da sentença para que seja proferida condenação do apelado pelo delito de desacato, já que pelas provas colhidas resta demonstrada a *consciência e vontade do apelado em desacatar os policiais militares que lhe conduziram até a delegacia de polícia, após ter oposto resistência à execução de ato legal em relação aos mesmos policiais* (f. 108).

Ocorre que da análise das provas orais colhidas denota-se que os fatos ocorreram em um mesmo contexto temporal, posto que os policiais foram chamados pela avó do apelado para contê-lo, sendo que no momento da prisão resistiu a ordem emanada dos policiais, jogando os objetos existentes na residência, ameaçando-os e proferindo palavras ofensivas.

Nesse diapasão, colhe-se dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão, demonstrando que desde o início da ação policial o fim requerido pelo apelado era a resistência a prisão:

> [...] chegaram ao local e o denunciado estava na casa de sua avó bastante exaltado, que ao avistar os policiais, no inicio tres, começou a atirar tudo o que via pela frente contra os policiais, desde panela até uma lavadora de roupas, que estava muito agressivo e a todo momento ameaçava dizendo que ia matar, entrou em um dos cômodos da casa dizendo que ia pegar um revolver, mas voltou com um pedaço de pau pontiagudo, dizendo que enfiaria na barriga dos policiais, tentaram cercar o acusado mas o ambiente não favorecia pois havia muitos cacos de telha, pediram reforço junto a guarda do presídio, que o acusado se acalmou e se entregou e foi conduzido algemado até a DEPOL, no local voltou a ameaçar os ocupantes da guarnição dizendo que mataria um por um, que estava visivelmente embriagado ou drogado, que estava muito alterado, que a todo instante dizia todo o tipo de ofensa desde policial de merda, filhos da puta e outros xingamentos diversos. (Depoimento de Márcio Oliveira de Arruda, à f.68)

> [...] que participou da ocorrência envolvendo o acusado, que a avó do denunciado solicitou a presença da policia pois ele estava quebrando a casa inteira, que a familia estava na rua e o denunciado quebrando tudo dentro de casa, quando avistou os policiais começou a arremessar tudo contra a guarnição, a principio tres, arremessou inclusive uma maquina de lavar roupa, que não acertou ninguem, a avó pediu para que não machucasse o denunciado, os policiais pediram reforço que veio do presídio, que o acusado ficou calmo e foi conduzido algemado a delegacia, na delegacia o depoente foi ameaçado, pois ficou com o acusado acompanhado apenas pelo soldado Rodrigo e o acusado dizia: "vou pegar você na rua seu safado, vou te matar, só eu e você sem farda", que ainda em sua casa o denunciado dizia "policiais safados, de merda, vou pegar vocês", estava com um cabo de vassoura pontiagudo dizendo que enfiaria o cabo na barriga dos policiais, com certeza o acusado estava no mínimo sob o efeito de álcool, que estava bebendo em uma festa a tarde, segundo a propria avó disse aos policiais. Que parecia que o acusado estava "com o demônio no corpo", que dizia a todo tempo "não entrem em casa, não sou eu que estou aqui". (Depoimento de João Batista Fernandes Oliveira, à f.68-69)

Assim, pela leitura dos depoimentos prestados, denota-se que o apelado na mesma circunstância fática, ou seja, durante a resistência a prisão proferia as palavras depreciativas, contudo, frise-se que estas eram proferidas com o fim de resistir a prisão, demonstrando a incidência do princípio da consunção.

Por oportuno:

> APELAÇÃO-CRIME. DESACATO E RESISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. Delitos cometidos em um mesmo contexto temporal e em progressão criminosa. Delito de desacato subsumido pelo de resistência. Custas processuais. Suspensão da exigibilidade. Réu assistido pela defensoria pública durante todo o processo. Exigibilidade do pagamento das custas processuais suspensa, enquanto perdurar o estado de pobreza, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. Apelo parcialmente provido. Unânime. (TJRS; ACr 209519-88.2012.8.21.7000; Pelotas; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto; Julg. 05/07/2012; DJERS 30/07/2012)

Desta forma, restando demonstrado que o crime meio (desacato) foi cometido somente para a concretização do delito-fim (resistência), resta caracterizado o princípio da consunção, de modo que o segundo absorver o primeiro delito, devendo ser mantida a sentença da forma que fora proferida.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM 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. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001153-29.2012.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – ARTIGO 19 DA LEI DE CONTRAVENÇÃO PENAL – PORTE DE ARMA BRANCA – DECISÃO QUE REJEITA A REPRESENTAÇÃO – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA – AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO – *DECISUM* MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

Inexistindo lei regulamentando a conduta do artigo 19 da LCP esta resta atípica, posto que é norma penal em branco.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação interposta por Ministério Público Estadual contra a sentença de f.25-26 que, com fulcro no artigo 395, III, do CPP, rejeitou a representação que imputava ao apelado Felintro Rodrigues de Arruda a conduta prevista no artigo 19 da Lei de Contravenção Penal.

Sustenta o *parquet*, às f. 27-30, que a sentença deve ser reformada, posto que a conduta de portar arma branca é típica, sendo que assim requer o normal prosseguimento do feito.

Contrarrazões, às f. 45-50, pelo improvimento do recurso e concessão da justiça gratuita.

Em juízo de retratação, à f. 51, o magistrado manteve a decisão pelos seus próprios fundamentos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 54-62, pelo provimento do recurso e enfrentamento de prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de f.25-26 que, com fulcro no artigo 395, III, do CPP, rejeitou a representação que imputava ao apelado Felintro Rodrigues de Arruda a conduta prevista no artigo 19 da Lei de Contravenção Penal.

Sustenta o *parquet* que a sentença deve ser reformada, posto que a conduta de portar arma branca é típica, sendo que assim requer o normal prosseguimento do feito.

A conduta que o órgão ministerial busca o prosseguimento da representação traz:

> "Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade:
>
> Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente." (Destaques não originais).

Denota-se assim que o respectivo artigo é norma penal em branco, posto que para a configuração típica necessário se faz a ausência de licença da autoridade, que, registre-se, inexiste a possibilidade de alcançar licença para o porte do instrumento, posto que no Brasil não existe regulamento para o porte de arma branca.

Aliás, preleciona NUCCI[1]:

> **Revogação e inaplicabilidade do dispositivo:** cuidando-se de armas de fog, o art. 19 está completamente afastado desde a edição da Lei 9.437/97, agora confirmada a sua revogação pela Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). No mais, ao tratarmos das denominadas armas brancas (por exclusão, as que não são de fogo), sejam próprias (destinadas ao ataque ou defesa, como punhais, lanças, espadas, etc.) sejam impróprias (destinadas a outros fins, como machados, martelos, serrotes, etc., mas usadas ara ataque ou defesa, eventualmente), entendemos que o art. 19 é inaplicável. Não há lei regulamentando o porte de arma branca de que tipo for. Logo, é impossível conseguir licença da autoridade para carregar consigo uma espada. Segundo o disposto no art. 5°, II, da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Há outro ponto importante. Cuida-se de tipo penal incriminados, razão pela qual nao pode ficar ao critério do operador do direito aplica-lo ou não, a seu talante. Primamos pela legalidade (não ha crime – ou contravenção – sem previa definição legal) e não encontramos lei alguma que disponha sobre o tema.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE RESISTÊNCIA. PORTE DE ARMA BRANCA. CONTRAVENÇÃO. PROVAS INSUFICIENTES. ABSOLVIÇÃO. INCONFORMISMO DO ÓRGÃO MINISTERIAL. ALEGAÇÃO DE PROVAS SUFICIENTES PARA UMA CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO CRIME DE RESISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. ARMA BRANCA. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MANUTENÇÃO DO DECRETO ABSOLUTÓRIO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. A resistência à prisão exige para sua configuração a presença concomitante de dois elementos: o dolo de atuar com violência ou grave ameaça contra o funcionário público no exercício regular de sua função e o fim especial de impedir a realização do ato funcional. Não havendo nos autos elementos necessários de convicção para uma sentença condenatória, o que assim se deduz, pela dúvida e incerteza que paira sobra a autoria delitiva que se fez imposta ao apelante, impõe-se, por conseqüência, a sua absolvição, em virtude da aplicação do princípio do in dubio pro reo. Não havendo Lei regulamentando a contravenção penal do porte de arma branca, previsto no art. 19, a conduta é atípica, portanto, a absolvição é medida que se impõe, em razão de ser inaplicável o aludido dispositivo, em respeito aos princípios da legalidade (artigo 5º, II da cf) e da anterioridade da Lei penal (art. 5º, XXXIX, da cf). (TJPB; ACr 004.2009.000262-9/001; Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. José Guedes Cavalcanti Neto; DJPB 05/12/2012; Pág. 7)

1 *In* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – Volume 1, 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 123-124.

HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. PORTE DE ARMAS. ATIPIA. TRANCAMENTO. AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. A contravenção insculpida no art. 19, do Decreto-Lei nº. 3.688/1941, referia-se tão somente às armas de fogo e, portanto, foi derrogada pela Lei nº. 9.437/1997 (sucedida pelo Estatuto do Desarmamento).. O porte de pequenos canivetes, arraigados na cultura brasileira, por si só não enseja a tipicidade da conduta descrita na Lei de contravenções. arma branca. a permitir a instauração da ação penal. (TJMG; HC 1.0000.12.101059-9/000; Rel. Des. Cássio Salomé; Julg. 09/10/2012; DJEMG 18/10/2012)

APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO À CONTRAVENÇÃO PENAL DE PORTE DE ARMA BRANCA (ART. 19, CAPUT, DO DECRETO-LEI N. 3.688/41). CONDUTA ATÍPICA POR AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. REJEIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO MANTIDA. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. 1. É atípica a conduta de porte de arma branca prevista no art. 19 do Decreto-Lei n. 3.688/41, por ausência de regulamentação. Se não há tipicidade, não há ato infracional que justifique a atuação do poder judiciário para imposição de medida socioeducativa, devendo ser mantida a rejeição da representação. 2. Recurso ministerial improvid o. Contra o parecer. (TJMS; APL 0000430-10.2012.8.12.0005; Aquidauana; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 13/11/2012; Pág. 50)

HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA BRANCA. ART 19 DA LCP. REGULAMENTAÇÃO INEXISTENTE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. Ao contrário do que ocorre em relação às armas de fogo, inexiste regulamentação de licença para porte ou uso de armas brancas. Assim, não se configura a contravenção penal do art. 19 do Decreto-Lei nº 3.688/41. (TJMS; HC 2011.032376-8/0000-00; Bataiporã; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia; DJEMS 02/12/2011; Pág. 27)

CRIMINAL. PORTE DE ARMA BRANCA. ART. 19 DO DL N. 3. 688/1941. ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. RECURSO PROVIDO. Ausente Lei que regulamente, não configura o porte de arma branca, a contravenção do art. 19 da LCP. (TJRO; APL 0001168-45. 2010. 8. 22. 0601; Rel. Juiz Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa; Julg. 11/11/2011; DJERO 07/12/2011; Pág. 82)

Assim, tenho que é intocável a decisão do magistrado *a quo* posto que a conduta prevista no artigo 19 da LCP é atípica, restando portanto necessária a rejeição da representação ofertada em desfavor de Felintro Rodrigues de Arruda.

Por derradeiro a matéria foi totalmente exaurida restando desnecessária a indicação pormenorizada do artigo.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0074630-05.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – ART. 184, § 2º, DO CP- VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS – PRETENSA CONDENAÇÃO – PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INSIGNIFICÂNCIA – IRRELEVÂNCIA PENAL – MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Por não encontrar conduta penalmente relevante no caso concreto, ainda, em razão da existência de outros meios eficazes de coibição e punição dos apelados, imprescindível se torna o afastamento da incidência da conduta típica descrita no artigo 184, § 2º do CP, com consequente manutenção da absolvição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de março de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual interpôs apelação criminal contra a sentença (f. 111-112) que absolveu sumariamente os apelados Daniel Alberto Scandolhere Galeano e Jeferson Leguizamon Rocha, do crime capitulado no artigo 184, §2º, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Busca a reforma do *decisum* hostilizado, pleiteando, em síntese, a condenação dos apelados, face a não aplicação do princípio da insignificância e da adequação social, bem como prequestiona dispositivos infralegais.

Em contrarrazões (f. 149-153), a Defesa pugna pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina às f. 161-171, pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpôs apelação criminal contra a sentença (f. 111-112) que absolveu sumariamente os apelados Daniel Alberto Scandolhere Galeano e Jeferson Leguizamon Rocha, do crime capitulado no artigo 184, §2º, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Narra a denúncia (f. 02-04), os fatos a seguir expostos:

> "[...] que no dia 01 de agosto de 2009, por volta das 09h30min, na Avenida Afonso Pena, nas proximidades do Centro Comercial Popular, nesta capital, os denunciados DANIEL ALBERTO SCANDOLHERE GALEANO e JEFERSON LEGUIZAMON ROCHA foram surpreendidos exposndo à venda 159 (cento e cinqüenta e nove) cópias de CDs e DVDs reproduzidos com violação de direito de autor, sem a expressa autorização dos titulares ou de quem os represente, com intuito de obter lucro.
>
> Infere-se dos autos, que os policiais militares, na data e local dos fatos, em ronda de rotina, depararam-se com os denunciados comercializando CDs e DVDs de diversos gêneros, no total de 159 (cento e cinqüenta e nove) exemplares, todos falsificados, sendo 86 (oitenta e seis) em poder do denunciado Daniel e 73 (setenta e três) em poder de Jeferson [...]"

Busca o órgão ministerial a condenação dos apelados, sustentando que é inaplicável o princípio da insignificância no delito de violação de direito autoral, bem como pelo fato de a população adquirir de forma habitual estes tipos de produtos não torna a conduta socialmente aceita.

Pois bem. Em que pesem as alegações trazidas pelo *Parquet*, verifica-se que a conduta dos apelados mostra-se penalmente irrelevante, no caso em comento, devendo ser mantida sua absolvição.

É que o Direito penal moderno não deve atuar sobre todas as condutas moralmente reprováveis, mas somente naquelas que efetivamente ameacem a convivência harmônica da sociedade.

Esse caráter subsidiário do Direito Penal determina que a interpretação de suas normas levem sempre em consideração o princípio da intervenção mínima, segundo o qual, o Direito Penal só deve cuidar das condutas de maior gravidade e que representam um perigo para a paz social, não tutelando todas as condutas ilícitas e sim apenas aquelas que não possam ser suficientemente repreendidas por outras espécies de sanção - civil, administrativa, entre outras.

Nesse ínterim, o princípio da adequação social ressalta que as condutas proibidas sob a ameaça de uma sanção penal não podem abarcar aquelas socialmente aceitas e consideradas adequadas pela sociedade. Este deve nortear o intérprete da norma penal na aferição do juízo necessário de lesividade de uma conduta para a caracterização da tipicidade material de um fato que, em conjunto com sua tipicidade formal, caracteriza a conduta como típica, primeiro elemento do conceito analítico do crime.

Na hipótese, portanto, não se vislumbra a necessidade do Direito Penal censurar a conduta dos apelados, uma vez que esta é, a meu ver, materialmente atípica, uma vez que não houve significativa lesão ao bem jurídico tutelado, tendo em vista a pequena quantidade de obras apreendidas (86 CDs e DVDs com o réu Daniel e 73 com o réu Jeferson).

Assim, por não encontrar conduta penalmente relevante no caso concreto, ainda, em razão da existência de outros meios eficazes de coibição e punição dos apelados, imprescindível se torna o afastamento da incidência da conduta típica descrita no artigo 184, § 2º do CP, com consequente manutenção da absolvição dos mesmos.

No que tange ao prequestionamento aventado, tenho que a matéria foi amplamente discutida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos infralegais.

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo **Ministério Público Estadual**, e consequentemente mantenho a absolvição decretada na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 11 de março de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000781-15.2010.8.12.0017 - Nova Andradina
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL (ART. 218-B, § 2º, I, CP)– PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE – IMPROVIDO.

As provas dos autos, principalmente as declarações da vítima corroboradas pelas provas testemunhais, auto de apreensão e laudo pericial, deixam patente que o agente praticou conjunção carnal com menor de 15 anos de idade, aproveitando-se de sua vulnerabilidade.

Provada a situação de exploração sexual de vulnerável, configura-se o delito previsto no art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal, sendo que o fato de a vítima ter anteriormente qualquer experiência sexual não torna o fato atípico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Castelar da Silva Soares Neto foi condenado à pena de 04 anos e 06 meses de reclusão, no regime semiaberto, por infração ao art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal (f. 288-293).

Pede a absolvição com fulcro no art. 386, II, c/c VII, do CPP, alegando inexistência de provas de materialidade e da ocorrência do delito. Alternativamente, pede a absolvição com base no art. 386, III, c/c VI, do CPP, alegando que não houve crime, pois a vítima se prostituía anteriormente (f. 300-311).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 317-326).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 337-347).

VOTO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Consta na denúncia que, na data de 18 de dezembro de 2009, no "Motel Coliseu", na BR-134, na Comarca de Nova Alvorada, o denunciado Castelar da Silva Soares Neto manteve conjunção carnal com as adolescentes JS, 15 anos de idade, e JSF, com 13 anos de idade na época dos fatos.

O apelante foi condenado por infração ao art. 218-B, § 2º, I, do CP com relação à vítima JS e absolvido da acusação de estupro de vulnerável praticado contra a vítima JSF (f. 288-293).

Analisando o conjunto probatório, entendo que a sentença condenatória não merece reparos, pois ficou evidente, principalmente pelas declarações da vítima corroborada pelas testemunhas, auto de exibição e apreensão de um gel lubrificante, uma lingerie vermelha, uma calcinha preta, um preservativo e um folder da empresa Geral Serviços (de propriedade do apelante à época dos fatos) (f. 23), laudo pericial (f. 42/45), fotografias (f. 69-71), que o apelante praticou conjunção carnal com JS, de 15 anos de idade, em situação de exploração sexual de vulnerável.

Neste sentido é o parecer do d. Procurador de Justiça, que adoto integralmente como razão de decidir, *in verbis* (f. 338-347):

> **"DA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – art. 386, inciso II c/c VII**
>
> [...]
>
> Muito embora a defesa alegue a inexistência de provas acerca da materialidade do delito, temos que esta restou comprovada por meio de boletim de ocorrência de fls. 09/10, da certidão de nascimento da vítima de fl. 21 e pelos fartos depoimentos colhidos tanto na fase inquisitorial quanto em juízo.
>
> A autoria também é certa e recai sobre a pessoa do apelante, conforme restará demonstrado a seguir.
>
> Apreciando-se o depoimento da menor JS, em sede de inquérito policial, às f. 53/54, a adolescente se mostra firme e coerente e relata com riqueza de detalhes toda a prática delituosa, desde o momento em que pegaram carona com o réu e mantiveram com ele relação sexual, mediante promessa de pagamento, até os dias em que ficaram hospedadas no "Hotel Confiança":
>
> '[...] resolveram fugir para a cidade de Nova Andradina/MS e pegaram carona na Avenida Brasil, na cidade da Batayporã/MS, com a pessoa de nome Castelar, que é dono de uma empresa de nome Geral Serviços; que ao chegarem em Nova Andradina, Castelar disse a declarante e sua amiga JSF se 'elas gostariam de fazer programa, que ele pagaria R$ 100,00 para cada menor e se ele gostasse nas próximas vezes pagaria R$ 500,00; que as adolescentes disseram para Castelar que não tinham onde ficar, fato que o mesmo disse 'vocês duas não tem opção, não tem onde ficar, o jeito é vocês aceitarem a proposta para ficar alguns dias em algum hotel'; que as adolescentes pensaram e aceitaram, assim, Castelar levou as duas para o Motel Coliseu, nesta, sendo que a declarante abaixou o banco de trás para não ser vista e sua miga amiga JSF estava no banco do passageiro e entraram pela porta da frente do Motel, e havia um rapaz atendendo e na entrada não foi pedido o documento das adolescentes e ao entrarem no quarto do motel, Castelar comprou dois conjuntos de lingeries para cada menor, inclusive a declarante reconhece que são as peças de lingeries constantes no inquérito policial; que no quarto do referido motel as duas menores mantiveram relação com Castelar, somente conjunção carnal, não houve a prática de sexo oral ou anal; que ao terminarem o programa, Castelar entregou um folder de sua empresa de serviço, sendo certo que a declarante e JSF poderiam fazer contato para pagar o saldo devedor com relação ao programa realizado e ainda disse que caso elas desejassem realizar outro programa sexual também poderia ligá-lo, bem como disse que gostaria de

> ensiná-las outras formas de fazer sexo e nesse caso ele pagaria R$ 500,00. Que o conjunto de lingerie vermelho comprado por Castelar permaneceu com a adolescente JSF, sendo certo que JSF perdeu a calcinha, mas ficou com o sutiã do conjunto. Que no momento da relação sexual foi usado apenas uma camisinha e o sexo foi praticado com a declarante e com a menor JSF; que permaneceram no motel aproximadamente 30 minutos e ao terminarem o programa dirigiram-se ao supermercado central e Castelar sacou dinheiro para efetuar o pagamento do programa sexual; que Castelar dirigiu-se ao Hotel Santo Antonio onde tentou hospedá-las, contudo a hospedagem foi recusada em razão da idade das adolescentes, ato contínuo, dirigiram-se até o Hotel Confiança, nesta, onde as duas adolescentes conseguiram se hospedar sem nenhum acompanhante pelo preço de R$ 30,00 cada menor. Que Castelar pagou pelo programa a declarante o valor de R$ 52,00 (cinquenta e dois reais) e para a JSF o valor de R$ 62,00 (sessenta e dois reais); que a declarante e JSF permaneceram no Hotel Confiança durante aproximadamente quatro dias, sendo certo que com o dinheiro recebido do programa pagaram as diárias, mas ainda ficaram devendo o valor de R$ 30,00, sendo certo que Castelar foi até o Hotel e efetuou pagamento da dívida; que o Conselho Tutelar da cidade de Batayporã/MS já estava a procura da declarante e de JSF e nesse passo as encontraram no referido hotel, sendo certo que no momento em que foi entrevistada pelas conselheiras, a declarante relatou todos os fatos que havia ocorrido; que após os fatos a declarante encontraram Castelar na via Pública e este disse que ele efetuou o pagamento do hotel e ainda disse que os fatos não deveriam ser relatados a terceiros.'

Em juízo (fs. 229/236), ratificou o inteiro teor de seu depoimento.

Em consonância com as declarações de JS, a conselheira tutelar Andréia Nogueira Vidoto afirmou, às fs. 227/228:

> '[...] ela falou que elas haviam pego fuga, havia mais ou menos uns cinco dias e aí ela começou a contar a estória que ela e JSF estavam na Avenida Brasil, de Bataiporã, se deslocando para pegar fuga para Nova Andradina e nisso JSF encontrou o Castelar com seu carro né, o seu veículo, que na época ele trabalhava na Geral né, e ofereceu para JSF para poder estar indo com o carro até Nova Andradina e aí JSF falou: 'olha, está eu e a JS pegando fuga' e ele falou: 'não, eu levo vocês duas' e indo para Nova Andradina começaram a conversar e ela falando que estava sem dinheiro, a pessoa de JSF falando que estava sem dinheiro e estava precisando de um dinheiro que elas estavam pegando fuga de casa, ele ofereceu dinheiro, falou 'eu dou o dinheiro, dou a quantia de R$ 100,00 para cada desde que vocês façam um programa comigo'. JSF pegou e falou: 'não, eu sozinha eu não vou, eu só vou fazer esse programa se a JS for' e aí ela conversou com a JS e a JS aceitou e ele pegou e foi para um motel com ela né, chegando na portaria do motel a pessoa de JS me relatou que ele pediu para ela que estava no banco traseiro abaixar para a pessoa do motel pensar que estariam só em duas pessoas. Abaixou, ela nos relatou que não pediram documento e entraram. Segundo ela, ele comprou conjunto de lingerie, óleo lubrificante e pediu para que elas se vestissem com esses conjuntos. E lá mantiveram relação sexual, ele pagou, propôs uma quantia, mas não pagou exatamente aquela quantidade que era de R$ 100,00 para cada uma, pagou um valor que eu não lembro qual foi, mas foi um valor bem menor para cada uma delas e pegou e saiu de lá com as duas e ela falou que precisava ir para um hotel, que ela falou que ia pegar aquele dinheiro e ficar num hotel e nisso ele deixou ela perto de um hotel e ali disse que elas mesmo foram até um hotel, isso foi o relato da JS, foi até o hotel onde ficaram ali por alguns dias e quando ela foi pagar a conta não deu o dinheiro que ele tinha dato para o programa não deu para pagar e daí o que ele fez, o que elas fizeram, como ele entregou um panfleto da firma que ele tinha aberto, ele pegou e deu o panfleto e lá tinha o número do telefone dele e ele falou: 'assim que vocês quiserem um outro programa eu pago uma maior quantidade e vocês me ligam' [...].'

Odenilda da Silva Pesqueira Santos, também conselheira tutelar, mantém a harmonia entre seu depoimento, às fs. 242/243 e as declarações acima transcritas.

Ocorre que a outra vítima, a adolescente JSF, negou que os fatos tenham ocorrido, limitando-se a dizer que apenas pegaram carona com Castelar, ora apelante, mas que não houve prática sexual entre eles (fs. 237/241). Vejamos:

> ‘[...] MP: e aí o senhor Castelar deu uma carona para vocês?
>
> DEPOENTE: isso.
>
> MP: e levou para onde que foi, para um hotel?
>
> DEPOENTE: não, nós não foi pro motel não.
>
> JUÍZA: JSF ele conversou com você antes, ele chegou a oferecer para vocês irem para o hotel com ele, alguma coisa assim?
>
> DEPOENTE: pra mim, não.
>
> [...]
>
> JUÍZA: e vem cá, e essa estória de vocês terem ido para um motel?
>
> DEPOENTE: nós, eu não fui pro motel com ele nos passou lá na frente, daí ele passou em frente de um negócio lá e falou que trabalhava lá, aí depois nós foi pra pracinha lá, daí foi quando nós ficou no hotel.
>
> [...]
>
> JUÍZA: e como que era o nome desse hotel você se lembra?
>
> DEPOENTE: Confiança.
>
> [...]
>
> JUÍZA: quem é que pagava as contas? Você está com vergonha, JSF? Você está com vergonha das pessoas que estão aqui dentro?
>
> DEPOENTE: ah, eu prefiro não comentar.
>
> JUÍZA: você gostaria que eu pedisse para o Promotor de Justiça dar licença para nós? Você não está com vergonha porque tem homem aqui dentro?
>
> DEPOENTE: não.
>
> [...]
>
> JUÍZA: você prefere não comentar por quê? Aconteceu alguma coisa que você acha que é errada assim.
>
> DEPOENTE: ah, eu prefiro não comentar.
>
> JUÍZA: o problema é que há um processo e a gente precisa comentar sobre isso aqui. Lembra que antes de começar a conversa eu pedi para você confiar em mim, confiar na gente, que a gente só está trabalhando aqui? Que tudo que acontecer dentro desse processo não vai para fora dele. Lembra? Eu preciso saber se por um acaso vocês chegaram a entrar os três no mesmo quarto, num hotel chamado Coliseu.

DEPOENTE: não, eu não.

[...]

JUÍZA: é que eu não estou entendendo, assim, quem é que estava custeando, pagando as despesas de vocês lá em Nova Andradina? Você me parece com a carinha encabulada quando eu faço essa pergunta? Por que?

DEPOENTE: porque eu não gosto de comentar, não queria comentar, queria ficar só pra mim.

JUÍZA: mas tem algum mal responder quem é que pagava? Você acha que tem algum mal responder só isso? Quem é que pagava essas despesas?

DEPOENTE: ah...

JUÍZA: era o senhor Castelar que pagava, JSF?

DEPOENTE: não.

JUÍZA: era alguém da família dele? Alguém da sua família?

DEPOENTE: hum hum.

JUÍZA: quem é que pagava, como é que vocês ficaram, conseguiram ficar algum tempo nesse hotel Confiança? Como foi isso?

DEPOENTE: ai...

JUÍZA: você está me parecendo bem encabulada agora. Você está me escondendo alguma coisa? Você está com medo de alguma coisa?

DEPOENTE: eu não quero comentar sobre isso.

[...]

JUÍZA: JSF, olha só, a JS me falou que vocês foram para o hotel e que vocês fizeram sexo com ele, e que ele teria pago uma quantia de sessenta e dois reais para você, de cinquenta reais para ela. Então isso me faz crer que alguém está falando a verdade e outra pessoa não.

DEPOENTE: mas assim, ela não tem prova, ela não tirou foto, não gravou então ela não pode falar.

JUÍZA: não se precisa se sentir coagida, não. Eu só quero entender quem é que está me falando a verdade, quem é que não está me falando a verdade. Que no fim das contas é verdade sempre vem. [...]

MP: eu queria saber se ela já havia mantido relações sexuais em outras oportunidades?

JUÍZA: você está com vergonha JSF, é isso?

DEPOENTE: não.”

Percebe-se do relato acima que JSF se mostra bastante desconfortável perante as perguntas que lhe são feitas e mantém-se a todo momento hesitante e insegura ao responder, como se depreende do CD acostado aos autos, o qual contém os depoimentos em áudio. Tanto é que a MM. Juíza que realizou a audiência em substituição legal questiona, diversas vezes, se a adolescente está envergonhada ou se sente coagida e a mesma responde apenas que prefere não comentar o episódio.

Tal comportamento nos remete à possibilidade de ter havido coação por parte do apelante ou alguém de sua família, no sentido de 'proibir' que a suposta vítima JSF relatasse a verdade dos fatos, sobretudo porque é exatamente isso que declara JS às fls. 229/236, '[...] **a JSF [...] a mãe dela pediu para ela mentir e para mim mentir também, hoje ainda. E eu resolvi falar a verdade, somente a verdade e mesmo que a JSF não fale, ela não fale a verdade eu vou falar**.'

Da mesma forma, Odenilda revela à fl. 26:

> '[...] a mãe da menor JSF, cujo nome é Suzana [...] não é 'um bom exemplo' para as filhas, assim como não educou seus filhos corretamente; que a depoente relata que na data de hoje Suzana lhe disse que orientou a menor JSF a não relatar absolutamente nenhuma informação nesta unidade policial, pois 'cagueta tem que morrer'; que Suzana disse, ainda, que 'a chana de JSF era dela e que ela dava para quem quisesse', pois ela não havia sido pega à força.'

Resta evidente que a menor JSF foi orientada a não descrever os fatos ocorridos e sua palavra não merece credibilidade, pois isolada de todo o conjunto probatório.

Outrossim, é sabido que nestes crimes a palavra da vítima deve servir para apontar o autor, por se tratar de infração penal em que geralmente não há testemunhas presenciais.

Esta Colenda Câmara Criminal já se manifestou recentemente, a respeito:

> EMENTA – ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FIRME PALAVRA DA VÍTIMA ALICERÇADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO – ALMEJADA REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – DEFERIMENTO PARCIAL – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA A CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE – PENA-BASE REDUZIDA – DEFENSOR DATIVO – PRETENDIDA A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ACOLHIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> I – Não há falar em absolvição quando a condenação encontra suporte nas firmes palavras da vítima, devidamente robustecidas pelos demais elementos do conjunto probatório, que compravam estreme de dúvidas os fatos descritos na denúncia, afastando-se, pois, a aplicação do princípio do in dúbio pro reo.
>
> II – Afastada a valoração negativa das circunstâncias judiciais referente as moduladoras conduta social e personalidade, por não apresentar motivação idônea.
>
> III – Se o defensor dativo patrocinou o réu durante todo o processo, com zelo e presteza, devem ser majorados os honorários, de acordo com a tabela da OAB/MS.
>
> (TJ/MS - Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.037610-9/0000-00 – Deodápolis - Relator Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa - Primeira Câmara Criminal – J. em 27.2.2012)

O réu negou as imputações que lhe foram feitas, afirmando que um funcionário seu que teria cometido o delito. Porém, não declinou o nome nem trouxe informação alguma sobre seu

paradeiro. Ocorre, inclusive, que **o apelante quitou o débito existente no 'Hotel Confiança', onde as garotas se hospedaram, justificando que acreditava 'que a dívida poderia ser de seu funcionário Márcio' (fls. 92/93).**

Ora, não se mostra crível que o recorrente pagaria despesas pessoais (até de motel) de seus funcionários, sem explicar por que motivo faria isso.

Ademais, a conselheira tutelar Andréia relatou à fl. 228: '[...] a pessoa de JS [...] ligou para ele e falaram: 'não, você não pagou a quantia certa e então você vai ter que pagar o hotel, senão eu vou na delegacia denunciar você' [*sic*].

Então, ficou o convencimento de que está demonstrada a autoria do delito em comento, a qual recai a pessoa do ora recorrente, de modo que a condenação é medida que se impõe, não havendo que se falar em absolvição com fulcro no art. 386, incisos II c/c VII, do CPP.

DA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – art. 386, inciso III c/c VI

Não sendo acatado o pleito absolutório em razão da suposta ausência de provas, a defesa pugna pelo reconhecimento da atipicidade da conduta, sustentando que o fato não constitui crime. Afirma que não é possível considerar a vítima JS vulnerável, pois a adolescente se prostituía e se envolvia com vários homens. Por isso requer seja o apelante absolvido.

Não devem prosperar estas alegações da defesa.

No delito previsto no art. 218-B, § 2º, I, define-se a conduta de quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no "caput". E o *caput* do art. 218-B descreve o tipo legal do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, este aqui entendido como o menor de 18 anos ou o que, por enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento, seja atraído à prostituição.

Então, o artigo visa evitar o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. Este compreende os menores de 18 anos ou os portadores de enfermidade ou doença mental que não têm discernimento com relação às práticas de natureza sexual.

A vulnerabilidade da vítima JS é patente nos autos, pois tinha apenas 15 anos de idade na época do crime, estava em conflito familiar, tanto que tinha empreendido fuga de Bataiporã/MS para Nova Andradina/MS, não possuía dinheiro e estava, portanto, fragilizada. Aproveitando-se da situação, o apelante ofereceu-lhe proposta consistente em dinheiro, que na situação era difícil recusar, até por razões de sobrevivência.

Vale colacionar trechos da sentença proferida pelo MM. Juiz quando decidiu acerca da vulnerabilidade da vítima:

> 'Por fim, a vítima encontrava-se em situação de vulnerabilidade.
>
> Primeiro, porque contava com apenas 15 anos na época dos fatos.
>
> Segundo, porque a proposta do acusado se deu quando a vítima fugia da casa dos pais, ou seja, com apenas 15 anos de idade e sem meio próprio para prover a subsistência.
>
> Em outras palavras, uma série de fatores minaram a capacidade da vítima de resistir ao convite do acusado, tanto que ela expressa arrependimento pelo ocorrido: "Eu fazer programa por dinheiro, se fosse hoje eu não faria, porque eu me arrependo" (f. 230).

> Em síntese, o acusado explorou sexualmente a vítima JS, que se encontrava em situação vulnerável, ao manter com ela relação sexual mediante pagamento, incorrendo, assim, na conduta típica.
>
> Dessarte, sobejamente comprovada a tipicidade formal (houve conduta, resultado, nexo causal e adequação típica - artigo 218-B, § 2°, I, ambos do Código Penal), a tipicidade material (criou-se um risco desvalioso, devidamente realizado no resultado penalmente relevante), a tipicidade subjetiva (o agente tinha ciência e vontade de concretizar os elementos do tipo), a antijuridicidade (comportamento não abrigado por causa justificante) e a culpabilidade (a pena é efetivamente necessária, o agente é imputável, tem consciência do que fez e poderia ter agido de outra forma), a condenação se impõe como medida necessária e adequada à reprovação e prevenção, geral e especial.'

Em segundo lugar, não torna o fato atípico a circunstância de que a vítima já tivesse experiência sexual ou tivesse se envolvido sexualmente, em momentos anteriores, com outras pessoas, sendo indiferente que ela tivesse se entregado a outras práticas sexuais ou à prostituição.

A propósito cita-se jurisprudência:

> - APELAÇÃO CRIMINAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL. ART. 218 - B, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. [...] . AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO DELITO EM RELAÇÃO A UMA DAS VÍTIMAS. MENOR QUE SE PROSTITUÍA. HIPÓTESE NÃO CONSIDERADA. VULNERABILIDADE DO MENOR QUE NÃO PODE SER RELATIVIZADA NO CASO EM ESPÉCIE. DIMINUIÇÃO DAS PENAS AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (ART. 59, DO CP). PRECEDENTES. EXCLUSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES. INVIABILIDADE. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.
>
> Desprovimento do apelo. Conforme dispõe a resolução nº 105 do cnj, em seu art. 2º, as audiências realizadas pelo sistema audiovisual não necessitam de transcrição das gravações, portanto, não se convertendo em uma necessidade precípua, desnecessária se torna a adoção da medida buscada no apelo, o que se confirma pela resolução nº 31/2012, deste egrégio tribunal de justiça, que referenda a gravação de audiência, por meio de registro fonográfico ou audiovisual digitais, nos processos criminais de primeira instância, na qual, no seu art. 5º, veda a degravação dos atos documentados por meio de recurso audiovisual, entretanto, possibilita sua preservação, proteção e consulta àqueles envolvidos na ação (art. 3º). Verificadas a pluralidade de crimes da mesma espécie e a homogeneidade das condições de tempo, lugar e modo de execução, deve o subsequente ser havido como continuação do primeiro, à luz do preceito inscrito no art. 71, caput, do código penal, o que não ocorreu no caso vertente com relação a todos os delitos praticados pelo réu. Na hipótese sub examine, a continuidade delitiva ficou evidente apenas em relação aos dois primeiros delitos, nos quais o réu, valendo-se da sua condição profissional de psicólogo, em serviço voluntário à instituição de assistência ao menor em condições de risco social, atraia as vítimas e com elas praticava atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante a compensação financeira. Entretanto, não se vislumbrou a mesma situação em face dos demais crimes, já que efetuados de forma reiterada, em condições totalmente adversas daqueles, nos quais, apesar de mesma finalidade, satisfação de sua lascívia, um se iniciou com o assédio virtual, e o outro em abordagem direta numa rua de grande movimento de nossa cidade, não sendo a sua prática profissional o meio utilizado para aproximação com os menores vitimados. Não descaracteriza o delito a condição ou não de prostituição anterior ao crime, uma vez que a possível consciência do menor sobre a disponibilidade de seu corpo a um custo não torna atípica a conduta, na medida em que a vulnerabilidade

> deste não pode ser relativizada, frente os protetivos dispostos penais vigentes para o menor de idade. Ademais disso, nos cadernos processuais, não restou evidenciada a prostituição da vítima, a qual não deixou demonstrado ser este o substrato mantenedor de sua vida social. [...]
>
> (TJ-PB; ACr 023.2011.000046-2/002; Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. Arnóbio Alves Teodósio; DJPB 10/08/2012; Pág. 6) CP, art. 218 CP, art. 59 CP, art. 71

Destarte, não há que se falar em atipicidade da conduta, sob o fundamento de que a vítima não podia ser considerada vulnerável."

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. João Carlos Brandes Garcia e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 0604167-84.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ARTS. 129, § 9º e 147 AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 14 DA LEI N. 10.826/06 – LEI MARIA DA PENHA – RÉU CASADO COM UMA DAS VÍTIMAS HÁ LONGOS ANOS – SEGREGAÇÃO CAUTELAR QUE PERDURA HÁ MAIS DE 3 MESES – PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE E RISCO EXTREMO Á SEGURANÇA DAS VÍTIMAS NÃO EVIDENCIADAS NO CASO CONCRETO – ADEQUAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS PARA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS – PRAZO DE CUSTÓDIA PREVENTIVA QUE PODERÁ RESULTAR EM TEMPO DE PRISÃO EM REGIME FECHADO SUPERIOR AO QUE PODERÁ DERIVAR DE EVENTUAL SENTENÇA CONDENATÓRIA – ORDEM CONCEDIDA COM IMPOSIÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS.

Violência doméstica cometida por réu contra esposa com quem conviveu em longo casamento e circunstâncias do caso concreto não evidenciam a periculosidade extrema do paciente e o perigo à integridade física das vítimas que seriam justificadores da persistência da prisão cautelar.

Em crime punido com pena de detenção, em caso de eventual condenação, ao paciente será estabelecido o regime prisional aberto ou semiaberto, tal como dispõe o art. 33 do Código Penal, por isso afigura-se desproporcional a permanência do paciente no cárcere por tempo relativamente excessivo, considerando a duração da pena prevista para o crime em espécie.

A possibilidade da aplicação de medida cautelar diversa da prisão preventiva, consubstanciada nas medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei 11340/2006, mostra-se suficiente no caso para garantia da proteção às vítimas.

Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Defensoria Pública Estadual impetra ordem de HABEAS CORPUS em favor do paciente **Francisco Manoel da Silva,** apontando como autoridade coatora o **Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande.**

A impetrante alega, em síntese, que o paciente foi preso em flagrante delito no dia 03/09/2012, pela suposta prática dos delitos tipificados nos art. 129, §9º e 147, ambos do Código Penal, em conformidade com a Lei n. 11340/2010 (Lei Maria da Penha).

Argumenta que a denúncia foi recebida sem fundamentação, bem como foi designada audiência de instrução e julgamento sem que fossem previamente decididas as matérias alegadas na defesa preliminar, o que afrontaria o disposto no art. 397, do CPP e no art. 93, IX da CF. Assim, entende que devem ser declarados nulos todos os atos processuais e, consequentemente, deve ser analisada a situação prisional do paciente.

Pondera que o paciente está encarcerado há quase 03 (três) meses, entretanto, em caso de eventual condenação o regime a ele imputado para cumprimento de pena deverá ser o aberto ou semiaberto, logo, a manutenção do paciente preso em regime mais gravoso do que em caso de eventual condenação, caracterizaria constrangimento ilegal.

Aponta também que a demora na instrução processual não se deu por culpa da defesa, sendo totalmente desproporcional e desarrazoado a manutenção da segregação.

Assim, pugna pela concessão definitiva da ordem, para que o paciente seja imediatamente colocado em liberdade.

Em cognição sumaríssima, o pedido de liminar foi indeferido (f. 155/157).

A autoridade coatora prestou informações justificando que a segregação cautelar do paciente foi mantida para garantir a ordem pública e diante da natureza dos delitos praticados (f. 161/170).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 171/175, opinou pela denegação da ordem, sustentando que a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente encontra-se amparada nos requisitos legais dos arts. 312 e 313 CPP, mormente para a garantia da ordem pública.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de habeas corpus em favor do paciente Francisco Manoel da Silva, preso em flagrante delito pela prática, em tese, dos crimes de lesão corporal e de ameaça (129, §9º e 147, ambos do Código Penal), sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande.

Sustenta a Impetrante que o paciente está preso há mais de 03 (três) meses sem elementos concretos que justifiquem sua segregação, sendo desproporcional e desarrazoada a manutenção do decreto prisional. Assim, requer que o paciente seja, imediatamente, colocado em liberdade.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem, sustentando que a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente encontra-se amparada nos requisitos legais dos arts. 312 e 313 CPP, mormente para a garantia da ordem pública.

O "writ" visa revogar a prisão preventiva do paciente, acusado da suposta prática dos crimes previstos no art. 129, § 9° (lesão corporal praticada contra cônjuge ou companheiro), e no art. 147 (ameaça), Código ambos do Código Penal, que encontra-se preso desde 03/09/2012.

Da leitura dos documentos que instruem o pedido, constata-se que o paciente foi preso em flagrante na data de 03/09/2012, por ter desferido golpes com faca de cozinha em sua mulher, Sra. Lucimar Gomes da Silva, e em sua filha, Kaline Manoel da Silva. Em ato contínuo, o Paciente ameaçou as duas vítimas acima citadas e sua filha Thailine Manoel da Silva (cf. denúncia de f. 22/25 e auto de prisão em flagrante de f. 26).

Pelos fatos acima descritos, o Paciente responde as ações penais n. 0051902-62.2012.8.12.0001 e 00054081-81.2012.8.12.0001 pela prática dos crimes previstos no art. 129, § 9° (lesão corporal praticada contra cônjuge ou companheiro), e no art. 147 (ameaça), ambos do Código Penal.

A autoridade coatora determinou a custódia cautelar do paciente justificando existirem indícios suficientes de autoria e provas da materialidade delitiva. Aponta ainda, ser necessária a decretação da prisão preventiva para proteção da vítima, que estaria situação de violência doméstica e familiar (cf. informações prestadas às f. 162/163).

Tenho que os delitos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa no âmbito doméstico reclamam maior rigor na análise dos critérios para concessão do benefício da liberdade provisória ou medidas cautelares, ante a necessidade de segurança da integridade física e vida da vítima, razão pela qual, o art. 313, III, do Código de Processo Penal admite a prisão preventiva em casos dessa natureza.

Mesmo assim, apesar de esta não ser uma situação tranquila, consultando o caderno processual, constato que no caso em exame estão ausentes os pressupostos e fundamentos exigidos para que a medida drástica da constrição cautelar persista por mais tempo, já que neste momento podem ser aplicadas medidas cautelares diversas da prisão preventiva.

Segue a fundamentação de tal entendimento.

Justificando a desnecessidade da medida extrema da prisão cautelar e a adequação de outras medidas

Não se pode desconsiderar a prisão preventiva constitui medida excepcional, especialmente com o advento da lei 12.403/11, que inseriu medidas cautelares diversas da segregação, como meio de garantir a ordem pública, a instrução do processo e a aplicação da lei penal, bem como resguardar a integridade física da vítima. Por isso a segregação de liberdade deve ser aplicada apenas em último caso.

Vejamos o disposto no art. 282, do CPP:

> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
>
> [...]
>
> §6º - A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

A prisão deve ocorrer quando o agente pratica um crime contra a vítima, de forma que demonstre não ser suficiente uma das medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006 ou uma das cautelares dispostas no artigo 319 e incisos, do Código de Processo Penal.

No caso em tela, mostra-se patente a necessidade de assegurar a integridade física e moral da vítima, contudo, estando o paciente preso já há três meses, entendo ser suficiente a aplicação de medidas cautelares de proibição de manter contato com as vítimas e aproximar-se delas, bem como de afastar-se do lar.

Com efeito, o paciente é primário, possui residência fixa e trabalho lícito (servente de pedreiro – cf. f. 37).

Não foi apontada qualquer justificativa pela autoridade coatora que indique a reiteração criminosa pelo paciente, e não há como concluir isso, porque ele é primário e de bons antecedentes, não havendo elementos que indiquem que voltará a delinquir.

É certo que a medida constritiva pode ter amparo na gravidade abstrata do delito e temor da vítima, porém bem demonstrados, evidentes e irrefutáveis, para justificarem a necessidade da manutenção da medida extrema.

Quando for adequado aplicar as providências cautelares inseridas no artigo 319 do CPP e art. 22 da Lei 11.340/2006, será isso preferível, e só se estas restarem infrutíferas, se descumpridas, então se permitirá a prisão do paciente.

Não se deve minimizar o temor da vítima, e os autos informam que esta, desde a ocorrência dos fatos, teme que a soltura do paciente coloque em risco sua vida, em razão das ameaças proferidas pelo suposto agressor. Ela tem medo de sofrer nova violência, porém não há por que supervalorizar o fato ocorrido, sobretudo se considerarmos que réu e vítima tiveram um longo casamento de muitos anos, com filhos, tudo isto a minimizar o perigo abstrato que poderia se antever, para a integridade física das vítimas (esposa e filha).

Assim,mostra-se suficiente a aplicação das medidas protetivas previstas no art. 22, II e III, "a" e "b", da Lei 11340/2006, que disciplinam:

> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
>
> [...] II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
>
> III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
>
> a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
>
> b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

Considerando que o paciente reside com a vítima, aliás contra vontade desta, que se queixa em declarações que ele não deixa o lar, **deve ser determinado o seu afastamento do lar e a proibição de contato com a ofendida, visando garantir a integridade física e psicológica da vítima, até o deslinde da causa**.

Perante a possibilidade e adequação da aplicação de medida cautelar diversa da prisão preventiva, consubstanciada nas medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei 11340/2006, desnecessária se mostra, neste momento, a segregação cautelar do paciente.

Sobre a questão do excesso de prazo de manutenção do réu em regime de segregação total de liberdade

Por outro lado, é certo que neste caso a constrição de liberdade teria para o réu os dias contados, já que, pelo tempo que já está preso, em breve faria jus a cumprir qualquer pena em regime mais brando que o fechado.

Insta observar que o paciente está segregado há mais de 03 (três) meses, desde 03/09/2012, sob a acusação de ter cometido o delito de lesão corporal (violência doméstica), previsto no art. 129, § 9º, do CP, cuja sanção penal é de detenção de 03 (três) meses a 03 (três) anos e de ameaça, previsto no art. 147 do CP, cuja pena é de detenção de 01 (um) a 06 (seis) meses.

Então, levando em consideração que, em caso de eventual condenação, ao Paciente será estabelecido o regime prisional aberto ou semiaberto, tal como dispõe o art. 33 do CP, certamente ela já terá cumprido a pena imposta em regime mais gravoso do que o previsto em lei.

Assim, mostra-se temerária a manutenção da custódia cautelar do paciente, haja vista que poderá, antecipadamente, cumprir mais tempo que o estipulado em uma eventual futura condenação.

Sobre o tema trago recentes julgados das Câmaras Criminais deste Tribunal em casos análogos:

> HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRISÃO PREVENTIVA – DESNECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA – CRIME APENADO COM PENA DE DETENÇÃO – ORDEM CONCEDIDA.
>
> É certo que o crime de violência doméstica exige maior rigor na apreciação acerca da desnecessidade da prisão, todavia, há que se considerar também a pena abstratamente cominada ao delito, pois em caso de eventual condenação possivelmente o regime fixado será mais brando que o regime fechado. No caso, observa-se que a prisão preventiva do paciente não poderia se dar em razão de descumprimento de medida protetiva, já que os únicos autos de medida protetiva de urgência em seu desfavor foram distribuídos concomitantemente com sua autuação em flagrante.
>
> (TJMS. Habeas Corpus 2012.016569-5. Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 09/07/2012).
>
> HABEAS CORPUS – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ALEGADO EXCESSO DE PRAZO – CONFIGURADO – ANÁLISE À LUZ DO CASO EM CONCRETO – PACIENTE MANTIDO PRESO HÁ MAIS DE 04 MESES – CRIME APENADO COM DETENÇÃO – DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Afigura-se desproporcional a prisão cautelar do agente que responde a crime de menor potencial ofensivo apenado com detenção, mormente quando o paciente poderá, antecipadamente, cumprir mais tempo que o estipulado em uma eventual, incerta e futura condenação, uma vez que a marcha processual vem se prolongando sofrendo prorrogações sem qualquer interferência da defesa para tais circunstâncias.
>
> (TJMS. Habeas Corpus 2012.000014-8. Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 13/02/2012).
>
> HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL – PRISÃO PREVENTIVA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO – PRESENÇA DOS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS ELENCADOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PROVISÓRIA – CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO – IMPOSIÇÃO DE REGIME ABERTO OU SEMIABERTO EM CASO DE FUTURA CONDENAÇÃO – DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Embora devidamente fundamentada a prisão preventiva do paciente, sua permanência no cárcere por tempo relativamente excessivo, considerando-se a pena prevista para o crime em espécie, caracteriza constrangimento ilegal, mormente por se

> tratar de crime punido com pena de detenção, sendo que, em caso de eventual condenação, ao paciente, via de regra, somente poderá ser estabelecido o regime prisional aberto ou semiaberto, tal como dispõe o art. 33 do Código Penal. Ordem concedida.
>
> (TJMS. Habeas Corpus 2012.017232-2. Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 28/06/2012)

Diante das peculiaridades do caso em tela, julgo conveniente conceder a ordem de habeas corpus, a fim de que o paciente possa aguardar o desfecho do feito em liberdade.

Ante o exposto, contra o parecer, **conheço e concedo a ordem de habeas corpus para revogar a prisão preventiva do paciente Francisco Manoel da Silva, todavia aplico as medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, II e III, "a" e "b", da Lei 11.340/2006, consistentes em:**

1) afastamento do requerido do lar comum; e

2) proibição do paciente aproximar-se das vítimas (devendo ficar distante dela por no mínimo 100 metros);

3) proibição de ele manter contato com as ofendidas e seus familiares.

No momento de sua soltura, o paciente deve assinar compromisso de comparecimento a todos os atos a que for intimado e tomar ciência das medidas cautelares aqui aplicadas.

O descumprimento das medidas protetivas impostas acarretarão em imediato a revogação da liberdade provisória ora concedida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, concederam a ordem, nos termos do voto DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. João Carlos Brandes Garcia e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2012.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 0605357-82.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO – PRISÃO CIVIL DECRETADA – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO EM FAVOR DO PACIENTE – IMPOSSIBILIDADE – PACIENTE QUE ESTÁ EMPREGADO E NÃO COMPROVOU A IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIR COM A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – ORDEM DENEGADA – COM O PARECER – REGIME ABERTO FIXADO DE OFÍCIO.

Não se expede salvo-conduto para impedir cumprimento de mandado de prisão àquele que, devidamente empregado, não comprova a impossibilidade de cumprir com a obrigação alimentar, e como tal teve decretada prisão por falta de pagamento de alimentos.

De ofício concede-se o regime aberto para a prisão do devedor de alimentos, pois este se mostra mais adequado, possibilitando ao inadimplente auferir recursos para o pagamento da pensão alimentícia, mormente porque o regime fechado acarretaria na perda do exercício laborativo, prejudicando, por via transversa, o próprio credor dos alimentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem e, de ofício, fixar o regime aberto, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 4 de março de 2013.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Marcos Ivan Silva e Stela Marisco Duarte interpõem o presente Habeas Corpus, preventivo, com pedido de liminar e expedição de salvo conduto, em favor do paciente Carlos Soares da Silva em razão de mandado de prisão civil (pensão alimentícia), expedida nos autos 0062631-21.2010.8.12.0001.

Consta nos autos que o paciente Carlos Soares da Silva é genitor de Felipe Auer Soares, ora representado por sua genitora Priscila Auer, que, com fulcro no art. 733 do CPC, interpôs execução de alimentos em desfavor de Carlos, em razão do não pagamento das pensões alimentícias referentes aos meses de julho, agosto, setembro e outubro, todos do ano de 2010.

A autoridade coatora, às p.20.24, de forma fundamentada, antes de determinar a prisão do paciente, e para "[...] *Que o executado não alegue surpresa de imediato decreto de prisão* [...]", determinou sua intimação para pagar, em 03 dias, o débito em tela, que foi feito via edital, f. 26.

Foi expedido mandado de prisão contra o paciente às p.27-28.

A liminar foi indeferida às p.51-52.

As informações foram prestadas às p.56.

O Parecer Ministerial opina, às p.58-61, pela denegação do *writ*.

VOTO

A Srª Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

O "*Habeas Corpus*" preventivo visa prevenir a materialização de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, com a expedição de salvo-conduto. Para que o "writ" seja conhecido, a ameaça de constrangimento ao "ius libertatis" deve constituir-se objetivamente, de forma iminente e plausível.

No caso em tela, o "writ" visa a expedição de salvo conduto ao Paciente. O concreto capaz de causar, diretamente, a restrição à liberdade de locomoção do paciente, foi indicado e seria a decisão que decretou sua prisão civil (f. 20/24). Assim, mostra-se cabível a utilização do "Habeas Corpus" em sua versão preventiva.

Dos fatos:

O Paciente ficou obrigado na Ação de execução de prestação alimentícia n. 0062.631-21.2010.8.12.0001 a pagar a título de alimentos o valor de R$ 2.105,80 (dois mil, cento e cinco reais e oitenta centavos), correspondente às três últimas parcelas e as parcelas vincendas.

Consta dos autos de execução de pensão alimentícia, p.20-24, que a ação se iniciou em outubro de 2010, e até o momento o Paciente pagou somente três parcelas, requerendo o parcelamento das vincendas, alegando dificuldades financeiras para suprir tal obrigação.

Entretanto, como bem lançado na decisão às 20-24, o paciente não demonstrou a inadimplência inescusável que o impedisse de cumprir com sua obrigação, nesses termos:

> "[...] O executado compareceu nos autos e apresentou justificativa alegando que não pagou integralmente os alimentos devido ao filho porque está enfrentando dificuldades financeiras para suprir tal obrigação, eis que possui uma renda de R$:1.500,00, o que é insuficiente para o custeio das despesas mensais [...]"

Ora, o contrato de trabalho constante às p. 39 comprova que o paciente **está empregado**, e **recebe R$: 1.200,00** pelo serviço de gerente administrativo de fazenda no município de Bandeirantes, isto mesmo ele confessou no seu pedido inicial. Então, ele possui renda passível de arcar com suas obrigações.

O valor mensal da pensão é de R$510,00 (quinhentos e dez reais) e o valor reclamando pelo credor é de R$ 2.105,80 (dois mil cento e cinco reais e oitenta centavos), verificando-se a possibilidade de pagamento.

Por outro lado, o fato de possuir outro novo filho, per se, não é hábil para comprovar a impossibilidade de saldar o débito.

O caso enquadra-se perfeitamente no que determina a súmula 309 do STJ, *in verbis:*

> "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo."

Nos termos da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça supra, permite-se a prisão civil do alimentante que deixa de adimplir as *"três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo"*.

Assim, não há qualquer ilegalidade na prisão *decretada,* que merece subsistir.

*C*ontudo, entendo que o regime prisional deve ser o aberto nestes casos, com o fim de se permitir que o alimentante possa continuar a trabalhar e, com isso, adimpla as prestações alimentícias. Aliás esse foi um dos argumentos dos impetrantes (manter sua liberdade para ser preservada a capacidade laborativa e o emprego do paciente), e assim o regime aberto permitirá.

Nesse sentido, esta Corte tem reiteradamente decidido:

> EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO CIVIL – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – PRETENDIDA A CONVERSÃO DO REGIME FECHADO EM ABERTO – RISCO CONCRETO DE PREJUÍZO SE MANTIDO O REGIME FECHADO – POSSIBILIDADE DE PERDA DO TRABALHO POR JUSTA CAUSA – LIMINAR CONFIRMADA – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Concede-se o regime aberto na prisão do devedor de alimentos, pois este se mostra mais adequado, possibilitando ao inadimplente auferir recursos para o pagamento da pensão alimentícia, mormente quando demonstrado que o regime fechado acarretaria na perda do exercício laborativo.
>
> (TJMS, 1ª Câmara Criminal, Habeas Corpus - N. 2011.029789-6, Rel. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, j. 24.10.2011)
>
> EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO CIVIL – ALIMENTOS – PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA QUE NÃO ELIDE O DECRETO PRISIONAL – PRISÃO QUE DEVE SER CUMPRIDA NO REGIME ABERTO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> O pagamento parcial da dívida não tem o condão de afastar o decreto prisional.
>
> A prisão civil por dívida alimentar deve ser cumprida no regime aberto, a fim de possibilitar a atividade laboral exercida pelo paciente.
>
> (TJMS, 1ª Câmara Criminal, Habeas Corpus - N. 2012.004819-3, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, j. 07.05.2012)

Tal entendimento ganha especial relevo no caso dos autos, porquanto não há o alegado "menoscabo" do paciente para com o seu filho, pois pagou parte do débito e pediu o parcelamento do mesmo, o qual não foi aceito, de modo que entendo que a prisão do paciente no regime fechado apresenta risco a sua permanência no emprego e, por via reversa, ao próprio alimentando.

Ante o exposto, com o Parecer, denego a ordem pleiteada, porém determino de ofício que o cumprimento da determinação de prisão deverá ocorrer no regime aberto, de forma a viabilizar o pagamento da dívida alimentar.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM E, DE OFÍCIO, FIXARAM O REGIME ABERTO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, a Exmª. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 04 de março de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0003278-95.2011.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO DE MENOR – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – POSSIBILIDADE – CRIME FORMAL – IDONEIDADE MORAL ANTERIOR DO MENOR – DESNECESSIDADE – PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE DEVIDAMENTE COMPROVADA – CONDENAÇÃO IMPOSTA – RECURSO PROVIDO.

Para a configuração do crime de corrupção de menores, tipificado no art. 1º, da Lei nº 2.252/54 - atual artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90, introduzido pela Lei nº 12.015/2009, é desnecessária a prova da chamada "idoneidade moral anterior da vítima menor", porquanto se trata de crime formal, caracterizando-se independentemente de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. Precedentes dessa Corte. Condenação imposta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.
Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.
Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia, que julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar Rodrigo Gonçalves Kunita à pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 dias-multa, como incurso no art. 155, §4º, do Código Penal, absolvendo-o, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, do crime de corrupção de menor, disposto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Busca o representante do parquet a condenação do acusado também pelo crime de corrupção de menor, visto que para caracterizar tal delito basta que o agente maior de 18 anos induza o menor a praticar um infração penal.

Em contrarrazões, o apelado requer o improvimento do recurso.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O recurso ministerial deve ser **provido**.

Infere-se dos autos que o acusado Rodrigo Gonçalves Kunita foi denunciado pela prática dos crimes de furto qualificado e corrupção de menores, previstos, respectivamente, no art. 155, §4º, inciso IV, do Código Penal e art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão dos seguintes fatos:

> "[...]
>
> No dia 13 de novembro de 2011, por volta das 06h, na residência da vítima, localizada na Rua Maria José Freitas, nº 110, Jardim Minas Gerais, nesta cidade, próximo ao Caipirão Clube , RODRIGO GONÇALVES KUNITA em coautoria com o menor MARQUIONE NARCISO DE OLIVEIRA, subtraiu para si um veículo automotor Chevrolet D-10, de cor verde e de placas HQT-2483, pertencente à vítima AILTON ANTONIO DA SILVA.
>
> No mesmo dia e lugar, o denunciado corrompeu e facilitou a corrupção do menor de 18 anos MARQUIONE NARCISO DE OLIVEIRA, com ele praticando a infração penal.
>
> No dia dos fatos, o denunciado RODRIGO estava no baile do Caipirão Clube na companhia do coautor MARQUIONE, o qual indagou ao menor se tinha ele conhecimento de algum veículo que podiam subtrair para levantarem algum dinheiro. O coautor MARQUIONE, tendo conhecimento de que o automóvel da vítima permanecia durante a noite estacionado na rua, bem como os meios de abri-lo, em razão de já ter prestado serviços à vítima, informou ao denunciado RODRIGO sobre o automóvel.
>
> Ato contínuo, o denunciado RODRIGO e o coautor MARQUIONE dirigiram-se à residência da vítima, abriram o automóvel, subtraíram-no do local e com o denunciado RODRIGO na direção transitaram pelas vias públicas nesta cidade.
>
> Após o denunciado RODRIGO deixou o menor MARQUIONE novamente na Avenida Presidente Dutra, próximo ao Caipirão Club e tomou o rumo à cidade de Chapadão do Sul-MS.
>
> Enquanto transitava pela rodovia, o denunciado perdeu o controle da direção e provocou acidente automobilístico, batendo em duas árvores. Ao ser constatado o furto do automóvel envolvido no acidente, o denunciado teve voz de prisão em flagrante.
>
> No interior do automóvel foi encontrado um chapéu de couro preto que estava na posse do menor MARQUIONE (f. 21) e de propriedade de MARCELO DAVID DE SOUZA QUEIROZ, o qual reconheceu o chapéu apreendido como sendo de sua propriedade (f. 21/22).
>
> Informou o menor MARQUIONE em seu depoimento, que durante a prática do crime, o denunciado ainda lhe forneceu uma porção de substância entorpecente crack para seu consumo.
>
> [...]"

Após a instrução criminal, o juiz de instancia singela absolveu o acusado por atipicidade de conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, tendo em vista que entendeu que o menor já era corrompido.

O cerne da questão está em saber se efetivamente há necessidade de comprovação da idoneidade moral anterior da vítima menor, mormente por existir na jurisprudência entendimento de que não há falar em crime de corrupção de menores quando houver provas de que estes já eram corrompidos à época dos fatos.

Conforme firme orientação do Superior Tribunal de Justiça, trata-se de crime formal, sendo desnecessária a comprovação da idoneidade moral anterior da vítima menor, caracterizando-se independentemente de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Nesse sentido, vejam-se os julgados do STJ e do STF:

> "HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTS. 155, § 4o., I E IV DO CPB E ART. 1o. DA LEI 2.252/54). CRIME FORMAL. INDIFERENÇA DO COMETIMENTO ANTERIOR DE ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. O crime tipificado no art. 1o. da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. 2. Caracterizado está o crime de corrupção de menores, ainda que o menor possua antecedentes infracionais, tendo em vista que a norma do art. 1o. da Lei 2.252/54 visa também impedir a permanência do menor no mundo do crime. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada". (STJ - HC 137397/DF; Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; Órgão Julgador - QUINTA TURMA; Data do Julgamento 03/11/2009; Data da Publicação/Fonte DJe 15/12/2009).

> "HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTS. 157, § 2o., I E II DO CPB E ART. 1o. DA LEI 2.252/54). CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. INDIFERENÇA DO COMETIMENTO ANTERIOR DE ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE O ROUBO E A CORRUPÇÃO DE MENORES. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM, PORÉM, PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA RECONHECER A EXISTÊNCIA DE CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. 1. O crime tipificado no art. 1o. da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. 2. Caracterizado está o crime de corrupção de menores, ainda que o menor possua antecedentes infracionais, tendo em vista que a norma do art. 1o. da Lei 2.252/54 visa também impedir a permanência do menor no mundo do crime. 3. Constatando-se uma só ação para a prática de dois crimes, é de se reconhecer o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores. Precedentes. 4. Parecer ministerial pela denegação da ordem. 5. Ordem parcialmente concedida, apenas para reconhecer a existência de concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores". (STJ - HC 144181/DF; Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; Órgão Julgador - QUINTA TURMA; Data do Julgamento 29/10/2009; Data da Publicação/Fonte DJe 30/11/2009).

> "EMENTA: HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVA DA CHAMADA IDONEIDADE MORAL ANTERIOR DA VÍTIMA MENOR. DESNECESSIDADE. ORDEM DENEGADA. Para a configuração do crime de corrupção de menores (art. 1º da Lei 2.252/1954), é desnecessária a prova da chamada "idoneidade moral anterior da vítima menor", exigida pela impetrante. Ordem denegada". (STF - HC 97197, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-04 PP-00711).

> "EMENTA Habeas corpus. Penal. Paciente condenado pelos crimes de roubo (art. 157 do Código Penal) e corrupção de menor (art. 1º da Lei nº 2.252/54). Menoridade

> assentada nas instâncias ordinárias. Crime formal. Simples participação do menor. Configuração. 1. As instâncias ordinárias assentaram a participação de um menor no roubo praticado pelo paciente. Portanto, não cabe a esta Suprema Corte discutir sobre a menoridade já afirmada. 2. Para a configuração do crime de corrupção de menor, previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54, é desnecessária a comprovação da efetiva corrupção da vítima por se tratar de crime formal que tem como objeto jurídico a ser protegido a moralidade dos menores. 3. Habeas corpus denegado". (STF - HC 92014, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-02 PP-00366 RT v. 98, n. 881, 2009, p. 514-520).

Ad argumentandum tantum, o elemento subjetivo do tipo penal do delito de corrupção de menores exaure-se no dolo genérico, não se exigindo, portanto, a demonstração da vontade e consciência de corromper ou facilitar a corrupção do menor. É dizer, o tipo incriminador propõe-se à proteção da inocência do menor, impondo-se, para tanto, a demonstração de que o agente efetivamente tenha sido o responsável por ter o menor tomado o caminho do crime ou permanecido nele.

E no caso vertente, a participação do adolescente no furto é inconteste.

Destarte, comprovada a participação do menor na prática da infração penal, não há falar em absolvição do crime de corrupção de menores, impondo-se a condenação do acusado.

Nesse mesmo sentido, essa Egrégia 2ª Turma Criminal:

> "EMENTA - FURTO E CORRUPÇÃO DE MENORES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE FURTO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS ROBUSTAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES – CRIME FORMAL – IDONEIDADE MORAL ANTERIOR DO MENOR – DESNECESSIDADE – PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE DEVIDAMENTE COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRETENDIDA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – CONDUTA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO DE OFENSIVIDADE MÍNIMA – INAPLICABILIDADE – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE FURTO QUALIFICADO PARA O DELITO DE FURTO SIMPLES – IMPOSSIBILIDADE – QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTES FARTAMENTE DEMONSTRADA – QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO AFASTADA – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – POSSIBILIDADE – REPRIMENDA REDIMENSIONADA – REGIME PRISIONAL MANTIDO – RÉU REINCIDENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Se nos autos ficarem devidamente comprovadas a materialidade e autoria do delito de furto, a condenação é medida que se impõe.
>
> Para a configuração do crime de corrupção de menores (art. 1º da Lei 2.252/1954), é desnecessária a prova da chamada "idoneidade moral anterior da vítima menor", porquanto trata-se de crime formal, caracterizando-se independentemente de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.
>
> Incabível a aplicação do princípio da insignificância, ainda mais quando a conduta do agente não se revelou de ofensividade mínima, já que o valor do bem subtraído não pode ser considerado de pequena monta.

> Tratando-se de crime que deixa vestígio, a realização de exame pericial para comprovação da qualificadora do rompimento de obstáculo se mostra indispensável. Inteligência dos arts. 158 e 167, do CPP.
>
> Pena redimensionada. Regime prisional mantido em inicialmente fechado, réu reincidente. Recurso parcialmente provido." (Apelação Criminal n. 2010.039138-0; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes; Julgamento: 25/05/2011; Órgão Julgador: 2ª T**urma Criminal Classe)**
>
> "EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO SEGUNDO DELITO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – CRIME FORMAL – IDONEIDADE MORAL ANTERIOR DO MENOR – DESNECESSIDADE – SENTENÇA REFORMADA – CONDENAÇÃO – RECURSO PROVIDO.
>
> Para a configuração do crime de corrupção de menores (art. 1º da Lei 2.252/1954), é desnecessária a prova da chamada "idoneidade moral anterior da vítima menor", porquanto trata-se de crime formal, caracterizando-se independentemente de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos." (Apelação Criminal N. 2010.002347-0 (0002063-95.2008.8.12.0005 - Aquidauana. Relator: DES. ROMERO OSME DIAS LOPES. 2ª TURMA CRIMINAL. Julgamento. 08/03/2010).

Dessa forma, condeno o acusado Rodrigo Gonçalves Kunita, como incurso no art. 244-B, do Estatuto da Criança e Adolescente.

Passo à dosimetria da pena.

Seguindo as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, conforme o magistrado de instância singela, tenho como única circunstância judicial desfavorável ao acusado, os maus antecedentes. Assim, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 1 anos e 2 meses de reclusão.

Na segunda fase de fixação, aplico a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, em razão do acusado ter confessado a participação do menor na empreitada delituosa e reduzo a pena em 2 meses de reclusão. Ante a ausência de causas modificadoras, fica o acusado definitivamente condenado à pena de 1 ano de reclusão.

O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, nos termos do art. 33, §2º, "c", do Código Penal.

Em face do preenchimento dos requisitos do art. 44, do Código Penal, determino a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, que serão estabelecidas pelo juiz da execução penal.

Por tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso ministerial para condenar o acusado Rodrigo Gonçalves Kunita à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, como incurso no art. 244-B, do ECA, sendo substituída a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos, que serão estabelecidas pelo juiz da execução penal. No mais, fica mantida a sentença monocrática.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0201279-66.2011.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA – ADMISSIBILIDADE – MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

A exclusão da qualificadora descrita na denúncia deve ser afastada na pronúncia quando manifestamente improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, proveram o recurso.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Alaerce Lopes da Silva em face da decisão de f. 55-60, proferida pelo Juiz de Direito da 1.ª Vara da Comarca de Bataguassu que o pronunciou como incurso nas penas do art. 121, §2º, inciso IV (recurso que dificultou a defesa da vítima) c.c. art. 14, inciso II, do Código Penal.

Inconformado, o pronunciado recorre a este Sodalício requerendo o afastamento da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

O Ministério Público, em contrarrazões, requer o improvimento do recurso.

A decisão do magistrado *a quo* foi mantida à f. 93.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de pedido de afastamento da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima ao argumento de que não restou caracterizada nos autos.

O recurso deve ser provido.

Ao que foi apurado nos autos, até a fase da pronúncia, tem-se por suficientes os elementos reunidos para a exclusão da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, afigurando-se manifestamente improcedente.

Confirmando esse entendimento, veja-se os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> A exclusão das qualificadoras, na pronúncia, somente pode ocorrer quando se verificar, de plano, sua improcedência, sendo vedado nessa fase valorar as provas para afastar a imputação concretamente apresentada pela acusação, sob pena de se usurpar a competência do juiz natural da causa, o Tribunal do Júri. (DJ 11.02.2008 p. 1 – Rel. Min Paulo Gallotti – Sexta Turma - DJ 11.02.2008 p. 1).
>
> As qualificadoras somente podem ser excluídas na fase do iudicium accusationis, se manifestamente improcedentes (Precedentes do STF e do STJ). (REsp 955903 / SE – Rel. Min Felix Fischer – Quinta Turma - DJ 12.11.2007 p. 293).
>
> A observância, portanto, dos limites da pronúncia pelo magistrado, enquanto juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri, é elemento da condição de validade da pronúncia que se substancia na sua motivação.
>
> É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as qualificadoras só podem ser afastadas da pronúncia quando não houver nenhum apoio na prova dos autos, ou seja, quando forem manifestamente infundadas.
>
> Não há confundir ausência de fundamentação com fundamentação sucinta ou que se tem por injusta. (HC 43346 / PE – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – Sexta Turma - DJ 05.03.2007 p. 319).

Destarte, a defesa alega que o apelante não teria agido de surpresa, mas, ao revés, foi ao local conversar com a vítima já empunhando uma faca e um revólver e, após avisar que iria matá-la, foi para cima dela, segundo se extrai do depoimento da vítima às f. 22.

A testemunha Nadir, igualmente, declara que o apelante chegou dizendo que ele e a vítima precisavam conversar e esta, recusando-se a falar com ele, tomou uma cadeira pelas mãos a fim de proteger-se, antes mesmo de iniciar as agressões.

Assim, resta demonstrado que a qualificadora é infundada, devendo ser afastada da imputação.

Ante o exposto e com o parecer, dá-se provimento ao recurso defensivo para afastar da pronúncia a qualificadora do inciso IV, do §2.º, do art. 121, do Código Penal.

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. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4001033-93.2013.8.12.0000 - Corumbá
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – USO DE DOCUMENTO FALSO E ESTELIONATO -PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL – PACIENTE ESTRANGEIRA – PROCESSO DE EXPULSÃO EM TRÂMITE – NECESSIDADE DE TRATAMENTO ISONÔMICO – ORDEM CONCEDIDA

Inexistindo decreto de expulsão, a execução da pena do nacional e do estrangeiro submete-se aos princípios da isonomia e da individualização da pena, de modo que, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, o paciente estrangeiro faz *jus* à progressão do regime prisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de habeas corpus com pedido liminar em favor de Célia Choque Fernandez, alegando estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1.ª Vara Criminal da comarca de Corumbá.

Aduz a impetrante que a paciente, atualmente recolhida no Estabelecimento Penal Feminino de Corumbá, cumprindo pena pelo uso de documento falso e estelionato (art. 304, c.c. art.297, e art. 171, *caput*, do Código Penal), em regime semiaberto, teve indeferido seu pedido de progressão de regime para o aberto, tendo alcançado o lapso necessário em 14/08/2011, bem como manifestou expressamente pela impossibilidade de concessão de livramento condicional à ré estrangeira.

Afirma que a decisão viola o princípio da individualização da pena, além de outros direitos e garantias consagradas no ordenamento jurídico, afigurando-se ilegal e desumano.

Ademais, aduz que é direito do reeducando, independente de ser nacional ou estrangeiro, exercer trabalho extramuros, a teor do art. 35, §2.º, do Código Penal.

A vista disto requer, *in limine*, a concessão do pedido, assegurando a progressão ao regime aberto ou o livramento condicional e, ao final, a ratificação da medida com a concessão em definitivo.

Informações requisitadas e prestadas às f. 60-61.

Liminar indeferida às f. 62.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 64-69 opinando pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Trata-se de pedido de ordem de *habeas corpus* em face de alegado constrangimento ilegal ante o indeferimento de progressão de regime aberto ou de livramento condicional à condenada estrangeira Célia Choque Fernandez, assim fundamentado pela autoridade ora apontada como coatora:

> Compulsando os autos, mormente o cálculo de pena de f. 53-54, verifica-se que a sentenciada, em tese, se fosse brasileira, teria preenchido o requisito temporal para concessão do livramento em 14/4/2012, quando cumpriu 1/3 de sua pena privativa de liberdade.
>
> Entrementes, tal benefício não poderá ser concedido.
>
> Com efeito, a jurisprudência do STJ tem se posicionado no sentidode que "há incompatibilidade entre as condições legais necessárias à concessão do livramentocondicional - obter ocupação lícita e manutenção de residência fixa - com a existência de inquérito ou decreto de expulsão de estrangeiro, dada a impossibilidade de sua permanência no país, com ou sem trabalho lícito, em função da prática de conduta que tornou a sua continuidade no Brasil nociva à conveniência e aos interesses nacionais" (STJ, HC 173.955/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 14/05/2012). E isso não caracterizaria coação ilegal, porquanto "a negativa do benefício não implica descumprimento da Constituição Federal, que não faz distinção entre presos brasileiros e estrangeiros. A questão é que o paciente não preenche os requisitos para o atendimento de sua pretensão". (STJ, HC 156.668/RJ, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 17/12/2010).
>
> No meu modo de entender, o estrangeiro, em situação irregular no país, não preenche os requisitos legais à concessão de livramento condicional, no tocante à possibilidade de obter ocupação lícita e manter residência fixa.
>
> Por outro lado, nada impede a concessão do referido benefício para fins de expulsão antecipada, ou seja, antes do término integral da pena executada nesta guia, com a obrigação específica do sentenciado estrangeiro, sem prejuízo do disposto no artigo 338 do Código Penal (crime de reingresso de estrangeiro expulso), não reingressar no País, sob pena de revogação do livramento.
>
> No caso vertente, não se tem notícia da regularidade da situação da reeducanda, estrangeira, no País.
>
> Nesse quadro, impõe-se conceder, por ora, o benefício da progressão para o regime semiaberto, por ser o único viável no caso. Deveras, a condição de estrangeiro irregular, por si só, não é fator impeditivo à progressão de regime prisional. Desse modo, "admite-se ao estrangeiro, em situação irregular no país, a progressão ao regime semiaberto" (HC 122.662/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 01/02/2010), especialmente porque no regime intermediário a regra é o trabalho interno, e isso independe de visto de permanência ou qualquer outro requisito de regularidade administrativa.

> Então, é o caso de condicionar a progressão a vir aos autos atestado de boa conduta carcerária atualizado Afinal, como cediço, a progressão de regime implica em gradual convívio da reeducanda em sociedade, estimulando o seu senso de responsabilidade, devendo, pois, ser incentivada, além de ser direito da sentenciada.
>
> Diante do exposto, ante a impossibilidade de se conceder, de plano, o benefício de livramento condicional, concedo, com base no disposto no artigo 112 da LEP, a progressão de regime do fechado para o semiaberto em favor da reeducanda CÉLIA CHOQUE FERNANDEZ, DESDE QUE VENHA AOS AUTOS ATESTADO DE BOA CONDUTA CARCERÁRIA ATUALIZADO, fixando-lhe as seguintes condições para o cumprimento da pena: (f. 51-53)

Igualmente, em outra oportunidade, ratificou a decisão nos seguintes termos:

> 01. No tocante à colocação da reeducanda em regime menos gravoso, o aberto por exemplo, não há como conceder, tendo como embasamento, o mesmo motivo declinado na decisão de f. 57-59, qual seja, a situação irregular da reeducanda estrangeira em solo brasileiro.
>
> 02. O mesmo raciocínio é aplicável ao requerimento para saída dominical, tendo-se em conta que ela não possui endereço fixo nesta comarca ou mesmo neste país, assim como pelo fato de que a já mencionada situação irregular no país, enquanto subsistir, impede a fixação de residência em solo brasileiro.
>
> Por todo o exposto, considerando a situação irregular da reeducanda estrangeira já proferida na decisão de f. 57-59, indefiro os pleitos da reeducanda para a concessão de benefício no regime aberto ou, ainda, a concessão do livramento condicional,bem como para a saída dominical, mantendo-a no cumprimento da pena no regime Semiaberto. (f. 54-55)

Verifica-se dos autos que tramita no Ministério da Justiça a expulsão da paciente, conforme afirmado às f. 60 pela autoridade impetrada, aguardando-se a conclusão do feito.

De fato, nestas circunstâncias, a vedação à progressão de regime ao estrangeiro fere o princípio da isonomia consagrado na Constituição Federal, devendo aquele receber tratamento igual ao nacional.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. POSSIBILIDADE. DECRETO DE EXPULSÃO. NÃO IMPEDITIVO. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena.
>
> 2. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a fastar o correspectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. Precedentes.
>
> 3. O decreto de expulsão existente não impede o deferimento da benesse, pois as autoridades administrativas podem efetivá-lo após o cumprimento integral da reprimenda, ou mesmo antes (artigo 67 da Lei n.º 6.815/80).

4. Orientando-se em entendimento contrário, estar-se-ia a conceber que a esfera penal se pautasse unicamente no decretado em âmbito administrativo.

5. Ordem concedida, ratificada a liminar, para afastar o óbice consistente na condição de estrangeiro para o fim de se obter o livramento condicional.

(HC 186.490/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 13/02/2012)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO. REGIME ABERTO.

ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. AUSÊNCIA DE PROCESSO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.

1. "A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório" (HC 94.016, 2.ª Turma, Rel. Min.

CELSO DE MELLO, DJe de 26/02/2009). Precedentes.

2. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo a decisão de 1.º grau que deferiu ao Paciente a progressão para o regime aberto, com comunicação à autoridade competente - Ministro da Justiça -, sobre a situação irregular do Paciente no país.

(HC 204.689/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 03/11/2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDIÇÃO DE ESTRANGEIRA COM DECRETO DE EXPULSÃO EXPEDIDO, O QUE NÃO IMPEDE A CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME E DE LIVRAMENTO CONDICIONAL.

1. A condição de estrangeira com decreto de expulsão expedido não constitui óbice ao indeferimento da progressão prisional e do livramento condicional, já que a efetivação da expulsão poderá ser realizada após o cumprimento da pena, ou em momento anterior, nos termos do art. 67 do Estatuto do Estrangeiro. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 229.244/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 22/11/2012)

Em linhas gerais, havendo decreto de expulsão em face do sentenciado, entende-se que o reeducando deverá cumprir toda sua reprimenda antes da efetivação da expulsão ou à liberação pelo Poder Judiciário.

Muito se discute acerca de eventual conflito existente entre a progressão de regime e a existência de procedimento de expulsão em trâmite ou mesmo do respectivo decreto.

Sucede que o decreto de expulsão, em regra, acaba por facultar a efetivação da medida de expulsão ao cumprimento da pena ou à liberação pelo Poder Judiciário.

Logo, nada impede que o Poder Judiciário efetive a expulsão da agravada estrangeira antes do cumprimento da reprimenda imposta, padecendo de flagrante inconstitucionalidade a decisão que condiciona o decreto de expulsão ao cumprimento integral da pena no regime fechado.

Importa transcrever excerto dos elucidativos fundamentos extraídos do voto da lavra do Ministro Cezar Peluso, no HC 97.147, de 04/08/2009:

> Resta afastar o óbice que a apontada jurisprudência vincula à pendência de procedimento de expulsão, o qual, doutro modo, segundo o entendimento pretoriano dominante, se frustraria. E não é custoso afastá-lo.
>
> À uma, porque é do Poder Executivo a prerrogativa de decidir o momento em que, por conveniência do interesse nacional, a expulsão deva efetiva-se, independentemente da existência de processo ou condenação (art. 67 do Estatuto do Estrangeiro). De modo que, se o não fez até agora, essa autoridade, é porque julgou adequado que o cumprimento da pena ocorra integralmente em território nacional. E, julgando-o assim, não pode subtrair ao condenado estrangeiro nenhum dos seus direitos constitucionais, que abrangem o da individualização da pena. Entre nós, qualquer pessoa tem direito à progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP. A só condição de estrangeiro não lhe retira a possibilidade de reinserção na sociedade.
>
> A duas, o próprio Poder Executivo previu a possibilidade de cumprimento de pena em regime mais benéfico. É que fez constar do Decreto nº 98.961/90, que que trata da expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes, a seguinte regra:
>
> art. 4.º Nos casos em que o Juízo de Execução conceder ao estrangeiro, de que trata este Decreto, regime penal mais benigno do que aquele fixado na decisão condenatória, caberá ao Ministério da Justiça requerer ao Ministério Público providências para que seja restabelecida a autoridade da sentença transitada em julgado.
>
> Não obstante sua redação pouco técnica, da norma resulta claro possa ser concedido regime mais benéfico e, se o entender inadmissível ou impróprio, o Ministério da Justiça pode requerer ao Ministério Público que lhe restabeleça a regressão. Não há, pois, proibição teórica, ou *a priori*.

Portanto, tem-se que, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, a serem verificados pelo juízo da execução, deve-se conceder à paciente a progressão de regime, inexistindo óbice a sua condição de estrangeira.

À vista do exposto, e contra o parecer, **concede-se a ordem** para determinar-se, de acordo com o preenchimento das condições, a progressão de regime ou livramento condicional à paciente.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Malgrado a lei penal e de execução penal prevejam diversos benefícios aos condenados no sentido de encurtar o cumprimento efetivo da reprimenda, por outro lado, o legislador impõe determinadas condições para a fruição dessas benesses, exigindo garantias mínimas.

A título ilustrativo, a progressão de regime engloba o merecimento do sentenciado; já o livramento condicional, dentre outras condições, requer vocação laboral.

Ora, sendo assim, é óbvio que o estrangeiro em situação irregular no país, tal qual a paciente – de nacionalidade boliviana, condenada pela prática dos crimes previstos nos artigos 171, "*caput*", 297 e 304, todos do Código Penal – fica inviabilizado de prestar junto ao Estado brasileiro os compromissos inerentes à flexibilização das condições carcerárias, pois as vedações laborais decorrem do art. 95 e seguintes, do Estatuto do Estrangeiro.

Como conciliar a expulsão com as condicionantes estabelecidas pelo juízo da execução? Impossível!

Destarte, não existe o tratamento discriminatório porque, a toda evidência, a situação do estrangeiro irregular que aqui executa pena não pode ser equiparada à do preso brasileiro.

Sobre o assunto, leciona a doutrina:

> "Tratamentos diferenciados podem estar em plena consonância com a Constituição. É que a igualdade implica o tratamento desigual das situações de vida desiguais, na medida de sua desigualação. Aliás, trata-se de exigência contida no próprio princípio da Justiça. O elemento discriminador erigido como causa da desequiparação deve estar predisposto ao alcance de uma finalidade. Esta, por sua vez, deve corresponder a exatamente a algum objetivo encampado pelo Direito, seja expressa, seja implicitamente." [1]

Outrossim, o sacrifício diferenciado da liberdade, no caso concreto, é exigível e atende aos reclamos da proporcionalidade, visto que a concessão dos benefícios almejados em favor da paciente fatalmente implicaria em total renúncia ao poder punitivo do Estado, desprestigiando o direito coletivo à segurança pública.

A verdade é que, concedendo-se a liberdade condicional à agravante o que se está fazendo é beneficiando o estrangeiro irregular em detrimento do nacional.

A comarca de Corumbá dista parcos quilômetro da República da Bolívia, distância esta vencida em poucos minutos, diariamente, por centenas de pessoas, que cruzam a fronteira – praticamente sem qualquer controle – em ambos os sentidos.

Estivesse a agravada em situação regular, poder-se-ia cogitar da hipótese de livramento condicional, na expectativa do interesse pessoal da parte em permanecer em território brasileiro e, então, cumprir as exigências legais. Fato é que, ao contrário, tão logo seja liberada a nacional boliviana em situação ilegalidade voltará, como é natural, ao seu Estado de origem, frustrando qualquer direito pátrio na execução da pena.

Transformando em miúdos, para que dúvidas não restem.

O estrangeiro ilegal no Brasil será sempre beneficiado pelo cumprimento apenas de parte da pena imposta, ao contrário do brasileiro e daquele regular que sofra qualquer penalização.

É o inverso da lógica. A macunaíma mais brasileira das farsas penais.

Com efeito, considerando-se que as condutas praticadas pela paciente são graves, é impossível abrir mão do direito de punir.

Ante o exposto, **nego concessão** ao ***HABEAS CORPUS*** manejado em favor de recurso **CÉLIA CHOQUE FERNANDEZ**.

1 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 525.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º vogal)

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. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000968-77.2011.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTATUTO DO DESARMAMENTO – POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO PROVIDO.

A simples posse de munição, sem chance de uso em arma qualquer, não configura crime, pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 29 de novembro de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Diego de Souza Gonçalves interpôs apelação (f. 139-152) contra a sentença (f. 79-81) proferida pelo **Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Rio Brilhante**, nos autos da ação penal n. 0000968-77.2011.8.12.0020, movida pelo **Ministério Público Estadual**, que o condenou à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 30 dias-multa, no valor mínimo unitário legal, pela prática da conduta tipificada no artigo 12 da Lei 10.826/2003 (posse irregular de munição de uso permitido).

Alega, em resumo, que: **a)** o fato de as munições terem sido encontradas em sua residência não resulta que aquelas sejam suas, e não há prova de que pretendia comercializá-las; **b)** a pena é excessiva; **c)** o regime prisional deve ser abrandado; **d)** faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões pugnando pela preservação da sentença.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

É apelação (f. 139-152) interposta por **Diego de Souza Gonçalves** contra a sentença (f. 79-81) proferida pelo **Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Rio Brilhante**, nos autos da ação penal

n. 00000968-77.2011.8.12.0020, movida pelo **Ministério Público Estadual**, que o condenou à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 30 dias-multa, no valor mínimo unitário legal, pela prática da conduta tipificada no artigo 12 da Lei 10.826/2003 (posse irregular de munição de uso permitido).

Num breve resumo, o réu foi denunciado com base nas seguintes asserções:

> "Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 11 de abril de 2011, por volta das 09h00min, na residência localizada na Rua São Luiz de Cáceres, nº 1.246, nesta cidade, o denunciado possuía em sua residência munições de arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
>
> Conforme apurado, na data dos fatos, os Policiais Militares compareceram na residência do denunciado, onde vivia com sua família, em razão de cumprimento de mandado de Busca e Apreensão (autos n. 020.11.000796-4). Durante as buscas, foi encontrado junto ao tanque de lavar roupas, no interior de um invólucro de plástico, seis munições intactas, calibre 38. Ainda foi encontrada sobre o armário da cozinha uma munição intacta, calibre 38. Essas munições são do mesmo calibre da arma usada pelo denunciado no crime de homicídio praticado apurado nos autos n. 020.11.000796-4."

Encerrada a fase instrutória, sobreveio a sentença de procedência da pretensão punitiva estatal, condenando o réu à pena alhures referida.

Contra a sentença recorreu apenas o acusado, alegando, em suma, que: **a)** o fato de as munições terem sido encontradas em sua residência não resulta que aquelas sejam suas, e não há prova de que pretendia comercializá-las; **b)** a pena é excessiva; **c)** o regime prisional deve ser abrandado; **d)** faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Inicialmente, anoto que, a despeito do teor dos argumentos contidos nas razões de apelação, a conduta imputada ao réu é atípica, o que pode e deve ser reconhecido de ofício.

Calha lembrar, nesse passo, que a apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela (cf. Súmula 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante (cf. STF - HC 76156, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 31/03/1998).

Na hipótese, imputou-se ao réu a conduta prevista no artigo 12 da Lei 10.826/2003 porque, no dia 11 de abril de 2011 foram encontradas sete duas munições de uso permitido, calibre 38, na residência do respectivo genitor, não se localizando, naquele local, armamento apto a deflagrá-las, donde inimaginável qualquer hipótese de efetiva utilização da munição para causar risco ou dano à integridade física de *outrem*.

À guisa de ilustração, colaciono os seguintes precedentes desta Corte:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO - INEXISTÊNCIA DE INSTRUMENTO DETONADOR - CONDUTA QUE NÃO GERA PERIGO À SOCIEDADE – ATIPICIDADE - PRINCIPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - RECURSO PROVIDO. Portar ou guardar cartuchos de arma de fogo, não destinados ao comercio ou trafico ilegal e desprovidos de instrumento detonador, não caracteriza a conduta incriminada no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, devido

a ausência de perigo concreto de dano ao interesse jurídico tutelado." (TJMS. Apelação Criminal - N. 2010.022247-0. Relator Des. Manoel Mendes Carli. Relator Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. 2.ª Turma Criminal. J. 08/11/2010)

"HABEAS CORPUS – PORTE MUNIÇÃO - PRISÃO EM FLAGRANTE – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE DA CONDUTA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ORDEM CONCEDIDA. Trazer consigo ou transportar munição sem disponibilidade de uma arma de fogo não é conduta que lese concretamente o bem jurídico tutelado, qual seja, a incolumidade pública, faltando justa causa para a ação penal." (TJMS. Habeas Corpus - N. 2010.010725-7. Relator Des. Romero Osme Dias Lopes. 2.ª Turma Criminal. J. 10.5.2010)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul já exarou o seguinte:

"PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. O simples porte de munição, sem chance de uso em arma qualquer, não configura crime, pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade. O Direito não é pura forma, competindo ao julgador atentar para aspectos outros que não a mera literalidade da norma. Até os mais ingênuos já perderam a ilusão de que é possível ler sem interpretar; e interpretar o Direito, inevitavelmente, também é criar o Direito. O legislador não tem carta branca para criminalizar condutas sem qualquer lesividade social, ao avesso da principiologia constitucional e da Teoria do Delito consagrada no Direito Penal contemporâneo. Negaram provimento ao apelo ministerial (unânime)." (Apel. Crim. nº 70011545696, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 08.06.2005)

Deste último precedente colhe-se a seguinte lição de Luiz Flávio Gomes:

"O STF (1ª Turma), desde 25 de maio de 2004, no ROHC 81.057-SP, firmou posição no sentido de que arma desmuniciada (e sem chance de ser municiada rapidamente) não constitui o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo. A jurisprudência assentada pelos tribunais brasileiros, antes, era no sentido contrário (cf.: STJ, HC 14.747, Gilson Dipp, DJU de 19.03.01, p. 127). Esse entendimento assim como os votos dos Ministros Ellen Gracie e Ilmar Galvão (no referido ROHC 81.057-SP) tinham como fundamento a natureza abstrata do perigo incriminado pelo legislador.

Isso tudo perdeu validade dentro do moderno Direito penal, guiado pelo princípio da ofensividade (cf. GOMES, Luiz Flávio, Princípio da ofensividade no Direito penal, São Paulo: RT, 2002). Todo tipo penal fundado literalmente em perigo abstrato deve ser interpretado e adequado à visão constitucional do Direito penal (assim: Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, que foram votos vencedores).

Arma desmuniciada e, ademais, sem nenhuma possibilidade de sê-lo, não ostenta nenhuma potencialidade lesiva, porque não é apta para efetuar disparos. O Min. Sepúlveda Pertence, com o costumeiro acerto, foi ao cerne da questão: se a arma está desmuniciada não conta com potencialidade lesiva, logo, não é arma de fogo. Falta o objeto material do delito (sobre o qual recai a conduta do agente). Arma desmuniciada é arma, porém, não é fogo. E o que a lei incrimina (no Estatuto do Desarmamento) é a arma de fogo.

O equívoco, que estava presente no voto da Min. Ellen Gracie, vem espelhado na confusão que se fez entre potencialidade lesiva e poder de intimidação. Não há dúvida que arma desmuniciada tem poder intimidativo e quando usada para ameaçar pessoas constitui o crime de ameaça, de roubo etc. Quando o ladrão aponta uma arma, num roubo, a vítima não pergunta se a arma está ou não municiada. Por isso que seu uso

> configura o roubo. Mas uma coisa é a arma usada como instrumento de um crime (de um roubo, por exemplo), outra distinta é a arma como objeto material do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo.
>
> Poder de intimidação também têm a arma de brinquedo, a arma inapta, a arma quebrada, a arma de sabão ou qualquer outro instrumento lesivo (real ou fictício). A criminalização da arma de fogo, considerada em si mesma, entretanto, não tem como fundamento esse poder de intimidação (fundado nas teorias subjetivistas, que alimentam o danoso Präventionstrafrecht), senão a sua potencialidade lesiva concreta (teorias objetivistas, que demarcam o Verletzstrafrecht).
>
> A conduta, para criar um risco proibido relevante, nos termos da incriminação contemplada no Estatuto do Desarmamento, deve reunir duas condições: (a) danosidade efetiva da arma, leia-se, do objeto material do delito (potencialidade lesiva concreta) e (b) disponibilidade (possibilidade de uso imediato e segundo sua específica finalidade). O resultado da soma dessas duas categorias (ou exigências) nos dá a idéia exata da ofensa típica a um bem jurídico supraindividual (certo nível de segurança coletiva) ou, mediatamente, aos bens individuais (vida, integridade física etc.).
>
> O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade desse objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica. Nos chamados "crimes de posse" é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniciada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma.
>
> **Exatamente nesse mesmo sentido acha-se a munição desarmada (leia-se: munição isolada, sem chance de uso por uma arma de fogo) assim como a posse de acessórios de uma arma. Não contam com nenhuma danosidade real. São objetos (em si mesmos considerados) absolutamente inidôneos para configurar qualquer delito. Todas essas condutas acham-se formalmente previstas na lei (Estatuto do Desarmamento), mas materialmente não configuram nenhum delito. Qualquer interpretação em sentido contrário constitui, segundo nosso juízo, grave ofensa à liberdade e ao Direito penal constitucionalmente enfocado.** (GOMES. Luiz Flávio. Arma desmuniciada versus Munição desarmada. 2004. Disponível em: <http://www.portalielf.com.br>. Acesso em: 05 jul. 2004, grifo nosso)."

Com todo o respeito, a dispensa de dano efetivo ou perigo de dano (concreto ou abstrato) a *outrem* não se coaduna com a teoria do delito e a faceta atual da ciência penal.

O Direito Penal é a *ultima ratio* da intervenção estatal, não devendo intervir em condutas desprovidas de efetiva lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado, em obséquio ao princípio da lesividade.

Bem por isso que **Nilo Batista** e **Eugenio Raúl Zaffaroni** advertem para a impropriedade da construção doutrinária do "dano normativo", presumido pela norma:

> "No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da lesividade, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio [...] O delito sempre implica uma lesão: não reconhecer que essa lesão é aquela sofrida pela vítima significa, automaticamente, transferir a lesão para um titular

> alternativo, que em geral é o estado [...] A legislação contemporânea tende também a minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado perigo abstrato e além disso, na sociedade de risco da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da vítima, ser ela suprimida, mediante o uso perverso dos interesses difusos e dos delitos de perigo comum. Por isso, para preservar o princípio do alterum non laedere de Aristóteles e Ulpiano, é necessário precisar – quiçá um pouco exageradamente – que bens jurídicos são só aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso." (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et ali. Direito Penal Brasileiro. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 226, 228 e 229)

O fato de o crime ser de mera conduta não pode ter o condão de dispensar o dano ou o perigo concreto de dano, sob pena de banalizar a aplicação do Direito Penal.

A mera posse de munição, mormente em casos como este, quando se trata de pequena quantidade, e sem a possibilidade de ser utilizada, pois não foi apreendida arma de fogo, não caracteriza o tipo penal em comento, ante a ausência de ofensividade jurídica.

Aliás, não seria razoável punir a posse de apenas sete projéteis.

Ademais, as munições foram apreendidas intactas e não foram testadas para que se constatasse acerca da aptidão ao fim que se destinam. Assim, indemonstrado o potencial lesivo, impõe-se a absolvição (*in dubio pro reo*).

Ante o exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para, de ofício, com fulcro no art. 386, III, do CPP, absolver o apelante da acusação de posse ilegal de munição de uso permitido, fato ocorrido no dia 11 de abril de 2011.

Decisão contrária ao parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Revisor)

De acordo com o relator.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (Vogal)

Muito embora acompanhe o e. relator no tocante à absolvição, esclareço que o faço em razão da ausência de provas e não em razão da atipicidade da conduta.

Com efeito, a conduta de possuir constitui fato típico, pois os projéteis poderiam ser acoplados à arma de fogo a qualquer momento, representando eminente perigo às pessoas que se encontravam no entorno, razão pela qual não falar em atipicidade da conduta.

A suposta atipicidade da posse de munição, crime introduzido no ordenamento jurídico com o Estatuto do Desarmamento, já foi objeto de análise na doutrina, que a respeito leciona:

> "Parece-nos correta a postura do legislador. Quer-se, no Brasil, efetivar o controle estatal de armas de fogo em geral, contando, para tanto, com os acessórios – igualmente perigosos – bem como levando-se em conta a munição – sem a qual a arma de fogo é inútil. [...] Logo, não vemos infringência a nenhum princípio penal, mormente o da proporcionalidade, devendo o magistrado, por ocasião da individualização da pena, levando em conta o disposto no art. 59, do Código Penal, fixar a pena-base para mais ou para menos [...]" [1]

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas,* São Paulo: RT, 2007, p. 82.

O Direito Penal pátrio alberga os chamados crimes de perigo abstrato, tal qual o aqui discutido, já que, *"para proteger direitos fundamentais do homem como a vida, o legislador antecipa a punição a fatos que, de acordo com a experiência, conduzem à lesão de bens de valor supremo. Pretende a norma reduzir a criminalidade contra a pessoa e o patrimônio, crescente em face da facilidade de aquisição, porte etc. de armas de fogo. O legislador deseja prevenir a prática de homicídios, lesões corporais, roubos violentos, etc, criando empecilhos à aquisição, produção e venda ilegais de armas e munições."* [2]

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso interposto por **DIEGO DE SOUZA GONÇALVES** para absolvê-lo com fulcro no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

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. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 29 de novembro de 2012.

***

2 JESUS, Damásio de. *Direito Penal do desarmamento*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44.

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0042603-61.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – POSSE DE ARMA DE FOGO – PROVA ILÍCITA – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

O flagrante delito justifica a violação do domicílio, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, mas a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou ciência anterior do delito não justifica o flagrante que só ocorreu após o vilipêndio de garantia fundamental constitucionalmente assegurada.

É escorreita a rejeição da denúncia que se baseou em prova ilícita e, portanto, imprestável.

Recurso não provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O **Ministério Público Estadual** interpôs *Recurso em Sentido Estrito* contra a sentença prolatada pelo Juiz da 5ª Vara Criminal desta Capital, que acolheu a preliminar de nulidade apresentada na resposta à acusação para rejeitar a denúncia que havia sido ofertada em desfavor de **Paulo Nascimento da Silva,** acusado da prática, em tese, do delito previsto no art. 12, *caput*, da Lei 10.826/03, posse irregular de arma de fogo de uso permitido, cuja apreensão teria decorrido de violação não autorizada de domicílio, ocasionando a imprestabilidade de toda prova produzida na Ação Penal, que careceria de justa causa.

Resumidamente, em suas razões recursais, bate-se o *parquet* pela legalidade da diligência em que foi encontrada e apreendida a arma, alegando que, por se tratar de crime permanente, a flagrância protrai-se no tempo enquanto há a posse de objeto previsto no tipo penal, não havendo falar, dessa maneira, em nulidade do conjunto probatório colhido sob o permissivo do art. 5º, XI, da Constituição Federal, o qual autoriza a entrada no domicílio, sem mandado judicial e sem consentimento do morador, na hipótese de flagrante delito.

Aponta, ademais, que o recorrido estava foragido do sistema carcerário, de modo que a busca por evidências de outras condutas criminosas, quando de sua recaptura, era a medida mais apropriada, tanto que foi constatada nova prática de crime.

Assim, pede o provimento para que a sentença seja reformada e a denúncia recebida nos termos em que foi proferida.

Contrarrazões (p. 121-132) pela manutenção do *decisum* objurgado.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às p. 136-139, opina pelo provimento do recurso ministerial e elabora pedido de manifestação expressa sobre dispositivos que entende violados, para fins de prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Cuida-se de *Recurso em Sentido Estrito* interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença prolatada pelo Juiz da 5ª Vara Criminal desta Capital, que acolheu a preliminar de nulidade apresentada na resposta à acusação para rejeitar a denúncia que havia sido ofertada em desfavor de **Paulo Nascimento da Silva.**

A exordial acusatória (p. 1-5) descreve que investigadores de polícia monitoravam a residência do recorrido para recapturá-lo à Colônia Penal Agrícola, de onde este estava foragido.

> "No momento em que apareceu na frente do imóvel, o denunciado foi abordado pelos investigadores e informado que estava preso em razão de sua evasão do sistema prisional.
>
> Para checar eventual envolvimento do denunciado com outros crimes procedeu-se à vistoria do imóvel em que ele residia, onde foi encontrado um revólver calibre 38, municiado, sem registro e sem autorização [...]" (destaquei)

A denúncia foi recebida, seguindo-se a citação do acusado e a apresentação de resposta à acusação, no qual se ventilou preliminar de nulidade das provas produzidas nos autos, porquanto obtida mediante flagrante violação ao domicílio do então réu, alegação essa acolhida pelo magistrado singular que, em reconsideração, rejeitou a denúncia por ausência de justa causa para a persecução penal (p. 100-103), nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público Estadual manejou o presente recurso, objetivando a reforma da sentença e o recebimento da denúncia, sob o argumento de que, por se tratar de crime permanente, a flagrância protrai-se no tempo enquanto há a posse do objeto previsto no tipo penal, sendo incorreto falar, dessa maneira, em nulidade do conjunto probatório colhido sob o permissivo do art. 5º, XI, da Constituição Federal, o qual autoriza a entrada no domicílio, sem mandado judicial e sem permissão do morador, na hipótese de flagrante delito.

Ressalta, ademais, que o recorrido estava foragido do sistema carcerário, de modo que a busca por evidências de outras condutas criminosas, quando de sua recaptura, era a medida mais apropriada, tanto que foi constatada nova prática de crime.

Contrarrazões (p. 121-132) pela manutenção do *decisum* objurgado.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às p. 136-139, opina pelo provimento do recurso ministerial e elabora pedido de manifestação expressa sobre dispositivos que entende violados, para fins de prequestionamento.

A insurgência não merece prosperar, pois parte de lógica equivocada.

O Ministério Público ataca a sentença alicerçando-se na tese de que, por se tratar de crime permanente, o estado de flagrância se manteve enquanto o acusado possuía a arma em sua residência, logo, os investigadores poderiam nela adentrar, sem mandado ou autorização, para legitimamente efetuar a apreensão do artefato, mesmo que dele não tivessem, antes de adentrar o imóvel, conhecimento ou suspeita de existir.

Ora, o flagrante delito justifica a violação do domicílio, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, mas a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou ciência anterior do delito não justifica o flagrante que só ocorreu após o vilipêndio de garantia fundamental constitucionalmente assegurada, restando a prova de materialidade, neste último caso, eivada de ilicitude.

A diferença parece sutil, mas só porque algumas pessoas não costumam emprestar à inviolabilidade do domicílio ou da intimidade o mesmo valor que dão ao direito à vida ou à integridade física, embora todas sejam garantias fundamentais, constitucionalmente asseguradas.

Veja-se que ninguém duvidaria da ilicitude da prova se, *in casu*, ao invés da violação da residência do recorrido, fosse dito que a arma só foi descoberta após a realização de tortura.

Pergunta-se: a flagrância não existe em ambas as situações? Sim! seria a resposta decorrente de um raciocínio lógico formal - *o crime é permanente*. Porém, da mesma forma que não se admite a tortura como prova lícita, ainda que presente a situação do art. 303 do CPP, a violação do domicílio também não pode o ser, sob pena se subverter toda a lógica das garantias constitucionais, incorrendo em verdadeiras teratologias.

Sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da preliminar da paradigmática Ação Penal n. 307-3 – DF, eloquentemente assentou que:

> "[...] ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. [...] A prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, 'por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade [...]' (Ada Pellegrini Grinover, Novas tendências do direito processual, Forense Universitária, p. 62)'. [...] A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica". (Ação Penal 307-3, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 162/03-340).

O Ministro Gilmar Mendes, recuperando as lições de Canotilho, lembra-nos que *"a vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados"*. (*in* Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva 2008).

Superadas as digressões, tenho por acertada a solução dada a controvérsia pelo magistrado singular, o qual bem ponderou que, *"de fato, conforme aduzido pelo representante do Ministério Público, trata-se o crime em questão de crime permanente, o qual, doutrina e jurisprudência majoritárias entendem pela imprescindibilidade de ordem judicial para a busca domiciliar, posição esta no entender deste juízo correta, mas apenas quando haja no mínimo alguma suspeita do cometimento de um crime pelo morador. Agora, admitir que policiais invadam a residência de uma pessoa, sem qualquer suspeita, para o fito de 'checar' um crime permanente do qual nem sequer cogitava é um abuso flagrante, é dizer que qualquer policial tem poder de invadir a residência de qualquer pessoa, a qualquer momento, sem mandado e sem suspeita. É ignorar o que a Constituição Federal assegura como direito fundamental do cidadão"*.

Tal entedimento, aliás, está em consonância com o do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 95009/SP, de Relatoria do Min. Eros Grau. Vejamos:

> " [...] AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. [...]" (HC 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640)

A ilegalidade, portanto, continua o magistrado, exsurge do fato de que "*a arma foi encontrada casualmente, como resultado de uma diligência realizada sem a devida autorização judicial. Note-se que em nenhum momento, em seus depoimentos, os policiais afirmaram que haviam recebido denúncias de que o acusado guardava em sua residência arma ou outro objeto que comprovasse a prática de delito diverso e muito menos que o acusado tenha autorizado as suas entradas (v. p. 9/10 e 12/13). Ou seja, não havia nenhuma suspeita pairando sobre o réu. Era o mesmo evadido do sistema penal, o que por si só não gera a presunção de que estaria cometendo algum ilícito. Foi, pois, uma invasão aleatória, sem nenhum critério"*.

Aponta, ainda, que *"em consulta ao sistema computacional (SAJ), verifica-se que os referidos policiais, no momento da prisão do acusado, nem de posse do mandado de prisão expedido pela Vara de Execução Penal estavam (v. autos n.º 0002170-93.2004.8.12.0001). E ainda que os investigadores estivessem de posse do referido mandado, em tendo o cumprido do lado de fora da residência, jamais poderiam ter adentrado nesta, em especial porque a decisão prolatada pelo magistrado da Vara de Execução Penal apenas decretou a prisão do mesmo, pura e simplesmente. Em nenhum momento determinou a realização de busca na residência do réu (v. autos 0002170-93.2004.8.12.0001)"*, de modo que *"a prova está maculada, porquanto produzida sem a devida autorização judicial, sem a indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da busca no domicílio do réu; muito pelo contrário, a moradia do mesmo foi invadida de forma arbitrária, após a sua prisão, ressalte-se, do lado de fora da sua residência, em clara violação aos arts. 5.º, XII, da Constituição Federal e 243 do Código de Processo Penal, sendo, pois, imprestável"*

Logo, sob a ótica Constitucional de um Estado Democrático e de um consequente Direito Penal garantista, em sendo a prova ilícita, a sentença deve ser mantida incólume, pois, de fato, inexiste a justa causa para a persecução penal, autorizando a rejeição da denúncia nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, o quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público, mantendo incólume a rejeição da denúncia ofertada em desfavor de **Paulo Nascimento da Silva.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 04 de fevereiro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 0605064-15.2012.8.12.0000 - Maracaju
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – DECRETO PRISIONAL FUNDADO EM ARGUMENTOS GENÉRICOS – ORDEM CONCEDIDA.

A prisão preventiva deve guardar relação direta com fatos concretos que a justifiquem, avultando-se ilegal o decreto prisional lastreado em fundamentos genéricos que serviriam para qualquer acusado em qualquer processo criminal.

Não se admite, sob império da Constituição Federal de 1988, a custódia cautelar quando vazada em termos lacônicos, sem amparo em fatos concretos ou arrimada em argumentos abstratos alusivos à garantia da ordem pública.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 14 de janeiro de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O advogado **Aureo Souza Soares** impetrou *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **Alan Pereira**, apontando como autoridade coatora o **Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Maracaju** (MS).

Alega, em resumo, que: a) o paciente foi preso em 19.11.2012 por suposta prática do crime de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes; b) a prisão em flagrante foi convertida em preventiva; c) o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, pois a decisão não apontou de forma concreta a necessidade da segregação cautelar; d) não há materialidade ou indícios de autoria, pois a vítima não identificou o paciente como autor do delito; e) a conversão da prisão em flagrante em preventiva ocorreu sem exame do pedido de liberdade provisória; f) o paciente ostenta condições subjetivas favoráveis.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O advogado **Aureo Souza Soares** impetrou *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **Alan Pereira**, apontando como autoridade coatora o **Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Maracaju** (MS).

Alega, em resumo, que: a) o paciente foi preso em 19.11.2012 por suposta prática do crime de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes; b) a prisão em flagrante foi convertida em preventiva; c) o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, pois a decisão não apontou de forma concreta a necessidade da segregação cautelar; d) não há materialidade ou indícios de autoria, pois a vítima não identificou o paciente como autor do delito; e) a conversão da prisão em flagrante em preventiva ocorreu sem exame do pedido de liberdade provisória; f) o paciente ostenta condições subjetivas favoráveis.

A ordem deve ser concedida, pois o decreto de prisão preventiva realmente carece de fundamentação idônea.

Referida decisão foi proferida com base nos seguintes fundamentos:

> "Ao manusear os autos denoto se fazer necessária a prisão preventiva do réu, pois estão preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a saber: a garantia da ordem pública, que tem a finalidade de acautelar a sociedade e assegurar a credibilidade da justiça.
>
> Nesse passo, colaciono a prestigiosa lição acerca da garantia da ordem pública:
>
> 'O conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa'. (Mirabete, Comentários ao art. 312 do Cód. de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., p. 690).
>
> Na mesma trilha caminha a Jurisprudência:
>
> 'A grande comoção que o crime, com suas graves e altamente reprováveis circunstâncias, causa na comunidade, enseja a segregação cautelar para garantia da ordem pública, ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes' (STJ RSTJ 104/429).
>
> E, mais:
>
> ROUBO QUALIFICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM DENEGADA. -. Se de um lado a gravidade do delito, por si só, não determina a prisão preventiva do acusado, por outro, não pode ser de todo desconsiderada, pois a conduta, quando evidencia a periculosidade do agente envolvido, recomenda e autoriza a custódia provisória, como medida de resguardo da ordem pública, em cujo conceito não se compreende apenas a prevenção da reprodução de fatos criminosos, mas também o acautelamento do meio social e a própria credibilidade da Justiça. (TJMG; HC 0412897-75.2011.8.13.0000; Juiz de Fora; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Antonino Baía Borges; Julg. 28/07/2011; DJEMG 11/08/2011).
>
> HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COMO FORMA DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. Crime grave e praticado de forma audaciosa. Necessidade da prisão. Presentes os requisitos

> autorizadores da medida. Insuficiência de qualquer outra medida cautelar prevista na nova Lei. Processo com andamento regular. Excesso de prazo não comprovado. Denegação da ordem. Decisão unânime. (TJSE; HC 2011310275; Ac. 10387/2011; Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Antônio Araújo Mendonça; DJSE 11/08/2011; Pág. 17).
>
> Ainda, não é só a ordem pública que deve ser preservada, mas também, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, porquanto uma vez mantida a prisão do réu, a vítima e as testemunhas terão mais liberdade para dizer o que realmente sabem sobre o caso e, por consequência, a segregação assegurará a aplicação da lei penal. Neste sentido:
>
> HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS. IRRELEVANTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. Somente será cerceada a liberdade de locomoção de uma pessoa, sem que ofenda a Constituição Federal, quando estiverem presentes os pressupostos (materialidade comprovada e fortes indícios de autoria) da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP, combinado com ao menos um de seus fundamentos (garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da Lei Penal), bem como presentes a materialidade e os indícios de autoria, crime em tese possui pena máxima superior a quatro anos (art. 313, inciso I, do CPP), devendo a prisão processual ser mantida a fim de se garantir a ordem pública. Quando foi feita consulta ao Sigo, a polícia verificou que já existência mandado de prisão em aberto em face do paciente. (TJMS; HC 2012.003911-8/0000-00; Campo Grande; Primeira Câmaracriminal; Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa; DJEMS 16/03/2012; Pág. 45).
>
> *Ex positis*, para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal e, por estar, provada a existência de crime e indícios suficientes de autoria, decreto a prisão preventiva do réu Alan Pereira, nos termos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal."

O pedido de liberdade provisória foi indeferido com arrimo nas seguintes razões: *"Deixo de analisar o pedido de liberdade provisória, pois a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva (autos em apenso), de modo que este perdeu o objeto".*

Como visto, o decreto prisional está lastreado, tão somente, em fundamentos genéricos que serviriam para qualquer acusado em qualquer processo criminal. Não há, na hipótese, nenhuma menção ao delito supostamente perpetrado pelo réu ou indicação concreta da necessidade da segregação cautelar.

Os Cortes Superiores têm exarado reiteradamente que o decreto de prisão preventiva há que fundar-se em elementos fáticos concretos, suficientes a demonstrar a necessidade da medida constritiva. A segregação cautelar deve guardar relação direta com fatos concretos que a justifiquem, sob pena de mostrar-se ilegal.

Não se admite, sob império da Constituição Federal de 1988, a custódia cautelar quando vazada em termos lacônicos, sem amparo em fatos concretos ou arrimada em argumentos abstratos alusivos à garantia da ordem pública (HC 90.387/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 87.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 90.063/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 88.114/PB, Rel. Min. Carlos Britto; HC 87.794/BA, Rel. Min. Marco Aurélio; e HC 91.181/SP, de Min. Ricardo Lewandowski).

Ademais, é necessário justificar, com base em elementos sólidos, que a soltura do réu pode ser prejudicial à conveniência da instrução criminal ou inviabilizar a aplicação da lei penal, não bastando a menção de que "*mantida a prisão do réu, a vítima e as testemunhas terão mais liberdade para dizer o que realmente sabem sobre o caso e, por consequência, a segregação assegurará a aplicação da lei penal"*, como consta da decisão invectivada.

Afora isso, no caso em tela observo que os indícios de participação do paciente no delito em tela são frágeis, tendo em conta o teor dos depoimentos colhidos pela autoridade policial.

Consoante já exarou o Superior Tribunal de Justiça, ***"sem indícios fortes de autoria, não deve ser indeferida a liberdade provisória, tanto mais que o paciente não registra antecedentes criminais"*** (HC 170.226/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado), Sexta Turma, julgado em 28/09/2010, DJe 08/11/2010).

Saliento, por fim, que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes e comprovou ter residência fixa e ocupação lícita.

Ante o exposto, contra o parecer, concedo a ordem para garantir a **Alan Pereira** o direito de responder ao processo em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecer a todos os atos processuais e de não mudar-se de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, sob pena de revogação da ordem concedida.

Expeça-se alvará de soltura.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 14 de janeiro de 2013.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



TJMS empossa administração do Biênio 2013/2014 - 01/02/2013



Três plenários lotados, além do saguão superior com telões e mais de 500 convidados, a posse da nova administração do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul foi realizada nesta sexta-feira (1º), no Palácio da Justiça Leão Neto do Carmo.

No biênio 2013/2014 responderão pelos rumos do Judiciário de MS o Des. Joenildo de Sousa Chaves, na Presidência; o Des. João Batista da Costa Marques, na Vice-Presidência; e a Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges, na Corregedoria-Geral de Justiça.

Os novos integrantes da administração foram saudados pelo Des. João Carlos Brandes Garcia, em nome do Tribunal de Justiça. Com uma fala concisa, demonstrando total confiança na diretoria que ora assume. "*Estamos absolutamente seguros de que darão continuidade à tarefa das administrações anteriores, pois são respeitáveis pessoas humanas, com títulos e experiência necessária para tal mister. São magistrados experientes e saberão enfrentar os desafios dos cargos para os quais foram eleitos*".

Em nome do Ministério Público, o procurador-geral de Justiça, Humberto de Matos Brittes, apontou que os rumos da justiça sul-mato-grossense serão comandados por magistrados de enorme capacidade jurídica, com plena consciência da delicadeza da função que assumem e de seus desafios.

"*Confio em sua experiência e sensibilidade, sabedoria para preservar o equilíbrio das relações. Encontrar a justa medida é o desafio que os altos cargos impõem na busca permanente por dias melhores. (...) Os julgadores são colunas mestras de uma sociedade democrática, fundamental em um judiciário célere e eficiente. Acreditamos no labor constante de homens e mulheres do Judiciário de Mato Grosso do Sul. Confiamos em seu bom senso e sua capacidade*", afirmou Brittes.

O presidente da OAB/MS, Júlio César Souza Rodrigues, fez um discurso longo e cheio de ponderações a respeito do relacionamento da justiça e da classe, contudo, desejou sucesso aos desembargadores que assumem novas funções. "*Minha presença nesta solenidade é mais que protocolar. É a reafirmação do respeito pelo judiciário, que é essência ao exercício da cidadania*".

Antes de passar a Presidência para Joenildo, o Des. Hildebrando Coelho Neto agradeceu o apoio recebido em sua gestão, nominando o vice-presidente e o corregedor, os juízes auxiliares, enfim, a todos que estiveram ao seu lado.

Muito aplaudido por sua fala simples e significativa, Hildebrando terminou seu mandato desejando as boas-vindas aos empossados. "*Aprendi que nada se faz sozinho. Quanto conhecimento adquiri nessa jornada. O administrador não pode se deter no cumprimento do dever. Gostaria de ter feito mais, mas saio com a sensação de dever cumprido. Aos que assumem desejo êxito. E lembrando as sábias palavras de Rubens Romanele: lembrai-vos de que o futuro depende do presente tanto quanto o fruto depende da semente. Muito obrigado*".

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Justiça de MS atua pela transformação social - 07/02/20013



A prática adotada pela Vara de Execução de Penas Alternativas de Campo Grande, respaldada pela Resolução nº 154 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária, tem mostrado efetivo resultado. Exemplo disso é a obra executada, em fase de finalização, da casa de triagem para internas recém-chegadas na Fazenda da Esperança, em Campo Grande.

A unidade da entidade oferece tratamento para mulheres dependentes químicas que, pelo período de 12 meses, são acolhidas pela casa com enfoque no tripé: convivência, trabalho e espiritualidade.

A obra é um dos projetos contemplados pela Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA), vinculada à 2ª Vara de Execução Penal (VEP), para o ano de 2012. A casa de triagem comportará 17 mulheres e tem em sua estrutura sala, cozinha, jardim de inverno, quatro apartamentos, além de um espaço voltado para o trabalho com a espiritualidade das internas. Elas chegam e permanecem ali por vontade própria e, quando saem, conforme uma delas pode relatar, "estão ressocializadas".

Toda a construção da casa de triagem, a maior obra custeada com os valores de penas pecuniárias, desde a alteração na forma de destinar os recursos arrecadados pela CEPA, ocorrida no final de 2009, foi feita com o repasse de R$ 348 mil, em três parcelas. A entrega está prevista para ser feita em dois meses.

A obra é exemplo do que se pode fazer com a gestão das penas pecuniárias, a partir de projetos encaminhados pelas entidades, tal como dispõe a Resolução do CNJ em âmbito nacional.

Além de proporcionar melhorias estruturais às entidades, o projeto também oportuniza trabalho a detentos que cumprem pena em regime semiaberto. Na casa de triagem existem três presos do Presídio da Gameleira trabalhando na construção.

O juiz titular da 2ª VEP, Albino Coimbra Neto, vê na ação uma forma de contribuir positivamente com a sociedade. "Com a destinação desses recursos, transformamos pequenos crimes em grandes projetos sociais", conclui.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Sistema de gravação de audiência vai acelerar prestação jurisdicional do Poder Judiciário de MS - 21/02/2013



Ouvir o depoimento das partes envolvidas, interpretar cada trecho e ditar para o analista o que deve ser escrito nos autos do processo, é uma prática que está com os dias contados. Até a metade do mês de maio, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul termina de implantar em todas as varas um novo sistema de gravação de audiências que irá agilizar substancialmente a prestação jurisdicional. Com o módulo Sofplan Poligraph, o juiz precisará apenas colher o depoimento, que será anexado ao processo em áudio e vídeo, para futuras consultas.

A ferramenta é dinâmica e, durante a audiência o assessor pode ir destacando trecho por meio de alguns cliques, criando um índice de acesso às falas que precisam ser localizadas com facilidade. No final da audiência o advogado pode solicitar uma cópia e já sai da vara com o conteúdo num pendrive, por exemplo, ou futuramente acessar tudo pelo Sistema de Automação da Justiça (SAJ). Este arquivo inicialmente fica armazenado fisicamente num servidor da comarca, que tem procedimentos automáticos para transferir para o servidor central do Tribunal de Justiça todo este conteúdo a noite.

Na prática o sistema vem sendo testado há dois anos, na Comarca de Bandeirantes e em algumas varas da capital. Segundo o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação, Alexandre Rosa Camy, os juízes aprovaram a ferramenta, o que justificou a abertura de um projeto que fez o levantamento necessário para a implantação em todas as varas. Os equipamentos necessários foram adquiridos no final do ano passado e agora, entre 25 de fevereiro e 18 de maio, chegam nas 54 comarcas do Estado. E a normatização do novo módulo será concluída e publicada nas próximas semanas.

Memória - Algumas tecnologias já foram utilizadas para resolver estas demandas nos procedimentos do Poder Judiciário. O mais eficiente até o momento era o serviço de degravação de audiência. Com este serviço, as audiências também passaram a ser gravadas em áudio que, posteriormente, eram encaminhados à empresa contratada para que fossem transcritos (degravados) manualmente por pessoas. Os textos então eram retornados à comarca de origem para serem adicionados aos processos. Esta prática revolucionou a forma de se realizar audiências, conseguindo até triplicar a quantidade de audiências realizadas em um determinado período.

No entanto, segundo Camy, este serviço possui uma séria desvantagem. Devido ao seu alto custo, ele foi contratado para ser utilizado apenas nas varas criminais do estado. Ainda assim, cada vara possui direito a apenas 3,5 horas de degravação por mês. Estas restrições impactam nas varas criminais que possuem maior demanda de utilização, assim como gera insatisfações nas demais varas que não podem fazer uso deste serviço.

Desenvolvimento - A implantação do processo eletrônico trouxe benefícios inquestionáveis ao PJMS em que podem ser destacados: o ganho de agilidade no andamento processual, padronização de procedimentos, redução da utilização de papel e diminuição da quantidade de servidores necessários para andamento de um cartório.

No entanto, apesar destes benefícios evidentes ainda existem pontos de gargalo que prejudicam o andamento processual, entre os quais a demora na execução das audiências.

Para dar solução a esta barreira, várias soluções foram pesquisadas. Testou-se um sistema computacional que processa os arquivos de áudio e automaticamente transcreve em texto. A tecnologia se mostrou inviável devido ao seu alto custo e alta margem de erro.

Optou-se então pela utilização de tecnologia que faz apenas a gravação de audiência, sem que haja a degravação. Assim, os envolvidos com o processo não tem mais acesso ao texto das audiências, mas apenas da gravação de vídeo e áudio. Outros estados, como Santa Catarina, já utilizam esta ferramenta e comprovam a eficiência.

Outra vantagem no módulo adquirido, é a integração com o Sistema de Automação da Justiça (SAJ), possibilitando que na visualização de um processo dentro do SAJ é possível, por meio de um clique, ter acesso ao vídeo gravado.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Colegiado poderá julgar feitos envolvendo organizações criminosas - 22/03/2013



Está publicada no Diário da Justiça nº 2838, a Resolução nº 582/2013, que dispõe sobre a formação de órgão colegiado para julgamento de feitos envolvendo organizações criminosas, como previsto na Lei Federal nº 12.694/12.

A proposta foi aprovada pelos desembargadores do Tribunal Pleno e visa proteger magistrados em caso de ameaças ou riscos decorrentes de processos e procedimentos envolvendo crimes praticados por organizações criminosas

Quando a lei federal foi publicada, dois eram os principais motivos de expectativa do juízes. Primeiro, porque faculta ao juiz natural formar o órgão colegiado para a prática de quaisquer atos processuais, como decretação de prisão preventiva, concessão de liberdade provisória, elaboração de sentenças etc.

Em segundo lugar, porque prevê a disponibilização de medidas de segurança aos prédios do Poder Judiciário, a utilização de armas de fogo por servidores devidamente qualificados e credenciados e a proteção pessoal a magistrados em casos de situações de risco.

Agora, pela resolução, ao instaurar o colegiado, em expediente reservado, o juiz indicará à Corregedoria-Geral de Justiça motivos e circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física ou de seus familiares, mandando certificar nos autos que se trata de formação de colegiado.

O colegiado será formado pelo juiz do processo e mais dois juízes escolhidos, mediante sorteio, pela Corregedoria-Geral de Justiça de MS, e sua competência será limitada à prática do ato processual que justificou sua criação.

Para garantir a segurança do juiz, as decisões do colegiado - firmadas, sem exceção, por todos os integrantes - serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro. E mais: as comunicações entre os integrantes do colegiado serão feitas por meio seguro, registrando-se nos autos sua ocorrência, para realização do ato para o qual o colegiado se formou.

As reuniões poderão ser sigilosas, apenas em situações excepcionais será admitida a expedição de carta precatória. Os atos processuais podem ser praticados por videoconferência e as peças processuais serão obrigatoriamente digitalizadas.

O juiz Thiago Nagasawa Tanaka, lotado na 1ª Vara Criminal de Campo Grande, judicou por mais de oito anos na Comarca de Amambai, região de fronteira, e conhece bem essa realidade. Para ele, esta resolução é de suma importância.

"*Importante para que, em casos excepcionais, o magistrado possa, com tranquilidade, exercer a atividade jurisdicional com imparcialidade e sem colocar em risco sua integridade física ou de sua família. Como sempre, o Poder Judiciário estadual está atento e traz mecanismos para garantir à sociedade firmeza ao combate às organizações criminosas*".

Outro a comemorar a edição da norma é o juiz Carlos Alberto Garcete de Almeida, titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Capital, que considera a formação de órgão colegiado na primeira instância algo fortemente inovador no cenário jurídico nacional.

Ele, que fez parte da Comissão Permanente de Segurança Institucional do TJMS, lembrou que o Tribunal de Justiça paulista já regulamentou o tema e que a formação do colegiado de primeiro grau, por provocação do juiz natural, é uma demonstração do fortalecimento das instituições no combate ao crime organizado.

"*O colegiado trará para o juiz a serenidade e a isenção necessárias ao exercício de sua jurisdição. Por essa razão, a proposta dessa regulamentação partiu da Comissão Permanente de Segurança Institucional, cuja relatoria coube a mim, sendo aprovada por unanimidade dentre seus membros*", disse.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Videoaudiência na Auditoria Militar moderniza prática na justiça - 25/03/2013



O uso dos equipamentos de videoaudiência na Vara da Auditoria Militar é uma novidade para os casos de cumprimento de carta precatória que começou na última quinta-feira, dia 21 de março, e promete reduzir drasticamente o tempo do cumprimento das precatórias de três a quatro meses para apenas 30 dias. O juiz titular da vara, Alexandre Antunes da Silva, realizou uma audiência para ouvir três testemunhas que estavam em Dourados.

A carta precatória é utilizada toda vez que uma testemunha, réu ou determinada diligência precisa ser realizada numa comarca distinta de onde o processo tramita. Por meio dela, o juiz solicita a um magistrado de outra comarca que, por exemplo, realize a oitiva de testemunhas. No entanto, o procedimento é muito burocrático, o que significa que, desde a solicitação até o retorno, são meses de espera.

Para evitar esta burocracia, foi adotada a nova prática na audiência de quinta-feira, quando o juiz expediu uma carta precatória para Dourados que continha apenas a solicitação para que as três testemunhas comparecessem no Fórum do Município, em determinada hora, para serem ouvidas por meio de videoconferência.

De acordo com Alexandre Antunes da Silva, além do ganho gigantesco em agilidade no trâmite processual, a videoaudência é realizada pelo próprio juiz do caso e evita o trabalho do magistrado de outra comarca. Ainda conforme o juiz, diversas videoaudiências estão marcadas para acontecer em comarcas como Aquidauana, Maracaju e Paranaíba.

O magistrado acrescenta ainda que a Auditoria Militar é uma vara com jurisdição em todo o Estado, dessa forma, muitos acusados e testemunhas são constantemente de outras comarcas e a utilização desta ferramenta tecnológica garante um ganho de tempo muito grande para diversos processos que tramitam na vara.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa.forum@tjms.jus.br

TJMS cria Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos - 01/04/2013



Foi publicada na Diário da Justiça da última quarta-feira (27) a Portaria nº 453, que designa servidores para compor o Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER). A portaria complementa o Provimento nº 284, que criou o Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos no Tribunal de Justiça de MS.

De acordo com o juiz auxiliar da vice-presidência do TJMS, Paulo Afonso de Oliveira, a medida visa melhorar ainda mais o acompanhamento do trâmite de recursos repetitivos nos tribunais e acompanhar as decisões dos tribunais superiores.

"*Tudo começou em junho de 2012, em Brasília, em um encontro realizado no Superior Tribunal Federal (STJ), do qual participou o vice-presidente do Tribunal, Des. João Batista da Costa Marques, em que houve a assinatura de um termo de cooperação para padronizar o trâmite dos recursos repetitivos nos tribunais federais e estaduais. Antes do encontro, os tribunais enviaram sua regulamentação sobre os recursos repetitivos, facilitando o prévio conhecimento da matéria e posteriores discussões*", explicou o juiz auxiliar.

Paulo Afonso esclareceu ainda que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em outubro de 2012, publicou a Resolução nº 160 estabelecendo que os tribunais organizem seu Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER), em suas estruturas administrativas como unidade permanente.

"*Em razão do grande volume de recursos repetitivos, criamos um grupo com assessores capacitados, que terá um espaço físico exclusivo para facilitar o manuseio. Os assessores tratarão apenas de recursos especiais e extraordinários. Hoje, a Vice-presidência tem um montante de aproximadamente 10 mil processos aguardando decisões do STJ*", completou o juiz.

Entenda - O Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER) é órgão consultivo da Vice-Presidência do TJMS para as questões relativas ao juízo de admissibilidade de recurso extraordinário e de recurso especial, assim como do gerenciamento de acervo de processos sobrestados em decorrência dos institutos da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

Entre as atribuições do NURER estão a uniformização do gerenciamento de processos submetidos à sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos; o monitoramento de recursos dirigidos ao STF ou ao STJ, a fim de identificar controvérsias e subsidiar a seleção, pelo órgão competente, de um ou mais recursos representativos da controvérsia; manter e disponibilizar dados atualizados sobre os recursos sobrestados no Tribunal, identificando o acervo a partir do tema e do recurso paradigma; auxiliar os órgãos julgadores na gestão do acervo sobrestado.

Compõem o Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER) do TJMS os servidores Denis Cicalise Bossay, assessor jurídico administrativo; Hélio da Rosa Machado, analista judiciário; Solange Regis Wanderley, analista judiciário; e Anna Paula Lanza, assessora jurídica administrativa; todos lotados na assessoria jurídica da Vice-presidência.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Provimento do TJMS regulamenta união homoafetiva - 03/04/2013



A Corregedoria-Geral de Justiça alterou seu Código de Normas para, dentre outras matérias, regulamentar o casamento homoafetivo no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul. No Provimento nº 80, publicado no Diário da Justiça de ontem (2), a Corregedoria tratou ainda do registro de nascimento de natimorto, de indígena e de filhos, biológicos ou adotivos, de relação homoafetiva

Para a edição da norma, foram levados em consideração fatores como a ocorrência de inúmeros pedidos perante os serviços de Registro Civil das Pessoas Naturais para a realização de casamento entre pessoas do mesmo sexo, além de que a duplicidade em relação às mães ou pais não constitui impedimento para o registro civil, visto que já há vários precedentes admitindo adoção ou reconhecimento de filiação homoparental por pessoas com orientação homoafetiva.

Na visão do juiz da Vara de Família de Campo Grande, David de Oliveira Gomes Filho, o provimento traz para a formalidade aqueles que ainda estavam na informalidade. “Os homossexuais (ou homoafetivos) poderão formalizar sua união nos cartórios de registro civil e, com isto, obter todos os direitos que uma pessoa casada tem”, explica.

A habilitação direta para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sem a necessidade do prévio reconhecimento da união estável por meio de processo, foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro com a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011. A união estável homoafetiva pode converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao juiz, conforme dispõe o Código Civil.

A ADI 4277 teve como pedido a interpretação, conforme a Constituição Federal, do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

Assim, explica o juiz David Gomes Filho, pessoas do mesmo sexo poderão se casar nos mesmos moldes de um casal heterossexual. “O casamento confere o direito de regular o regime de bens do casal, de acrescer o sobrenome do outro ao seu, gera direitos sucessórios (herança), de adoção”.

Agora, no registro de nascimento dos filhos constarão os nomes dos dois pais ou das duas mães, salienta o magistrado. “Havendo divórcio, as discussões sobre guarda, visitas, alimentos, divisão do patrimônio ocorrerá da mesma forma como ocorre com os casais heterossexuais”, contextualiza.

Questionado se a edição do provimento representa um avanço para a sociedade, David Gomes Filho defende a política da igualdade e da tolerância, pois acredita que ao se tirar alguém da “informalidade”, que garante um tratamento igualitário entre pessoas que estão em situações semelhantes, “as pessoas tem o direito de buscar a felicidade, estamos fazendo um bem à sociedade”.

"*Naturalmente que a polêmica existe, pois vivemos numa sociedade com forte influência judaico-cristã. A regularização de uniões entre pessoas do mesmo sexo causa um compreensível conflito com a religiosidade das pessoas, com os seus conceitos a respeito do que se conhece por natural e por normal. É necessário, entretanto, que haja tolerância de ambos os lados, pois aceitar o diferente é difícil e ser o diferente também o é. Quando todos compreenderem isto, a sociedade estará avançando*", conclui o magistrado.

Outras disposições – O Provimento nº 80 trata ainda dos procedimentos para registro de natimorto, de nascimento homoparental e de indígena. O registro de nascimento decorrente da homoparentalidade, de acordo com o texto do Provimento nº 80, atende aos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania, dos direitos fundamentais à igualdade, da liberdade, da intimidade, da proibição de discriminação, do direito de se ter filhos e planejá-los de maneira responsável.

Para o natimorto, levou-se em consideração a intenção de alguns pais em dar nome à criança, inclusive para fins de sepultamento; e ao indígena, a necessidade de se resguardar sua condição no momento em que efetiva o registro civil.

Agora é obrigatória a menção da etnia e da aldeia de origem dos pais do registrando, sendo facultativo constar no registro seu nome indígena.

O Provimento está em vigor desde sua publicação.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO DO DES. JOÃO CARLOS BRANDES GARCIA POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. JOENILDO DE SOUSA CHAVES COMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ao primeiro dia do mês de fevereiro do ano de dois mil e treze

Coube-me a honra de ter sido indicado para falar nesta solenidade em nome deste Tribunal, saudando os eminentes colegas que agora passaram a compor a 18ª administração deste Tribunal de Justiça.

Sinto-me muito à vontade para fazê-lo, até porque não deve temer tal incumbência, quem proclama a verdade.

Sejam, contudo, as minhas primeiras palavras, de saudação ao Desembargador HILDEBRANDO COELHO NETO, que presidiu, hoje, sua última sessão na condição de Chefe deste Poder.

Receba, Desembargador Hildebrando, nossos cumprimentos e o reconhecimento de todo o judiciário deste Estado, pela sua atuação serena e humilde e com a sabedoria que lhe é peculiar, esteja certo, prestou relevantes serviços à nossa magistratura. Obrigado.

Doutores JOENILDO DE SOUSA CHAVES, JOÃO BATISTA DA COSTA MARQUES E TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES, a posse de hoje, de vossas excelências, chamados pela unanimidade dos pares para administrar esta casa, nos deixa absolutamente seguros de que darão continuidade à tarefa das administrações anteriores, pois são respeitáveis pessoas humanas, com títulos e experiência necessária para tal mister.

São magistrados experientes e por isso estou certo de que saberão muito bem enfrentar os desafios dos cargos para os quais foram eleitos. O Des. JOÃO BATISTA, a quem conheço de longa data, plasmado na fronteira do nosso Estado, nas margens do histórico e formoso Rio Apa, oriundo do Ministério Público sul-mato-grossense, a par da atividade judicante desenvolvida, já chega experimentado e aprovado na vice-presidência, por tê-la exercido temporariamente, por duas vezes, na qual demonstrou comprovadamente por meio de números, ter impulsionado os recursos que por lá tramitam, de forma competente.

A Desª. TÂNIA, depois de uma brilhante carreira no Ministério Público, na judicatura, em uma das Câmaras Cíveis, deu demonstração de seu senso de julgadora sensível, deixando ver seu senso de sabedoria, discernimento e espírito humanitário. Merece destaque, me permitam registrar a outorga que lhe foi conferida em 2008, pela Escola Paulista da Magistratura, da Medalha do Mérito Acadêmico, tendo sido, aliás, a primeira mulher a ser agraciada com essa comenda, possibilitando que outras mulheres, posteriormente, recebessem tal honraria.

O nosso Presidente, Des. JOENILDO, com suas raízes lançadas nas Minas Gerais para onde foi muito jovem, aqui chegou como magistrado, demonstrando ser um juiz atuante, homem simples e preparado, de coração generoso, solícito e prestativo, amigo dos seus amigos. Felizes aqueles que têm a oportunidade de desfrutar de seu fraterno convívio e de sua família.

De outro lado, manda a franqueza reconhecer e proclamar que a Chefia do Poder Judiciário, não obstante honrosa e dignificante, exige do administrador

O atendimento de questões do dia a dia, que exigem soluções rápidas, tanto quanto à instituição como quanto à prestação jurisdicional.

É que, como podemos perceber, a sociedade tem mudado muito rapidamente nestes tempos. A evolução tecnológica alterou a concepção de tempo; o consumo em massa trouxe novos conflitos sociais; a complexidade das relações sociais gerou novas demandas para o Poder judiciário e consequentemente novos desafios.

Vivemos hoje no que se convencionou chamar de sociedade da informação. A justiça buscou na automação a âncora para aproximar-se dos seus objetivos: servir ao cidadão e garantir a observância das leis.

O nosso Poder Judiciário tem procurado com muita atenção modernizar os procedimentos e reduzir a distância entre a justiça e a sociedade, combatendo a lentidão na tramitação dos processos e visando o aumento de sua eficiência.

Vossa Excelência encontrará um Judiciário moderno, alinhado às tecnologias de ponta. Autos de processos digitalizados, em um estágio, diria, que não tem volta. O foco, agora, se me permitem, é com a racionalização geral dos serviços, preparo dos servidores para essa nova proposta de perspectivas, metas e resultados.

O administrador público, Srs. membros da Administração, permitam-me recomendar, devem estar sempre diante do pensamento de São Francisco de Assis: "comece fazendo o que é necessário. Depois o que é possível e de repente estará fazendo o impossível", pois a justiça não é uma mera oferta de serviço público.

Essa é uma regra de mudança constante, pois como dizia Ruy: "...todo o apreender, todo o melhorar, todo o viver é mudar. De mudar, nem mesmo o céu, o inferno ou a morte escapam".

Enfim, senhores, para não me alongar, concluo este pronunciamento apresentando mais uma vez os cumprimentos deste Tribunal de Justiça aos seus familiares, com quem temos a satisfação de compartilhar este momento tão expressivo em suas vidas, desejando-lhes uma gestão eficiente e intensa em realizações, estendendo nosso integral apoio na realização dos problemas e superação dos permanentes desafios, tendo a certeza de que, ao aceitarem a tarefa de conduzir os destinos do Judiciário no biênio, que se segue, além de coragem, talento e criatividade, terão sempre presente a lição de Vieira, em Os Sermões: "O homem vale pelo que executa, pelos seus atos e atitudes".

Sejam felizes e que Deus os ilumine.

DISCURSO DO DES. JOENILDO DE SOUSA CHAVES POR OCASIÃO DE SUA POSSE COMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ao primeiro dia do mês de fevereiro do ano de dois mil e treze

Senhoras e Senhores,

As primeiras palavras são de agradecimentos ao Criador por ter me carregado até aqui, proporcionando-me participar deste momento significativo em minha vida. Esta caminhada teve início em 1980 e, decorridos mais de 32 anos, percebo que a emoção é a mesma e se mistura aos pensamentos, que trazem imagens de pessoas que lá se encontravam e outras tantas que eu vejo em um plano superior, não mais entre nós. São belas e saudosas lembranças que o tempo jamais apagará, pela relevância de suas presenças em nossas vidas.

Não alcancei este degrau sozinho. Tive auxílio, compreensão e orações de grandes seres humanos, com os quais divido as glórias da intensidade deste momento. Alguns aqui, outros não mais entre nós. Esta caminhada foi extremamente difícil, porém o mais importante para o ser humano é a sua realização, não para os efeitos externos, que são futilidades, que se desfazem com o tempo, mas na sua interioridade, pois só aí se contam pontos, isto é, para inserção no que há de duradouro e permanente.

Tenho a consciência do grande desafio que a vida me reservou e da grande responsabilidade que a nova função espera, na condução desta grande e significativa honra de administrar o Poder Judiciário deste belo e pujante Estado. Teremos, com fé em Deus e ajuda dos homens, a postura necessária para saber reconhecer os defeitos e acatar as críticas; a capacidade de suprir suas deficiências; a disposição de enfrentamento de todas as questões afetas às metas e projetos previamente discutidos. Não posso e não devo em momento algum descrer dessa capacidade, pois se não fosse este o desiderato a seguir, não haveria razão para comandar os destinos da Justiça Estadual.

Ao mesmo tempo em que encaro estas responsabilidades, vejo uma grande oportunidade de ser instrumento na execução de um projeto que satisfaz a alma, purifica o espírito e justifica a nossa missão e passagem por este mundo.

E, é pensando assim, que antes de assumir essa função, que se aproxima, senti a necessidade de fazer uma reflexão sobre a estrutura dos poderes, em especial o judiciário, pois é inegável, que o funcionamento do aparato estatal influi na vida das pessoas.

Os poderes independentes tão bem desenhados pela Constituição Federal estão inseparáveis de um Estado Democrático de Direito. E por que democrático? Porque ninguém, nem o Poder Judiciário está acima da lei e dos princípios. E quando ouço lei e princípios, eu ouço paz, eu ouço respeito, eu ouço justiça social. Logo, a existência de nossas togas tem este significado de grande alcance na sociedade.

Estamos hoje em uma nova etapa, em que não mais se toleram negligência e desprezo aos valores morais ou desrespeito aos cidadãos; não se admite mais a impunidade nos casos em que a lei deve ser aplicada para todos. Salta-nos aos olhos uma grande esperança da população na justiça; esperança e confiança que jamais deixaram de existir. É inegável a influência que teve o recente julgamento da ação 460

nessa postura social, fazendo despertar e renascer uma credibilidade maior no judiciário brasileiro. Sigamos em frente, pois é nossa missão a distribuição da justiça em todos os segmentos; a proteção à pessoa humana, na dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Nós, juízes, devemos sempre ter como farol a iluminar as nossas decisões o próprio juramento dirigido ao povo, qual seja, de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis.

O insigne Ministro Cézar Peluso, ao destacar com ênfase a sua crença no Poder Judiciário, afirmou em seu discurso de posse na presidência do S.T.F.:

> ”Quero assegurar a todos os cidadãos brasileiros, que, servindo-lhes aos projetos de uma vida digna de ser vivida, os juízes continuaremos a cumprir nossa função com independência, altivez e sobranceria, guardando a Constituição e o ordenamento jurídico, sem prescindir da humildade e da coragem necessárias às correções de percurso ao aperfeiçoamento da justiça, mas sem temor de defender , com a compostura que nos pede o cargo, a honradez de nossos quadros e o prestígio da instituição”.

Todos os esforços, por mais que pareçam excessivos, se justificam pela magnitude da causa e pela inegável importância do Poder Judiciário.

Senhoras e senhores, a administração da Justiça a todos interessa. Como afirmou O Ministro Rafael Mayer, em sessão no STF em 23 de março de 1983:

> “Não basta que o Legislativo elabore as leis e o Executivo as sancione. É preciso que o Judiciário assegure a sua execução em cada caso concreto. A norma jurídica ganha corpo e produz efeitos, quando fielmente aplicada... as decisões dos Tribunais são a última etapa da vida do direito. Sem um funcionamento adequado, da organização judiciária, o País caminharia para a desordem e descrença nas suas instituições políticas”.

Portanto, dentro destes parâmetros o nosso objetivo será o contínuo e profundo aperfeiçoamento da máquina judiciária, para que torne eficiente e célere em todos os graus.

Posso afirmar a todos os senhores e senhoras que, mesmo diante de dificuldades ou barreiras, jamais deixarei morrer o meu sonho: **lutar pela grandeza e valorização da justiça, honrar os ideais e os compromissos dos nossos antecessores, manter sempre a dignidade, a respeitabilidade e o prestígio do cargo dos que o ocupam e investir no ser humano, dentro de uma visão humanística, com política assistencial e incentivadora.**

Por este mesmo Tribunal já passaram mentes brilhantes que muito contribuíram para a evolução institucional da realidade jurídica. Ideias aqui lançadas já repercutiram nacionalmente. Todas as administrações deste Tribunal tiveram por princípio a austeridade e independência do Poder Judiciário. Desde o saudoso Des. Leão Neto do Carmo até a que ora se encerra buscaram engrandecê-la com suas ações. Cada uma a seu tempo fez o que competia fazer e deixou a sua marca, a sua história. A nossa pretensão não será diferente. Entendo que devemos trabalhar de forma compartilhada com os meus colegas deste TJ, com os juízes e também com os servidores. O Judiciário de hoje não é o de ontem nem será o de amanhã; temos que administrar com um olhar mais amplo. Enfim, todos nós temos responsabilidade na condução da justiça. Portanto, conclamo a todos, até mesmo os aposentados, cujas experiências não podem ser desprezadas para, unidos, de mãos dadas, abraçarmos com fé esta causa, das mais relevantes no âmbito no processo institucional brasileiro.

Com o apoio imprescindível dos eminentes colegas, a dedicação dos valorosos juízes e dos abnegados servidores, haveremos de empenhar para alcançar todos os objetivos estabelecidos nas propostas a serem implementadas. Eis algumas: a consolidação do processo eletrônico; os cartórios virtuais. Proporcionar aos

servidores cursos e dar-lhes melhores condições para que possam trabalhar motivadamente; investimentos na informática, porque a informatização dos processos é uma realidade ainda imperfeita, que merecerá de imediato um foco especial. Em razão da própria evolução tecnológica a tendência é avançar mais e oferecer novos tipos de serviços digitais de modo a facilitar o dia a dia dos operadores do Direito e muitas outras metas imprescindíveis ao bom funcionamento da máquina judiciária.

Manteremos o diálogo permanente com os demais poderes, com os quais temos uma convivência de respeitabilidade e um clima harmonioso.

O nosso judiciário sempre contou com o apoio dos Poderes Executivo e Legislativo e graças a esse convívio salutar tornou-se possível a implementação de reformas na busca constante de melhorias.

Sentaremos sim, com o Ministério Público, OAB, Defensoria Pública, Força Pública, Tribunal de Contas, imprensa, "religiões", sociedade civil organizada, Universidades, enfim todos os seguimentos sociais, na discussão e no aprimoramento de questões de interesse popular.

Despede-se hoje da Presidência deste Sodalício o ilustre Desembargador Hildebrando Coelho Neto, que sempre pautou a sua vida com retidão e que nesse curto período perante a Justiça Estadual procurou manter o prestígio e a lisura, demonstrando equilíbrio e serenidade em suas decisões.

Já me aproximando do final, permitam-me reverenciar a memória de uma colega extraordinária, que sempre pautou sua vida com grandeza, coragem e independência. Os seus sonhos, seus sorrisos, sua irreverência e suas esperanças ainda estão presentes por toda parte e impregnados na justiça deste Estado. Marilza Lúcia Fortes, de você grandes lembranças e saudades.

Sensibilizado, agradeço as generosas palavras do colega Desembargador João Carlos Brandes Garcia, esse extraordinário ser humano, recheado de fineza e que lamentavelmente em breve deixará esta Corte, e, mesmo com todo o vigor, irá para casa cumprir o dispositivo constitucional da aposentadoria compulsória.

Agradeço da mesma forma as manifestações dos distintos oradores, Dr. Humberto Brites, digno Procurador-Geral de Justiça, e Dr. Júlio César, ilustre Presidente da Ordem dos Advogados - Seção MS.

Agradeço as presenças dos diversos parentes, amigos e colegas que vieram de longe trazer o abraço, o incentivo e o apoio tão necessários nesta nova etapa de minha vida. São vidas entrelaçadas fraternalmente; amizades sólidas apoiadas em rochas seguras. Deixo de mencionar nomes para não cometer nenhuma injustiça, mesmo porque muitos outros gostariam de estar aqui.

Permitam a lembrança saudosa de 3 grandes amigos que partiram em dias sequentes, no último mês que anteriormente aqui estiveram e que participaram de nossas vidas: Claudio Prates Athayde, João dos Santos Abreu e Jovelino José de Araújo, este último me acompanhou há 60 anos, desde os tempos de infância na saudosa Bahia. Saudades de vocês.

Aos meus pais José e Elzita. De vocês os sábios conselhos, os elevados predicados, os maravilhosos exemplos de uma vida humilde e digna; à minha irmã Josenilda e aos meus inesquecíveis sogros Nivaldo e Sofia, grandes lembranças.

À minha querida esposa Clarice, cuja caminhada na magistratura deste Estado, comigo iniciou, fazendo-se presente em todos os passos de minha vida, nos momentos de alegria e tristeza; o início difícil em Amambai, onde a sua companhia e o seu amor foram sustentáculos desta obra, é mais que justo, Clara, dividir com você a culminância desta carreira.

Aos queridos Sofia, José e Mateus, razão maior de nossa existência, agora também o genro André, o carinho e um grande beijo.

Por último, suplico-lhe Senhor, que me dê forças, discernimento, humildade e tolerância para que, com o meu trabalho, a ajuda e compreensão de todos, seja mantido o elevado conceito que desfruta esta Colenda Corte, em todo País.

Muito Obrigado!

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação n. 0001910-95.2009.8.12.0015 013
Apelação n. 0010215-42.2011.8.12.0001 017
Agravo Regimental n. 4001524-03.2013.8.12.0000/5000 023

Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de Segurança n. 0603429-96.2012.8.12.0000 026
Apelação n. 0800369-28.2012.8.12.0002 031
Mandado de Segurança n. 4000111-52.2013.8.12.0000 037

Divoncir Schreiner Maran

Argüição de Inconstitucionalidade n. 0002008-90.2007.8.12.0002/50000 044
Apelação n. 0056840-37.2011.8.12.0001 054
Agravo Regimental n. 0604443-18.2012.8.12.0000/50000 059

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0024983-07.2010.8.12.0001 063
Apelação n. 1600076-48.2012.8.12.0000 072

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0002067-34.2010.8.12.0015 077
Apelação n. 0003588-93.2010.8.12.0021 081
Apelação n. 0600146-12.2011.8.12.0029 085

João Maria Lós

Apelação n. 0800089-94.2011.8.12.0001 090
Agravo Regimental n. 0022185-08.2012.8.12.0000/50000 094
Agravo Regimental n. 0602739-67.2012.8.12.0000/50000 102

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação n. 0003444-02.2008.8.12.0018 107
Apelação n. 0003957-18.2008.8.12.0002 111
Apelação n. 0366692-17.2008.8.12.0001 115

Josué de Oliveira

Apelação n. 0001782-26.2010.8.12.0020 119
Apelação n. 0003777-04.2010.8.12.0011 123
Apelação n. 0069.8.12.00018419-50.200 130

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0002635-44.2010.8.12.0017 136
Apelação n. 0005843-36.2010.8.12.0017 139
Apelação n. 0008466-66.2007.8.12.0021 143

Julizar Barbosa Trindade

Apelação n. 0007799-72.2009.8.12.0001 147
Apelação n. 0025947-63.2011.8.12.0001 150
Apelação n. 0352860-14.2008.8.12.0001 154

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0011631-79.2010.8.12.0001 158
Apelação n. 0022053-79.2011.8.12.0001 165
Mandado de Segurança n. 0604350-55.2012.8.12.0000 171
Agravo de Instrumento n. 4000958-54.2013.8.12.0000 175

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0000872-42.2009.8.12.0017 182
Apelação n. 0009915-14.2010.8.12.0002 198
Apelação n. 0049653-75.2011.8.12.0001 212

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0046842-79.2010.8.12.0001 224
Agravo Regimental n. 0049058-76.2011.8.12.0001/50000 232
Agravo Regimental n. 0806029-03.2012.8.12.0002/50000 237

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação n. 0002415-10.2010.8.12.0029 241
Apelação n. 0143169-91.2007.8.12.0001 246
Agravo Regimental n. 0602857-43.2012.8.12.0000/50000 254

Paschoal Carmello Leandro

Apelação n. 0001111-05.2011.8.12.0008 261
Mandado de Segurança n. 0030409-66.2011.8.12.0000 264
Mandado de Segurança n. 4000103-75.2013.8.12.0000 270

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação n. 0000618-72.2009.8.12.0016 274
Apelação n. 0023057-54.2011.8.12.0001 279
Apelação n. 0801803-89.2011.8.12.0001 285

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0800680-07.2012.8.12.0006 288
Apelação n. 0058997-51.2009.8.12.0001 296
Apelação n. 0800699-24.2011.8.12.0046 300

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0055954-72.2010.8.12.0001 303
Apelação n. 0800120-24.2011.8.12.0031 306
Apelação n. 0800405-53.2011.8.12.0019 309

Tânia Garcia de Freitas Borges

Agravo Regimental n. 0000892-22.2007.8.12.0011/50000 313
Embargos Infringentes n. 0073868-86.2009.8.12.0001/50000 316
Agravo Regimental n. 0144736-60.2007.8.12.0001/50000 321

Vilson Bertelli

Agravo Regimental n. 0603105-09.2012.8.12.0000/50000 326
Agravo de Instrumento n. 0605339-61.2012.8.12.0000 329
Apelação n. 0002888-66.2009.8.12.0017 332

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0020497-76.2010.8.12.0001 335
Apelação n. 0047610-34.2012.8.12.0001 339
Apelação n. 0058852-58.2010.8.12.0001 341

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação n. 0001157-05.2008.8.12.0006 347

Apelação n. 0200011-03.2008.8.12.0019 350

Habeas Corpus n. 4001176-82.2013.8.12.0000 357

Dorival Moreira dos Santos

Apelação n. 0001056-16.2011.8.12.0053 361

Revisão Criminal n. 0600318-07.2012.8.12.0000 366

Revisão Criminal n. 1600037-41.2012.8.12.0000 370

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação n. 0000650-02.2012.8.12.0007 373

Apelação n. 0048514-59.2009.8.12.0001 379

Habeas Corpus n. 0604541-03.2012.8.12.0000 387

João Carlos Brandes Garcia

Habeas Corpus n. 0603475-85.2012.8.12.0000 391

Habeas Corpus n. 0604538-48.2012.8.12.0000 393

Agravo de Execução Penal n. 1600012-86.2013.8.12.0000 395

Manoel Mendes Carli

Apelação n. 0000601-85.2010.8.12.0053 398

Apelação n. 0001153-29.2012.8.12.0005 402

Apelação n. 0074630-05.2009.8.12.0001 405

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação n. 0000781-15.2010.8.12.0017 408

Habeas Corpus n. 0604167-84.2012.8.12.0000 417

Habeas Corpus n. 0605357-82.2012.8.12.0000 423

Romero Osme Dias Lopes

Apelação n. 0003278-95.2011.8.12.0007 427
Recurso em Sentido Estrito n. 0201279-66.2011.8.12.0026..... 433
Habeas Corpus n. 4001033-93.2013.8.12.0000 435

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação n. 0000968-77.2011.8.12.0020 442
Recurso em Sentido Estrito n. 0042603-61.2012.8.12.0001..... 448
Habeas Corpus n. 0605064-15.2012.8.12.0000 453

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação cautelar de arresto

Conversão em caução. Possibilidade (0605339-61.2012.8.12.0000) 329

Ação civil pública

Obrigação de fazer. Dever de informar. Existência de glúten. Dano moral coletivo. Não caracterização (0023057-54.2011.8.12.0001) 279

Ação de cobrança

Aluguel. Desocupação do imóvel antes do prazo previsto. Entrega das chaves. Não comprovação. Ônus da prova (0002635-44.2010.8.12.0017) 136

Seguro de vida. Morte do segurado. Suicídio. Premeditação não comprovada. Ônus da seguradora. Indenização devida (0046842-79.2010.8.12.0001).....224

Ação de improbidade administrativa

Exigência de devolução de parte do salário. Repasse à filha do parlamentar. Materialidade do fato. Não comprovada (0000872-42.2009.8.12.0017).....182

Ação de reintegração de posse

Comodato verbal. Prazo indeterminado. Notificação extrajudicial. Esbulho caracterizado. Liminar deferida (4000958-54.2013.8.12.0000) 175

Vagas de garagem. Condomínio de apartamentos. Ausência de comprovação da posse. Conversão da ação possessória em petitória. Aplicação do princípio da fungibilidade. Impossibilidade (0069.8.12.00018419-50.200).....130

Ação monitória

Litisconsórcio passivo. Réus citados. Embargos monitórios interpostos por apenas um dos litisconsortes. Possibilidade **(**1600076-48.2012.8.12.0000) 072

Nota promissória. Execução. Prescrição quinquenal. Termo inicial. Vencimento do título (0800405-53.2011.8.12.0019).....309

Ação negatória de paternidade

Investigação de paternidade. Alimentos. Exame de DNA. Resultado negativo. Restituição dos valores. Princípio da irrepetibilidade da verba alimentar. Danos morais. Indenização indevida (0000618-72.2009.8.12.0016) 274

Ação revisional

Cláusula contratual. Depósito das parcelas no valor que entende devido. Mora. Não afastada. Inscrição nos órgãos de restrição ao crédito. Posse do bem. Valor causa (4001524-03.2013.8.12.0000/50000).....023

Força obrigatória do contrato. Pacta sunt servanda. Relativação. Capitalização mensal de juros**.** Pactuação expressa. Taxa. Emissão de boleto. Ilegalidade (0003957-18.2008.8.12.0002) 111

Acidente de trânsito

Culpa concorrente. Não ocorrência. Indenização. Dano moral. Princípio da razoabilidade. Dano material. Não comprovado. Juros de mora. Termo inicial (0010215-42.2011.8.12.0001) 017

Adoção

Destituição do poder familiar. Possibilidade. Interesse do menor (0002888-66.2009.8.12.0017) 332

Arguição de inconstitucionalidade

Art. 305 da Lei 9.503/97. Código de Trânsito Brasileiro. Auto-incriminação. Garantia do silêncio mantida. Constitucionalidade do dispositivo. Improcedente (0002008-90.2007.8.12.0002/50000) 044

Alimentos

Ação de exoneração. Obrigação. Termo final (0800089-94.2011.8.12.0001) 090

Bem de família

Ação de execução. Impenhorabilidade. Imóvel alugado a terceiros (0602857-43.2012.8.12.0000/50000).....254

Busca e apreensão

Guarda de menor. Genitor. Ação de modificação. Interesses do menor.(0800369-28.2012.8.12.0002)...031

Cessão de crédito a título gratuito

Nula. Contrato. Interpretação analógica ao comodato. Afastada (0073868-86.2009.8.12.0001/50000) 316

Concurso público

Exame médico. Lordose. Desvio patológico da coluna cervical. Princípio da razoabilidade. Ordem concedida (0144736-60.2007.8.12.0001/50000) 321

Guarda municipal. Posse. Inidoneidade moral. Maus antecedentes. Ação penal em andamento. Violação ao princípio da inocência (0056840-37.2011.8.12.0001) 054

Posse. Ausência de cerificado registrado. Comprovação da habilitação legal. Princípio da razoabilidade (4000103-75.2013.8.12.0000) 270

Contrato bancário

Conta corrente. Prescrição vintenária. Ocorrência (0000892-22.2007.8.12.0011/50000) 313

Corretagem

Ação de cobrança. Comissão. Compra e venda de imóvel. Negócio não concluído. Resultado útil. Inexistência. Ocorrência de condição suspensiva. Comissão indevida **(**0024983-07.2010.8.12.0001) 063

Dano moral

Assédio moral. Professora. Perseguição. Não comprovação. Ônus da prova. Indenização indevida (0005843-36.2010.8.12.0017) 139

Demora na transferência de imóvel. Regularização imobiliária. Indenização. Danos morais devidos (0007799-72.2009.8.12.0001).....147

Divórcio

Retirada do patronímico do marido. Manutenção do nome de casada. Possibilidade (0002415-10.2010.8.12.0029) 241

Doação

Ação anulatória. Ascendente para descendente. Preservação da meação. Partilha de bens. União estável. Bem adquirido anteriormente à convivência. Ausência de direito (0003444-02.2008.8.12.0018) 107

Embargos à execução

Impenhorabilidade. Saldo em conta corrente. Origem alimentar. Não comprovação (0055954-72.2010.8.12.0001) 303

Penhora. Nulidade. Trator. Instrumento de trabalho. Inaplicabilidade do art. 649,V, do CPC (0800699-24.2011.8.12.0046) 300

Prêmio de seguro. Devido. Inadimplência. Ausência de prévia constituição em mora do segurado. Cancelamento automático do contrato. Descabimento (0011631-79.2010.8.12.0001) 158

Execução fiscal

Ajuizamento da ação após o falecimento do devedor. Redirecionamento ao espólio e aos herdeiros. Impossibilidade. Indicação errônea (0008466-66.2007.8.12.0021) 143

Guarda de menor

Modificação. Avós. Assistência econômica. Descabimento (0001111-05.2011.8.12.0008) 261

Honorários advocatícios

Penhora no limite de 30%. Possibilidade (0604443-18.2012.8.12.0000/50000) 059

Ilegitimidade passiva

Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Envolvimento dos réus no acidente. Julgamento de mérito. Possibilidade (0602739-67.2012.8.12.0000/50000) 102

Indenização

Acidente de trânsito. Veículo oficial de emergência em serviço. Utilização de sinais luminosos e sonoro. Cruzamento provido de semáforo. Condutora desatenta. Denunciação da lide. Inércia da ré. Litigância de má-fé do ente público. Inexistente (0022053-79.2011.8.12.0001) 165

Dano moral e material. Cartão de crédito. Valor indevido debitado em sua conta corrente. Restituição dos valores. Indenização indevida (0049058-76.2011.8.12.0001/50000) 232

Demolição de benfeitorias. Ocupação de bem público. Posse precária. Ausência de título. Danos materiais. Indenização indevida (0049653-75.2011.8.12.0001) 212

Instituição financeira. Negligência. Cadastro de CNPJ de terceiro estranho à relação contratual. Dano moral. Indenização devida (0002067-34.2010.8.12.0015).....077

Ônus da prova. Animus caluniandi. Não demonstrado. Dano moral. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0366692-17.2008.8.12.0001).....115

Uso e fruição do bem. Contrato de locação. Comodato. Dúvida. Prova exclusivamente testemunhal. Impossibilidade (0143169-91.2007.8.12.0001).....246

Mandado de Segurança

Escrivão da polícia judiciária. Exoneração. Estágio probatório. Conduta incompatível com exercício da função. Segurança denegada (0603429-96.2012.8.12.0000) 026

Financiamento estudantil – FIES. Aditamento do contrato. Impossibilidade (0047610-34.2012.8.12.0001) 339

Pensão por morte. Dependente. Filho. Estudante universitário. Prorrogação do benefício até os 24 anos de idade. Possibilidade (4000111-52.2013.8.12.0000) 037

Servidor efetivo não estável. Cargo em comissão. Assessor de desembargador. Estágio probatório. Suspensão da avaliação. Direito líquido e certo violado. Ordem concedida (0604350-55.2012.8.12.0000).....171

Obrigação de não fazer

Mensagens postadas em redes sociais. Violação do direito a imagem e a honra. Liberdade de expressão. Colisão de direitos. Tutela antecipada. Requisitos não preenchidos (0022185-08.2012.8.12.0000/50000) 094

Plano de saúde

Ação de cobrança. Ausência de cobertura. Materiais inerentes a cirurgia. Dever de suportar as despesas pelo plano de saúde. (0058852-58.2010.8.12.0001) 341

Cirurgia buco-maxilo-facial. Cirurgião dentista. Cobertura obrigatória. Exigência de médico credenciado. Descabimento. Dano moral. Reduzido (0025947-63.2011.8.12.0001) 150

Reajuste abusivo de mensalidade. Mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Código de Defesa do Consumidor (0352860-14.2008.8.12.0001) 154

Tratamento domiciliar. Serviço de home care. Exclusão de cobertura. Tutela antecipada. Presença dos requisitos autorizadores (0603105-09.2012.8.12.0000/50000) 326

Registro civil

Retificação. Alteração de grafia. Erro. Amparo legal. Ausência (0806029-03.2012.8.12.0002/50000)....237

Responsabilidade civil

Advogado. Perda de uma chance. Não caracterizada. Dano moral. Indenização indevida (0058997-51.2009.8.12.0001) 296

Seguro obrigatório – DPVAT

Ação de cobrança. Alteração do polo passivo da demanda. Cessão de direitos hereditários. Correção monetária. Termo inicial (0001910-95.2009.8.12.0015) 013

Seguro residencial

Furto simples. Cobertura. Furto qualificado. Contrato de adesão. Indenização. Danos materiais. Acolhidos. Danos morais. Indevidos (0003777-04.2010.8.12.0011) 123

Separação judicial

Conversão em divórcio. EC nº 66/2010. Descumprimento de obrigações. Possibilidade (0001782-26.2010.8.12.0020) 119

Servidor público

Aprovação em novo concurso público. Vacância e recondução. Desistência do estágio probatório do novo cargo. Retorno ao cargo anterior. Possibilidade (0030409-66.2011.8.12.0000) 264

Suprimento judicial de idade

Casamento. Menor de idade. Gravidez. Enquadramento nas hipóteses excepcionais previstas no art. 1520 do Código Civil (0800680-07.2012.8.12.0006) 288

União estável

Reconhecimento e dissolução. Concubinato. Separação de fato. Partilha de bens (0020497-76.2010.8.12.0001) 335

Reconhecimento e dissolução. Partilha de bens. Alimentos (0801803-89.2011.8.12.0001) 285

Reconhecimento e dissolução. Partilha de bens. Alimentos. Dano moral. Indenização devida (0009915-4.2010.8.12.0002) 198

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Corrupção de menor

Crime formal. Idoneidade moral anterior do menor. Desnecessidade. Participação devidamente comprovada. Condenação imposta (0003278-95.2011.8.12.0007) 427

Crime ambiental

Pesca proibida. Princípio da insignificância. Absolvição (0000650-02.2012.8.12.0007) 373

Crime de resistência

Desacato. Impossibilidade. Princípio da consunção. Sentença mantida (0000601-85.2010.8.12.0053)...398

Crime militar

Extorsão qualificada contra civil. Policial militar. Incompetência da justiça militar estadual. Improcedência. Dosimetria. Retificação da pena-base. Possibilidade (0048514-59.2009.8.12.0001).....379

Disparo de arma de fogo

Liberdade provisória mediante fiança. Dispensa de fiança. Possibilidade. Paciente hipossuficiente. Constrangimento ilegal. Ordem concedida (0604541-03.2012.8.12.0000) 387

Estatuto do desarmamento

Posse ilegal de munição. Atipicidade da conduta. Recurso provido (0000968-77.2011.8.12.0020).....442

Estupro de vulnerável

Fragilidade do conjunto probatório. Depoimentos contraditórios. Absolvição (0001056-16.2011.8.12.0053)..... 361

Execução de alimentos

Prisão civil. Débito alimentar. Alegação de incapacidade financeira. Habeas corpus. Meio inábil. Regime aberto. Impossibilidade. Não concessão (4001176-82.2013.8.12.0000) 357

Favorecimento a prostituição

Exploração sexual de vulnerável. Pretendida absolvição. Provas da autoria e da materialidade (0000781-15.2010.8.12.0017) 408

Habeas corpus

Violência doméstica. Prisão preventiva. Desnecessidade da medida extrema. Crime apenado com detenção. Ordem concedida (0604167-84.2012.8.12.0000) 417

***Habeas corpus* preventivo**

Prisão civil. Execução de alimentos. Expedição de salvo conduto em favor do paciente. Impossibilidade. Ordem denegada (0605357-82.2012.8.12.0000) 423

Porte de arma branca

Contravenção penal. Insurgência ministerial. Atipicidade da conduta. Ausência de regulamentação (0001153-29.2012.8.12.0005).....402

Porte ilegal de arma de fogo

Abolitio criminis. Não ocorrência. Crime de perigo abstrato. Condenação mantida (0200011-03.2008.8.12.0019) 350

Posse ilegal de arma de fogo

Prova ilícita. Violação de domicílio. Rejeição da denúncia (0042603-61.2012.8.12.0001).....448

Posse irregular de munição

Liberdade provisória mediante fiança. Hipossuficiência econômica. Ordem concedida (0604538-48.2012.8.12.0000) 393

Princípio da insignificância

Contravenção penal. Embriaguez. Inaplicabilidade (0001157-05.2008.8.12.0006) 347

Revisão criminal. Furto. Valor abaixo do salário mínimo. Revisional procedente (0600318-07.2012.8.12.0000) 366

Prisão preventiva

Roubo circunstanciado. Decreto prisional fundado em argumentos genéricos. Ordem concedida (0605064-15.2012.8.12.0000) 453

Tráfico de entorpecentes. Não localização do paciente. Revelia. Equívoco da serventia. Intimação. Decisão cassada. Ordem concedida (0603475-85.2012.8.12.0000) 391

Progressão de regime

Livramento condicional. Paciente estrangeira. Processo de expulsão em trâmite. Possibilidade (4001033-93.2013.8.12.0000) 435

Remição

Parte do tempo da execução da pena. Estudo. Aproveitamento escolar do reeducando. Irrelevância. Requisito objetivo (0604538-48.2012.8.12.0000) 393

Revisão criminal

Tentativa de furto. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Valor da coisa furtada. (1600037-41.2012.8.12.0000) 370

Sentença de pronúncia

Homicídio qualificado tentado. Recurso que dificultou a defesa da vítima. Exclusão da qualificadora. Admissibilidade (0201279-66.2011.8.12.0026) 433

Violação de direitos autorais

Pretensa condenação. Princípios da adequação social e da insignificância. Irrelevância. Absolvição. (0074630-05.2009.8.12.0001) 405