Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 37 - n. 199
Janeiro a março de 2016



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 37 - n. 199 - Jan-Mar de 2016

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 37, n. 199

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. 199 (2016)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2016 - .

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

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

Diretoria

Presidente - Des. João Maria Lós

Vice-Presidente - Des. Paschoal Carmello Leandro

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Julizar Barbosa Trindade

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

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

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Des. Nélio Stábile

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Dr. Jairo Roberto de Quadros (Juiz designado)

Dr. José Ale Ahmad Netto (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

ACESSO À JUSTIÇA E ALTERNATIVAS À JUSTIÇA

Camila Machado Cândido de Paula 006

O PRECEDENTE NO SISTEMA *CIVIL LAW* BRASILEIRO

José Domingues Filho 018

Jurisprudência Cível 039

Jurisprudência Criminal 548

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 807

Jurisprudência Criminal 810

Índice de Assuntos

Jurisprudência Cível 813

Jurisprudência Criminal 820

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



ACESSO À JUSTIÇA E ALTERNATIVAS À JUSTIÇA

Camila Machado Cândido de Paula[1]

Resumo: Direito fundamental que é, o acesso à justiça previsto na Carta Magna de 1988 precisa ser compreendido em sua concepção ampla. Nesse passo, corolário da observância da Constituição e seus princípios, o Código de Processo Civil de 2015 propõe uma resolução dos litígios priorizadora da autocomposição. É dizer, a nova sistematização processual adota maneiras alternativas de soluções de conflitos – prioritariamente a conciliação e a mediação –, como regra de acesso a solução justa do caso. A decisão impositiva do magistrado é *ultima ratio*. Assim, impende examinar o conceito de Justiça para se compreender como garantir seu acesso, vislumbrando sempre a busca pela pacificação social e a pertinência entre o novel *codex* e os preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Processo civil. Mediação. Conciliação.

Abstract: The fundamental right of access to justice laid down in the 1988 Constitution needs to be understood in its broad conception. In this context, because the observance of the Constitution and its principles, the Civil Procedure Code 2015 proposes a resolution of disputes prioritizing autocomposição. That is, the new procedural systematization take as a basis the alternative ways of conflict resolution - priority to conciliation and mediation - for access to the just solution of the case. The decision by the court is the last option. So, it's necessary to analyze the concept of Justice to understand your access as security, always observing the search for social peace and relevance between the new code and the constitutional precepts.

Keywords: Access to justice. Civil suit. Mediation. Conciliation.

INTRODUÇÃO

A fim de construir um discurso adequado a respeito do acesso à justiça, impõe-se, de princípio, identificar a existência de vertente doutrinária que afirma não ter o direito nenhuma relação com a justiça[2]. Contudo, o crescimento das populações e as complicações advindas das relações interpessoais, apontam o surgimento de uma sociedade cada dia mais complexa[3]. Para diluir essa complexidade social é necessária uma fusão entre o direito positivo e a filosofia do direito, culminando na compreensão do direito como exigência da justiça.

Resultante desse quadro e a par da garantia constitucional de acesso à justiça prevista no art. 5˚, XXXV da Carta da República, o novo modelo processual idealizado pelo Código de Processo Civil de 2015, aliado a legislação esparsa sobre vias alternativas de solução de conflitos, descortina uma visão mais ampla do acesso à justiça. Isso porque, para além da previsão normativa do mero acesso ao poder judiciário, a amplitude concedida pelo conceito de justiça apresenta a viabilidade de obtenção de maneiras outras de solucionar conflitos que não o poder de dizer o direito conferido ao magistrado.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Pós-graduanda *lato sensu* em Direito Constitucional pela EAD Universidade Anhanguera-Uniderp. Assessora jurídica do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

2 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 158.

3 OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. A função social do direito nas atuais sociedades complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação funcional sistêmica Luhmanniana. p. 4. **Publica Direito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8597a6cfa74defcb>. Acesso em: 14 jan. 2016.

É nesse cenário que se destaca a importância da desconstrução do impulso litigioso da sociedade em geral e a busca pela consciente pacificação social. Para tanto, partindo-se do direito positivo e passando brevemente por uma exposição filosófica do conceito de Justiça, sopesando essas concepções com os preceitos constitucionais e processuais, elencar-se-á maneiras alternativas de soluções de conflitos, evidenciando, a pertinência da nova sistematização de solução de demandas proposta pelo Código de Ritos e a Carta Magna de 1988. Objetivando sempre a pacificação social, com resoluções adequadas das desavenças, tanto para as partes, quanto para o Estado e principalmente para a sociedade como um todo, como um corpo democrático, equânime e justo.

1 APORTES SOBRE JUSTIÇA

A lei deve ser justa, a sentença deve ser justa, as obrigações devem ser justas, o salário e o preço devem ser justos, "com razão escreveu Del Vecchio: 'A noção de justo é a pedra angular de todo o edifício jurídico'"[4].

Numa breve passagem histórica, à luz dos ensinos de Sócrates, a Aristóteles foi reconhecido o mérito de ser o primeiro filósofo a tratar sistematicamente da Justiça Política como categoria ético-jurídica[5]. A sua teoria da justiça se baseou integralmente no campo da ética. No cenário ateniense o ambiente político caracterizado por imediata participação dos cidadãos, liberdade nas decisões políticas, debates e utilização da palavra como instrumento de atuação do indivíduo, o terreno foi fértil a maneira sofista de filosofar[6].

"Os sofistas[7] não vislumbravam sequer uma noção única de justiça humana"[8]. O justo e o injusto, nesse raciocínio, não poderiam ser categorias objetivas, e a relativização da justiça se impunha, porquanto, o que era conforme a justiça em um caso poderia não sê-lo em outro idêntico.

Na concepção de Aristóteles "a Justiça é, antes de tudo, a virtude que leva o cidadão a buscar o que é justo e a evitar o que é injusto"[9]. Podendo-se mensurar justo e injusto por dois mecanismos distintos: pela lei, que denominou Justiça Geral, e pela igualdade, nominada de Justiça Particular.

Com efeito, pela tradição aristotélica a Justiça Particular é tida "como virtude mais completa que as demais virtudes"[10]. Enquanto para a Justiça Geral, justo e injusto se caracterizam pela conformação ou não à lei, para a Justiça Particular o discrimine se encontra na igualdade entre dois ou mais sujeitos de uma relação.

> A diferenciação decorre da constatação de que a Justiça é, necessariamente, uma virtude social, realizada sempre em atenção ao bem de outrem, em contraposição às virtudes ditas "egoísticas", que visam, principalmente (mas não exclusivamente), ao bem próprio do particular[11].

A busca pela "verdadeira" Justiça fica a cargo da filosofia do direito, esse sistema de ideias é o tipo de discurso filosófico para a noção de justiça. Lado outro, num discurso científico, a justiça é compreendida como um conhecimento intersubjetivamente verificável, ou seja, compete-lhe "averiguar em qual concepção de justiça está inspirada uma certa norma ou um certo ordenamento"[12].

4 MONTORO, André Franco.Op. cit. p. 158.

5 CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5-12.

6 Ibidem. p. 7.

7 Sofista é "alguém cujo objetivo no debate não é buscar a verdade, mas vencê-lo. Na antiga Grécia, os jovens aspirantes à vida pública aprendiam com os sofistas os vários métodos para vencer debates" (SOFISTA. In: KIM, Douglas (trad.). **O livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011. p. 343).

8 CASTILHO, Ricardo. Op. cit. p. 8.

9 Ibidem. p. 15.

10 Ibidem. p. 20.

11 Ibidem. p. 21.

12 LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 13.

Tarefa árdua, quiçá impossível, apresentar definição única de justiça. Naturalmente complexa, não há como estabelecer regras objetivas para sua significação. Os filósofos políticos podem debater e apreender um patamar argumentativo sobre a justiça, tentando descrevê-la para sua comunidade por meio de proposições abstratas "de tal modo que os argumentos sobre a justiça possam ser entendidos como argumentos sobre a melhor concepção desse conceito"[13]. A justiça é, portanto, "uma obrigação social cuja realização os homens não apenas sugerem e recomendam, mas muito antes exigem uns dos outros, respectivamente, atribuem reciprocamente e talvez até se devam uns aos outros"[14].

Diante dessa amplitude conceitual, surgem instituições garantidoras da moral mínima – justiça jurídica –, "para defender este mínimo ético necessário, a justiça social é apreendida pelo direito positivo e então limitada segundo fronteiras mais rígidas, é codificada"[15]. Sob a ótica exclusiva do direito posto "o direito positivo é válido porque tem um determinado conteúdo e, por isso mesmo, é justo; não é válido porque tem o conteúdo oposto e, por isso mesmo, é injusto"[16]. Assim, "a justiça jurídica rege consequentemente um número menor de relações do que a justiça moral; ela defende valores morais legítimos, embora em grau mais modesto"[17].

Para além desse ângulo de visada da teoria pura do direito, que tem espectro jurídico monista: só existe um direito, o positivo[18], "a justiça confunde-se com a lei (o direito positivo ou escrito) mas não se reduz a ela, firmando-se como seu referencial e modelo ideal, o qual nem sempre, ou melhor, nunca é realizado"[19]. De conseguinte, em suma de remate, "a justiça é uma questão que remete à melhor (ou mais correta) teoria do que é justo moral e politicamente". Daí a exigência de que o direito vigente "(também chamado de positivo, enquanto posto, ou seja, criado, em conformidade com as normas de produção próprias de cada ordenamento) seja também justo"[20], ou seja, "em conformidade com os critérios ideais que devem presidir a boa condução e o desenvolvimento ordenado da coisa pública. Ao conjunto desses critérios ideais dá-se o nome de justiça"[21].

2 ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição da República de 1988, no *quantum satis*, consagra o acesso à justiça no inciso XXXV, de seu art. 5˚, garantindo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Impende, contudo, delimitar as arestas desse preceito, pois não se mostra as claras, mas entremeado com outros princípios constitucionais de igual valia.

> Se, em um primeiro momento, sua concepção parece estar imbricada no direito de acesso aos tribunais – chegando mesmo a ser confundido com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5˚, XXXV CRFB) –, uma análise mais detida demonstra um indesejável reducionismo, já que em torno desse suposto núcleo único gravitam questões outras como o direito à informação, à correta adequação entre a ordem

13 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 91.
14 HÖFFE, Otfrie. **Justiça política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 40.
15 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 212
16 KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 116.
17 ADEODATO, João Maurício. Op. cit. p. 212.
18 KELSEN, Hans. Op. cit. p. 117.
19 BARBOSA, Julio Cesar Tadeu. **O que é justiça**? São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 24.
20 LUMIA, Giuseppe. Op. cit. p. 119.
21 Idem.

> jurídica e a realidade socioeconômica do país, ao acesso à instrumentos jurídicos que permitam a concretização de uma posição jurídica de vantagem, enfim, o direito de acesso a toda uma ordem jurídica justa[22].

Interpretação adequada "é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação"[23]. Tudo é interpretação e a interpretação é cultura, história, vida e, portanto, complexidade. A interpretação do mundo, dos fatos e das normas é inarredável. Mesmo porque, na técnica jurídica, a interpretação da lei precisa atender aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5˚).

Nesse contexto, a Constituição não configura "apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas"[24]. E "sendo a finalidade do Estado essencialmente uma finalidade de direito, só podendo a sua atividade manifestar-se em conformidade com o direito e no domínio do direito"[25], as demais normativas devem respeitar o escalonamento de forças.

Como as normas infraconstitucionais retiram naturalmente seu fundamento de validade da Constituição, "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições" da Lei 13.105/15[26]. Que para alcançar seu mister assegura que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, sendo permitida a arbitragem, na forna da lei; bem como estipulando um dever ser a todos, uma nova mentalidade social, pois, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial[27].

Uma das características do Direito contemporâneo é, sem dúvida, a constitucionalização do direito processual, "a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como caracterizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas"[28].

Compreendido que "todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso"[29], não se pode simplificar esse direito fundamental ao ponto de reduzi-lo ao – também muito importante – direito de ação. Este, "garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada"[30]. Para além, o real acesso à justiça depende menos do judiciário do que se pode imaginar. Mormente considerando que "simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça é insuficiente, torna-se necessário adjetivar a prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada à realidade da situação jurídico-substancial em que se insere"[31].

---

22 GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. **O direito fundamental de acesso à justiça**. São Paulo: LTr, 2015. p. 12.

23 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 23.

24 Ibidem. p. 15.

25 DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Campinas: Servanda, 2008. p. 50.

26 Código de Processo Civil.

27 Código de Processo Civil. Art. 3ºNão se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1ºÉ permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2ºO Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3ºA conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

28 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 47. v. 1.

29 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentário ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 187.

30 Idem.

31 GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. Op. cit. p. 40.

Considerando as funções específicas do Estado, dentre as quais as de distribuir e aplicar a justiça, há possibilidade dessa confusão entre o acesso à justiça e o direito de ação ou direito à jurisdição. Reduz-se a justiça ao Poder Judiciário[32]. Entrementes, "acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo"[33]. A própria garantia constitucional da ação "seria algo inoperante e muito pobre quando se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado"[34].

> O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos[35].

O direito constitucional moderno considera a ação um direito público subjetivo. "A esse direito corresponde, da parte do Estado, o dever jurídico de julgar, dever jurisdicional, isto é, de dizer o direito, dar sentença"[36]. Todavia não se limita aí a previsão do art. 5°, XXXV, da Carta Magna. "O direito de acesso à justiça não se identifica integralmente com a judicialização dos conflitos e com a garantia de uma solução judicial"[37]. Dois caminhos podem ser percorridos, "o da identificação do direito de acesso à justiça com a igualdade no acesso ao sistema judicial e o da consideração do direito de acesso como uma garantia da efetividade dos direitos individuais e coletivos"[38].

O acesso à justiça implica em um acesso à ordem jurídica justa, quer dizer obtenção de justiça substancial. "Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido"[39]. Sua significância é proporcionar, livre de qualquer restrição, o direito de prantear tutela jurisdicional, tendo à disposição os meios previstos constitucionalmente para alcançar seu intento, pois "ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, justo"[40]. Somente com essa amplitude de cognição se compreende o concreto escopo do acesso.

3 ACHEGAS ALTERNATIVAS À SOLUÇÃO DE CONFLITO

A importância do direito de acesso à justiça é patente, mesmo porque "é corolário lógico da seguinte premissa: o direito de acesso é um dos principais instrumentos garantidores (senão o principal) da concretização de todos os demais direitos fundamentais"[41]. Não sem razão, as considerandas da Resolução n. 125, do CNJ, tecem que "a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário"[42]. Mas não é só. "O direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa"[43].

32 BARBOSA, Julio Cesar Tadeu. Op. cit. p. 21.
33 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 118. v. 1.
34 Idem.
35 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.
36 MONTORO, André Franco. Op. cit. p. 529.
37 GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. Op. cit. p. 34.
38 Ibidem. p. 21.
39 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 118.
40 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 71.
41 GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. Op. cit. p. 16.
42 Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça.
43 Idem.

Por isso, "cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade"[44]. Para tanto, precisa-se "organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação"[45].

Até a edição do Código de Processo Civil de 2015 essa Resolução consubstanciava "o mais importante instrumento normativo sobre a mediação e a conciliação"[46], isso porque tal normativa instituiu "a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade" (art. 1˚). Inspirando-se nela, a nova Instrumental Civil estimula que se promova "a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais" (CPC, art. 139, V); destina a Seção V, do Capítulo III, do Título IV, do Livro III, ao tratamento dos conciliadores e mediadores judiciais; e prevê no art. 334 audiência própria – a primeira, inclusive – para o fim de conciliar ou mediar a inaugural relação processual.

Cumpre notar que mediação e conciliação são atividades semelhantes, porém não iguais. Logo, não se confundem. Na conciliação, o conciliador participa ativamente no processo de negociação conduzindo os interessados a um acordo, opinando e propondo soluções, usando sua ciência profissional nas opiniões que emite. Na espécie, são as partes que escolhem a melhor opção, afigurando-se adequada aos casos em que não exista vínculo anterior entre os demandantes (CPC/2015, art. 165, § 2º).

Distintamente, a mediação é "a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia" (LF n. 13.140/15, art. 1˚, parágrafo único). Nesse procedimento o terceiro não opina, não sugere nem decide pelas partes, apenas conduz a comunicação delas "buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito" (LF n. 13.140/15, art. 4º, § 1º). Atuando preferencialmente nos casos em que há elo anterior entre as partes (CPC, art. 165, § 3º), cabe ao mediador servir como "veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos"[47].

Sem discrepar, embora modelo heterocompositivo, outro método alternativo é a arbitragem. Superadas as questões constitucionais suscitadas, em específico porque "a posição do STF permite vislumbrar a compatibilidade da Lei n. 9.307/96 com o art. 5˚, XXXV, da Constituição Federal, dando feição menos reducionista ao direito fundamental à proteção efetiva do Poder Judiciário"[48], a arbitragem traduz-se em técnica destinada ao acertamento de direitos patrimoniais disponíveis, inclusive podendo "ser preferida por contar com árbitros conhecedores de técnicas específicas relacionadas a determinados conflitos, cuja legitimidade decisória deriva da autonomia das partes, além de ser sigilosa e mais rápida"[49] do que a solução apresentada pela jurisdição estatal. Demonstração de sua eficácia é a ampliação que a legislação regente sofreu pela Lei 13.129/15.

Fechado esse parêntese, nota-se que, seguindo a mundial tendência evolutiva de abrir o procedimento comum para os meios alternativos de resolução de demandas, o novo Código de Processo Civil concedeu à autonomia privada um espaço de maior destaque no procedimento. Nesse trilhado, compreende-se que

44 Idem.

45 Idem.

46 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. cit. p. 274.

47 Ibidem. p. 276.

48 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 413.

49 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 175. v. 1.

a sistemática processual brasileira pousou seu norte na pacificação social, através, principalmente, da autocomposição. A resolução dos conflitos por pronunciamento judicial se tornou a *ultima ratio*.

4 COMO ALCANÇAR A JUSTIÇA

Acompanhando a filosofia aristotélica de que "se quisermos compreender o mundo de maneira mais profunda, temos de deixar de lado nossa aceitação habitual das coisas"[50], o filósofo francês Maurice Merleau-Ponty ensinou que nossa experiência é repleta de enigmas e contradições, mas "nossas suposições cotidianas nos impedem de ver esses enigmas e contradições. Devemos deixar de lado nossas suposições cotidianas e reaprender a examinar nossa experiência. A fim de ver o mundo, temos de romper com nossa aceitação habitual a ele"[51].

É incontestável que todo homem vive em sociedade e sempre fará parte de um grupamento humano. Entretanto, sempre houve uma cristalina consciência de sua individualidade. Assim, os desejos e aspirações individuais não podem ser satisfeitos senão pela vida comum com os outros. É dizer, em que pese à individualidade própria existem e sempre existiram laços unindo os homens. O homem "está ligado aos outros homens pelos laços de solidariedade social"[52]; uma interdependência social.

Alçado esse patamar de intelecção, afigura-se imprescindível uma minimização do impulso litigioso do homem, pois, "nós nos propomos questões sobre a justiça como pessoas com determinada autocompreensão e compreensão de mundo, e que entendemos tais questões a partir desse horizonte"[53]. Sempre cheios de razão, cada um, do cume de suas certezas, busca impor ao outro sua visão. Contudo, avulta-se pensar sobre a possibilidade de responder satisfatoriamente aos questionamentos do interior desse horizonte.

Em linhas genéricas, do alto da imparcialidade dos magistrados, extrai-se que ao julgar uma demanda, buscam solução imparcial "em relação à qual todos os participantes (e atingidos) não tivessem saída senão manifestar sua concordância, depois de muito ponderar sobre ela, no contexto de um diálogo isento de coerções e mantido sob condições simétricas de reconhecimento recíproco"[54]. Isso, sem sombra de dúvidas, está contido no postulado do acesso à justiça.

Entrementes, em nada pesaria a ampliação dos horizontes, pois, auxiliados ou não por um terceiro (mediador ou conciliador), de forma ideal, como conhecedores de suas lides, "a partir do horizonte de sua respectiva autocompreensão e compreensão de mundo, as diversas partes referem-se a um ponto de vista moral pretensamente partilhado, que induz a uma descentralização sempre crescente das diversas perspectivas, sob as condições simétricas do discurso (e do aprender-um-com-o-outro)"[55], conseguindo com isso um acesso a uma justiça mais justa – no aspecto de precisão, exatidão e justeza –.

Retomando Aristóteles e à luz da educação, que é ponto central para afirmação de direitos e deveres, é preciso que os indivíduos possam "entender e obedecer aos ditames do Bem Comum, identificados com as condutas virtuosas prescritas em lei – esta, consagradora da supremacia do interesse social sobre o individual"[56] para que se alcance um olhar menos conflituoso e mais compreensivo para com os pares; a busca de entendimento entre as partes e não imposição de suas próprias razões; a

50 KIM, Douglas (trad.). **O livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011. p. 274.
51 Idem.
52 DUGUIT, Léon. Op. cit. p. 20.
53 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 315.
54 Idem.
55 Ibidem. p. 316.
56 CASTILHO, Ricardo. Op. cit. p. 118.

amplitude de um bem comum para além do bem a si mesmo. Tudo, preferivelmente sem cominação de obrigações pelo Estado-juiz, com a própria sociedade amadurecendo seus conceitos de justiça, mudando paradigmas de justo e injusto.

> Nesse novo e otimizado patamar da fraternidade como característica do Constitucionalismo contemporâneo, o que se tem já é a democratização no interior da sociedade mesma. E não só nos escaninhos do Estado e do Governo. Uma dignificação de todos perante a vida, mais do que diante do Direito, simplesmente. Não por coincidência, a Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio *(medius in virtus)*[57].

Consequentemente, "quem omite esse estado de coisas, ou exigirá demais da ideia de justiça porque converte toda a obrigação que é mais que pragmática em tarefa da justiça, ou ele terá que reprimir normatividade social que não se deixa reduzir a questão de justiça"[58].

Com efeito, "uma das características do Estado de direito do nosso tempo é a vocação para a justiça e para garantias de acesso efetivo"[59]. Isso não exclui a participação do jurisdicionado na solução de sua celeuma. Pelo contrário, considera-se que os meios alternativos de solução de conflitos "são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças"[60].

Noutro modo de dizer. A jurisdição é direito fundamental inafastável e sempre será assegurada pelo mesmo inciso XXXV da Carta Magna. Entrementes, a "melhor justiça" pode ser criada caso a caso. Sendo que, tal com imaginado, isso não quer significar mais do que o direito a tutela jurisdicional efetiva, com todos os consectários da espécie. Não fugindo dos próprios mandados de otimização, porquanto estes são "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"[61].

Numa análise racional, chega-se ao concluimento de que "existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento"[62]. As soluções intentadas pelas próprias partes podem ser mais rápidas e eficazes.

> Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte 'vencedora' e a outra 'vencida' – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado[63].

Bem por isso, o dever de estímulo às medidas autocompositivas, por imperativo ético compreende todo e qualquer sujeito, operador do direito ou não, envolvido em determinada causa. "A solução deve ser mais harmônica possível para todas as partes, e apenas em caso de grave desacordo deve ser depositada sobre os ombros do juiz – isso contribui para um maior grau de satisfação das partes e maior celeridade na

57 BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 218.

58 HÖFFE, Otfrie. Op. cit. p. 40.

59 GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. Op. cit. p. 38.

60 Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça.

61 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2012. p. 90. Apud: GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. **O direito fundamental de acesso à justiça**. São Paulo: LTr, 2015. p. 42.

62 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Op. cit. p. 83.

63 Ibidem. p. 84.

distribuição da justiça"[64]. É dizer, uma melhor compreensão aclara ser mais interessante uma composição amigável dos sujeitos, na qual, imbuídos com parcimônia, cedem parte do que entendem seu, pondo fim à discórdia, sem submeterem-se a incidentes onerosos e desagradáveis na via judicial, mormente "dado que a sabedoria popular proclama: 'É preferível um mau acordo a uma boa briga judicial'"[65].

Porém não é só. No Estado Constitucional de Direito a resolução do processo transcende o individual, a resposta devida não serve apenas aos litigantes, mas serve a toda coletividade. "Para plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas"[66]. Nesse compasso caminha o novo Código de Processo Civil e o fomento às alternativas à Justiça.

> O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores. Por estas razões a doutrina moderna abandonou a ideia de que o direito de acesso à justiça, ou direito de ação significa apenas direito à sentença de mérito, esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da efetividade do processo que traz em si a superação de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material[67].

Depreende-se, portanto, que "a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente"[68]. Em outras palavras, "a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva"[69]. Assim, também "a busca da justiça deve se pôr como um fim da ordem social, e se ela não é justa, significa que deve ser modificada de maneira a se aproximar o mais possível do ideal de justiça"[70].

Corolário disso, "o desafio do novo século é a profilaxia: evitar litígios a resolver em juízo"[71]. Mas um cuidado é preciso. A autocomposição é uma técnica de aceleração das soluções e diminuição das pendências processuais, mas não é uma imposição de "acordos inexequíveis e antissociais que busquem tão somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos 'resolvidos' ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional"[72].

A boa razão evidencia que "a conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva"[73]. A desopressão não é a meta, mas consequência. Não há uma preocupação com estatística – este não deve ser o principal aspecto –, e sim com qualidade. Uma inversão de valores seria muito perigosa, pois a autocomposição não é obrigação, é uma faculdade, apresentada como alternativa capaz de melhor solucionar as demandas. O que vai além disso conforma "negação da garantia constitucional da ação e configura a quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça"[74].

64 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 192.

65 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 311. v. 2.

66 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 117.

67 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit. p. 8.

68 HESSE, Konrad. Op. cit. p. 18.

69 Idem.

70 BARBOSA, Julio Cesar Tadeu. Op. cit. p. 24.

71 ARAGÃO, Egas Dirceu. Moniz de. **O processo civil no limiar de um novo século**. Campo Grande: ESMAGIS, 2000. p. 20.

72 NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos. **Consultor Jurídico**, Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos>. Acesso em: 19 jan. 2016.

73 YARSHELL, Flávio Luiz. **Para pensar a semana nacional da conciliação**. Folha de São Paulo, 8 dez. 2009, p. A3.

74 Idem.

Desta feita é preciso mais que redução de números. Somente uma solução integral do conflito – do verdadeiro interesse ensejador do litígio – é capaz de conduzir a pacificação social. Não é suficiente uma resolução processual de determinada pendenga. E para fazê-lo "é preciso afastar a nossa formação romanista, portadora da ideia de que só o juiz investido das funções jurisdicionais detém o poder de resolver conflitos"[75]. Outros preparados, como mediadores, negociadores, árbitros, conciliadores judiciais também conseguem. Decerto "é importante haver uma mudança da mentalidade dos profissionais do Direito e da própria sociedade"[76]. Inclusive porque, diga-se de passagem, "bons profissionais interpretam e aplicam adequadamente más leis; maus profissionais, ao contrário, interpretam e aplicam mal boas leis"[77].

> O acesso à Justiça deve, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário como não apenas aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos polos de uma relação jurídica processual – o usuário do poder judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados[78].

Sem a conformação da mentalidade dos operadores do direito, bem como da sociedade civil como um todo, ao esforço de solucionar a questão, afastando-se da vaidade intrincada de afirmar qual parte tem razão, a almeja equanimidade e justiça ficarão relegadas ao âmbito acadêmico, fora das vias práticas do judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo esse iter é lícito concluir que, no Estado Brasileiro, firmou-se uma política pública de tratamento adequado dos conflitos, com evidente estímulo à solução por autocomposição. Ampliou-se a autonomia da vontade nas relações jurídico-processuais. E, extreme de dúvidas, o acesso à justiça não se confunde com acesso ao judiciário, porquanto não visa apenas a levar as demandas dos necessitados ao conhecimento do Estado-juiz, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à beira do sistema.

Juízes e Tribunais não são suficientes para se atingir a justiça, "mas necessária se faz a ajuda dos cidadãos em geral, compenetrados de que são membros da sociedade e lhes cumpre participar de todos os atos que se destinam a realizar o seu bem-estar. Daí a ereção, como princípio, do dever de todos colaborarem com a justiça"[79]. Mormente porque, direitos fundamentais não podem existir sem deveres[80]. Para o direito fundamental de acesso à justiça, há um dever de colaboração de todos para a pacificação social.

Com a nova sistemática trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, aliada às leis esparsas sobre autocomposição, a sociedade tem a oportunidade de desenvolver uma solução mais adequada para seus conflitos. Com isso, o Poder Judiciário estará adotando um importante filtro da litigiosidade, que não impedirá o acesso à justiça, mas ao contrário, assegurará aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica verdadeiramente justa.

---

75 ANDRIGHI, Fátima Nanci. Conciliação no processo civil. In: CONGRESSO PIAUIENSE DE DIREITO PROCESSUAL, 2., 2003, Teresina. **STJ**, Brasília, 2003.

76 WATANABE, Kazuo. **Modalidade de mediação**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003. p. 50.

77 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Op. cit. p. 19.

78 GENRO, Tarso. Apud: Ministério da Justiça. **Guia de conciliação e mediação judicial para magistrados**. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. p. 30.

79 SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 71. v. 4.

80 HESSE, Konrad. Op. cit. p. 21.

Com efeito, em vários momentos a Constituição fomenta que o cidadão participe da gestão da coisa pública, e o fato de ele mesmo ajudar a resolver os seus problemas é um enorme avanço, não só para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, mas igualmente ao aprofundamento da cidadania. Com evidente benefício às próprias partes, que vivificam o proveito de alcançar uma solução pacífica ao avesso de deixar entregue ao judiciário suas questões.

Em verdade uma Justiça mais rápida, acessível e efetiva é o que o Judiciário Nacional almeja e a sociedade merece. Postas as coisas assim, conclui-se que o acesso à justiça "está mais ligado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com o resultado final do processo de resolução de conflito do que com o mero acesso ao poder judiciário, a uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto"[81].

De conseguinte, a desconstrução do impulso litigioso, o estímulo por todos à solução consensual dos conflitos, os meios adequados a um encontro de vontades, tornam o acesso à justiça amplo – não o reduzindo a peticionamentos ao judiciário – como a Constituição intenta e como os filósofos antigos descreviam. Compatível, pois, e louvável o escólio do Código de Processo Civil nesta seara com os princípios e garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 358 p.

ANDRIGHI, Fátima Nanci. Conciliação no processo civil. In: CONGRESSO PIAUIENSE DE DIREITO PROCESSUAL, 2., 2003, Teresina. **STJ**, Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20selecionado%20-%20%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20no%20Processo%20Civil%20-%20Piau%C3%AD.doc>. Acesso em: 2 maio 2016.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **O processo civil no limiar de um novo século**. Campo Grande: ESMAGIS, 2000. 40 p.

BARBOSA, Julio Cesar Tadeu. **O que é justiça**? São Paulo: Brasiliense, 1984. 112 p. 6 v. (Coleção Primeiros Passos).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 440 p.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 225 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**. São Paulo: Saraiva, 2009. 123 p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 724 p. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v.

81 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Guia de conciliação e mediação judicial para magistrados**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 27.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Campinas: Servanda, 2008. 80 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 513 p.

GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. **O direito fundamental de acesso à justiça**. São Paulo: LTr, 2015. 127 p.

HABERMAS, Júrgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007. 404 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradutor Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 40 p.

HÖFFE, Otfrie. **Justiça política**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 454 p.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 149 p.

KIM, Douglas (trad.). **O livro da filosofia**. São Paulo: Globo Livros, 2011. 352 p.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 187 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1446 p.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 686 p.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2845 p.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos. **Consultor Jurídico**, Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos>. Acesso em: 19 jan. 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 4 v.

WATANABE, Kazuo. **Modalidade de mediação**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003. p. 42-50.

YARSHELL, Flávio Luiz. Para pensar a semana nacional da conciliação. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. A3, 8 dez. 2009.

O PRECEDENTE NO SISTEMA *CIVIL LAW* BRASILEIRO

José Domingues Filho[1]

Resumo: Na imposição do vigente *Codice di Procedura Civile Brasiliano* de 2015, as decisões judiciais devem ser estáveis, integras e coerentes. Para concretização dessa política pública, o Código prevê institutos próprios de uniformização dos pronunciamentos jurisdicionais. Nesse cenário, cumpre esclarecer, à vista dos sistemas jurídicos inspiradores do modelo brasileiro, conceitos e referências por vezes confundidos, dada sua similiude, a exemplo da compreensão de precedente judicial, jurisprudência, *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obter dictum*. Destarte, sob influxo desses conceptivos, avaliar a adequada obediência aos precedentes e sua vinculatividade no sistema jurídico atual reluz imperativo aos operadores do direito.

Palavras-chave: Precedente. Sistema jurídico. *Civil law.* Jurisprudência.

Abstract: In the current Code of Civil Procedure of 2015, court decisions must be stable, entire and logical. To make real this public policy, the Code introduce institutes to make uniform the judicial pronouncements. In this context, it's important explain, in the point of view of inspiring legal systems of the Brazilian model, concepts and references sometimes confused, because of their resemblance, for example, the understanding of judicial precedent, jurisprudence, stare decisis, ratio decidendi and obiter dictum. Therefore, under influence of these contraceptives, it's imperative for law professionals to evaluate the proper obedience to precedent and its vinculatividade in the current legal system.

Keywords: Precedent. Legal system. *Civil law*. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO: AS "FAMÍLIAS DE DIREITO"

No espelho do mundo fenomênico, cada Estado possui um direito que lhe é próprio, mas, não raro, aplicam-se concorrentemente diversos direitos no interior de um mesmo Estado. "Certas comunidades não-estatais têm o seu direito: direito canônico, direito hindu, direito judaico. Existe também um direito internacional que visa regular, num plano mundial ou regional, as relações entre Estados e as do comércio internacional"[2].

No mundo contemporâneo existem muitos direitos e estes se deixam classificar em um número limitado de famílias jurídicas. Entrementes, a noção de família de direito não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos.

Três grupos ocupam situação proeminente: a família romano-germânica, a família do *common law* e a família dos direitos socialistas[3]. Por influxo da colonização, dentre outros modos de influência, não existe direito que não tenha tirado alguns elementos de uma ou de outra destas famílias. Compostos de elementos diferentes do sistema de classificação original são híbridos. Os direitos da família romano-germânica ostentam caráter de continuadores do direito romano, mas de modo algum caracterizam cópia

1 Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil pela UNIGRAN. Juiz titular da 6º Vara Cível da Comarca de Dourados-MS. Professor de Direto Processual Civil na UNIGRAN.

2 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 19.

3 A família dos direitos socialistas tem o seu berço na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e um direito original desenvolvido depois da revolução de 1917.

dele. Diversos de seus elementos derivam de outras fontes. Nenhuma pureza sedimenta a conteudística classificatória. Impera o *nomen juris* do Sistema quando o direito adotado ostenta predominantemente a característica de um, sem defini-lo misto.

Quer nos países de família romano-germânica, quer nos países de *common law* "se perfilha a mesma concepção do direito ligada à descoberta e realização da justiça. A diferença reside unicamente no fato de, no âmbito da família romano-germânica, se procurarem descobrir as soluções de justiça do direito pelo mesmo recurso a uma técnica que tem como ponto de partida a lei, enquanto na família da *common law* se pretende o mesmo resultado, utilizando-se uma técnica que toma prioritariamente em consideração as decisões judiciárias. Disso resulta, nas duas famílias, uma análise diferente da regra de direito, concebida sob um aspecto legislativo e doutrinal nos países da família romano-germânica e sob um aspecto jurisdicional nos países de *common law"*[4].

1 APROXIMAÇÃO DO SISTEMA *COMMON LAW* NO BRASIL

Ignorada a comunicação de Sistemas Jurídicos parece estranha a filiação do Brasil, porque a doutrina básica o integra no *civil law.* E a despeito do incontestável predomínio da regra escrita dele decorrente, o mecanismo submete-se à supremacia da vinculação a uma decisão de alto Tribunal, como acontece, *verbi gratia*, com a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Nada de incomum, entretanto. O que concretamente existe é uma natural aproximação entre os sistemas *common law* e *civil law,* pois os precedentes têm ampliado seu papel nos países da família romano-germânica, de forma mais ou menos forte.

Deveras. Acompanhando as mudanças das últimas décadas passadas no Direito desde o pós-guerra, constituições democráticas, elevação do *status* dos direitos fundamentais nas searas política e jurídica da sociedade, sente-se um aumento na atividade das cortes superiores em inúmeros Estados, sejam as tradições deles no *civil Law* ou no *common Law.* Esse crescimento que infla o Poder Judiciário aconteceu tanto no âmbito quantitativo, com o aumento de casos de demanda, quanto no qualitativo, porquanto os temas se espraiaram para questões morais, econômicas, políticas e de relevante valor social.

Adida essa realidade à judicialização da política "tem-se que o caráter aberto das normas de direitos humanos e fundamentais acaba conferindo aos juízes o poder de instituir os valores de moralidade política que irão dar significados a esses direitos, muitas vezes em detrimento de uma deliberação política por parte do Parlamento"[5].

Corolário da complexa evolução das relações humanas, exsurge uma trama mais complexa do sistema jurídico brasileiro, impositiva de uma plasticidade da engessada rotulação classificatória:

> É possível afirmar que o atual sistema jurídico brasileiro, em que pese ter sua tradição no *civil law,* acaba tendo que enfrentar um paradoxo, na medida em que o sistema não consegue dar previsibilidade na aplicação das leis; por outro lado, também não admite um sistema que busque uma coerência nas decisões judiciais, como forma de garantia da segurança jurídica dos cidadãos e da estabilidade e previsibilidade das relações sociais. Veja-se que a partir da Constituição Federal de 1988 prevaleceu no sistema jurídico brasileiro a leitura principiológica do direito constitucional, mudando o STF da posição de mero aplicador do direito para a de 'realizador de direitos' e 'garantidor dos princípios constitucionais'. Essa mudança é sentida especialmente na jurisprudência e no papel mais

4 DAVID, René. Op. cit. p.116.

5 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica. **Professor Medina**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://professormedina.com/2013/02/26/precedentes-judiciais-e-seguranca-juridica/>. Acesso em: 17 set. 2013, às 5h39m.

> incisivo do Supremo especialmente quando deve decidir diferentemente do que foi decidido anteriormente pelo Legislativo ou pelo Executivo. Há, assim, uma aproximação do papel do juiz (especialmente dos ministros do STF) do sistema brasileiro com tradição romano-germânica ao sistema de *common law*, no qual os juízes têm papel de *judge-made-law*[6].

Consoante ainda reluzem a prática conjugada à literatura jurígena, "já existe um sistema brasileiro de respeito aos precedentes judiciais"[7], porque "não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do Direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o direito positivo entrar em contradição com a própria ideia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do Direito como algo racional e coerente" [8]. Nesse trilhado, "qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na ideia de Estado de Direito"[9].

Diante da boa razão "não seria crível supor que no Direito continental o juiz apenas interpretasse regras gerais e abstratas previstas pelo legislador e que no *common law* o juiz apenas aplicasse, estendesse ou modificasse regras jurisprudenciais"[10]. Empiricamente essa visão não seria comprovada. Trata-se de situação caricata, pois, em qualquer sistema jurídico, o juiz fatalmente adota ambas as atividades, mesmo que em maior ou menor grau.

A diferença, sem dúvida, está em que juízes de *civil law* tratam o precedente como fosse uma regra abstrata, enquanto que os do *common law* buscam no caso passado os fatos que foram determinantes ("materiais") para a decisão e, aí, comparam com o caso que têm no presente.

Adotada uma ou outra sistemática, é certo que, em decorrência de imposição constitucional, a aplicação do Direito tem de ser sempre motivada. É dizer: justificada discursivamente. Não basta apenas citar a uma lei (geral e abstrata) ou um precedente, jurisprudência ou súmula (também tomados de forma abstrata) unicamente em razão da "autoridade" que lhes deu origem. Em qualquer hipótese é imprescindível dizer a razão (o motivo por que) de sua incidência sobre o fato litigioso submetido a juízo.

Para além dos enunciados de súmula e de jurisprudência predominante, a referência a precedentes jurisprudenciais em geral é comumente realizada no Brasil abstratamente. Portanto, desconectada das questões e circunstâncias que efetivamente lhe deram origem, porque não houve nem há mutação, mas adaptação de influências mínimas de outro Sistema. Por isso, difere do que exatamente ocorre nos países de *common law* em geral. Fosse incorporado ao original adotado, estar-se-ia diante de uma mescla geradora de um sistema jurídico misto, passível de designar-se: civil *common law.* Nunca como está, pois frente ao natural, apenas desenvolve um patamar mínimo da racionalidade necessariamente contida num certo grau de aderência ao precedente judicial. Sobretudo em respeito ao componente axiológico que sempre revestiu a ideia de justiça como qualidade formal, em homenagem à uniformização, à previsibilidade, à isonomia de tratamento aos jurisdicionados e à segurança dos julgamentos, de modo a evitar os nefastos males da chamada "justiça lotérica" identificadora da "desatenção e falta de comprometimento dos julgadores com as determinações constitucionais e, ainda, com a integridade e a coerência do Direito"[11].

---

6 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica. **Professor Medina**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://professormedina.com/2013/02/26/precedentes-judiciais-e-seguranca-juridica/>. Acesso em: 17 set. 2013, às 5h39m.

7 DIDIER JR, Fredie. In: WOLKART, Erik Navarro. **Precedente judicial no processo civil brasileiro**: mecanismos de objetivação do processo. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 13.

8 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 82.

9 Idem.

10 Ibidem. p. 106.

11 Sentido de "justiça lotérica" posto por Lênio Streck em entrevista ao site Consultor Jurídico. **Conjur**, Brasília. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 29 set. 2014, às 10h31m.

2 APORTES CONCEPTIVOS DE PRECEDENTE JUDICIAL

A guisa de prolepse, "quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala de jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos"[12].

Acima da diferença semântica, existe ainda a diferença qualitativa entre o precedente e a jurisprudência. "O precedente fornece uma regra que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro e os fatos do segundo caso"[13], enquanto a jurisprudência constitui uma tendência de decidir do mesmo jeito, mormente por consubstanciar decisões uniformes e reiteradas dos tribunais (instâncias superiores), orientando que situações semelhantes devem ser decididas da mesma maneira.

Evidencie-se, por inclusivo, que no atinente ao enunciado sumular, seja ele vinculante ou não, "não é verdadeiramente um precedente judicial. Como afirmado anteriormente, o precedente judicial relaciona-se a uma decisão judicial que contém elementos suficientes e similares a de outras situações futuras e que, por isso, é capaz de exercer algum espécie de persuasão sobre o julgador"[14].

Essa exegese vem confirmando que "o precedente judicial, de um modo bem objetivo, pode ser definido como um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito"[15].

Países "de tradição do *civil law*, como o Brasil, vêm adotando em sua prática jurídica, e mesmo no desenho institucional de seus sistemas judiciários, um modelo de aplicação de precedentes como fonte do Direito"[16]. E "é fato indubitável que a aplicação de precedentes é uma ferramenta essencial para a efetivação do princípio da segurança jurídica, bem como do princípio constitucional a justificação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB/88)"[17], gerando aplicação uniforme do direito e contribuindo para uma atuação célere e eficiente do sistema judicial. "Isso porque o precedente facilita o julgamento de demandas repetitivas e, geralmente, implementa o princípio da igualdade formal entre os jurisdicionados, que, ao promoverem demandas, passam a contar com respostas uniformes da parte do Judiciário"[18].

Nota-se, contudo, "a necessidade de adoção de uma sólida teoria de precedentes, para que o sistema judicial brasileiro possa gozar dos benefícios de previsibilidade, excelência e qualidade na produção de decisões judiciais que países legatários da doutrina do *stare decisis* gozam"[19], para que, num contexto de amplo acesso à justiça, possa se afligir os infortúnios da insegurança jurídica e da morosidade judicial. Porém, peleja-se nesse sentido, porquanto, rediga-se, "a uniformização jurisprudencial tem como fundamento a preservação do princípio da igualdade formal, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas"[20]. Desconsideradas na aplicação de uma tese as circunstâncias fáticas e de direito diferenciadoras de uma e outra situação, viola-se o instituto.

12 TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência, **Revista de Processo**, v. 199, ano 36, set. 2011. p. 141.

13 Idem.

14 LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197.

15 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 41.

16 NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. **O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira**: uma perspectiva crítica. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 23 dez. 2014, às 18h10m.

17 Idem.

18 Idem.

19 Idem.

20 Idem.

3 INFLUXOS DA DOUTRINA *STARE DECISIS*

A doutrina *stare decises* é essencial no sistema do direito enunciado e desenvolvido pelas decisões judiciais. "Ela era indispensável nos primórdios do *Common law* quando as provisões legislativas, geralmente, limitavam-se ao campo do direito público. O *stare decisis* foi recebido nos Estados Unidos da América como parte da tradição da *Common Law"*[21], por permitir aplicação consistente e coerente do direito e prestigiar a estabilidade. Para além de outras benesses, "ele preservava a continuidade, manifestava respeito pelo passado, assegurava igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação, poupava os juízes da tarefa de reexaminar as regras de direito a cada caso subsequente e assegurava à lei uma desejável medida de previsibilidade"[22]. Há, contudo, cuidados que devem ser observados.

> A estabilidade da ordem jurídica e a previsibilidade não podem ser obstáculos à mutação da compreensão judicial da ordem jurídica. Lembre-se do que disse o Juiz Wheeler, em *Dwy vs. Connecticut Co.:* 'A Corte que melhor serve ao Direito é aquela que reconhece que as normas jurídicas criadas numa geração distante podem, após longo tempo, mostrarem-se insuficientes a outra geração; é aquela que descarta a antiga norma por conta da confiança nela depositada. Foi assim que os grandes autores que escreveram sobre a Common Law descobriram a fonte e o método do seu desenvolvimento e, em seu desenvolvimento encontraram a saúde e a vitalidade de tal direito. Ele não é nem deve ser estacionário. A mudança deste atributo não deve ficar a cargo do Legislativo[23].

E efetivamente não fica, pois "as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, no *common law,* porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão, vista como precedente interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade"[24]. Por esse ângulo de visada, juiz e jurisdicionado precisam conhecer a significação dos precedentes.

O movimento da espiral jurídica vem instalando um novo *civil Law* e um novo *common law.* Ambos exploram a principal forma de direito do outro sem, contudo, alterar-se. Isso, mais a dificuldade em compreender "o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law,* na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law.* Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*"[25].

Conservam-se as famílias jurídicas, mas "não se pode mais compreender no *civil law* que o juiz esteja manietado à letra da lei, quanto mais o juiz brasileiro, que evidentemente não está na mesma posição do juiz do *common law*, mas, tendo em vista o horizonte constitucional a ser alcançado, deve perceber a relevância dos fatos para a identificação da regra jurídica"[26] que se lhes aplica.

> O juiz está na nossa ordem jurídica vinculado às leis e ao direito constitucional, mas é livre na interpretação da lei e no desenvolvimento do Direito conforme ao seu sentido. Nessa tarefa só tem de seguir a sua própria convicção, formada conscienciosamente. Daí resulta que o que pode vinculá-lo não é o precedente judicial enquanto tal, mas sim e só a interpretação ou concretização correta da norma, que nele porventura se exprimam. Se

21 RE, Edward Dominic. Stare Decisis. Tradução Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, jan/mar, p. 48, 1994.

22 Idem.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficácia vinculante**: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. Revista de Processo. São Paulo, v. 35, n. 184, jun. 2010. p. 16.

24 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 221.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **UFPR**, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>. Acesso em: 29 set. 2014, às 11h33m.

26 CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 128.

> a interpretação ou concretização da lei contida no precedente é correcta, porém, é ponto que cada juiz há de, em princípio, decidir por si próprio e em cada novo caso, visto que o precedente não lhe pode tirar a responsabilidade pela correcção da sua decisão. O juiz não tem pois apenas o direito, está até obrigado a divergir de um precedente, sempre que chegue à convicção de que ele traduz uma incorrecta interpretação ou desenvolvimento da lei, ou de que a questão, então correctamente resolvida, deve hoje – mercê de uma mudança de significado da norma ou de uma alteração fundamental das circunstâncias relevantes para a sua interpretação – ser resolvida de outro modo[27].

No sistema *common law,* "uma vez que o julgador consciente deve reconhecer que futuros julgadores tratarão a sua decisão como precedente, os julgadores de hoje são obrigados a decidirem não apenas o caso de hoje, mas, também, o caso de amanhã"[28].

Por importante, é necessário visualizar que o precedente é apenas um ponto de partida, um começo, um *principium*, na acepção etimológica mais precisa da palavra. Isso significa que esse princípio não obsta maiores indagações. "Como ponto de partida, o juiz no sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão ao caso concreto que tem diante de si"[29]. Destarte, "o processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito"[30].

Chegado a este patamar de intelecção, límpido fica que um precedente não se resume a uma decisão que tratou de determinada questão jurídica, é "também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina"[31].

Sem negar essa valência, aqui, "desde 2008, vigora a Lei dos Recursos Repetitivos. Com ela, ao constatar que determinado assunto é motivo de diversas ações judiciais em todas as instâncias, o tribunal afeta um recurso como paradigma e aplica a decisão nele tomada aos demais processos"[32], refletindo um aspecto da doutrina *stare decisis*. Eis que, "o chamado precedente ou *Stare Decisis,* utilizado no modelo da *Common Law,* é o caso já decidido, que atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos semelhantes a serem julgados"[33]. Em tese este precedente será seguido como paradigma nas decisões posteriores, aproximando-se com a sistemática das ações repetitivas instituída no ordenamento jurídico pátrio.

4 STARE DECISIS ET NON QUIETA MOVERE

A progressiva clarificação do conteúdo concreto vem revelando que o *stare decisis* "é da essência da *common law* e sua ideia matriz é a de dar estabilidade ao direito, provendo que a jurisprudência nas mesmas questões legais será, em regra, seguida pela mesma corte e por qualquer outra de hierarquia inferior, em qualquer caso futuro que apresente fatos e direito idênticos"[34].

27 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 150.

28 SCHAUER. Apud DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 4, livre tradução.

29 RE, Edward Dominic. Op. Cit. p. 38.

30 Idem.

31 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 216.

32 Superior Tribunal de Justiça. **Solução pelas próprias mãos**. Anuário da Justiça. São Paulo: Conjur. 2014. p. 114.

33 TJRS. AI 70043693639. Do voto do Rel. Des. Dorval Bráulio Marques. Publicação: 19.7.2011.

34 PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. **ABDPC**, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014, às 19h.30m.

Em "regra, o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada). Esta é a posição adotada, entre outros, por Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenberg. Em outra senda, há aqueles que optam por distinguir o termo *stare decisis de precedent,* como Frederik Schauer, para quem, 'tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é dita como sendo *stare decisis* (...), e o termo mais abrangente *precedent* é usado para se referir tanto à *stare decisis,* quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior"[35].

Na particularidade, "*stare decisis* é o que sobrou da expressão latina '*stare decisis et non quieta movere*'; ao pé da letra: 'que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões judiciais'"[36].

Convém frisar, a bem da clareza, que "a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes, no sistema *common law*, é conhecida pela expressão *stare decisis et non quieta movere*: 'mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto. É dessa forma que a expressão em latim revela a importância do respeito ao precedente, e é a expressão utilizada para dar nome à teoria segundo a qual os juízes estão vinculados às decisões do passado'"[37].

No sistema brasileiro, também "a vinculação aos precedentes judiciais ocorre por força da doutrina do *stare decisis et non quieta movere*. Os tribunais vinculam-se pela *ratio decidendi* (*holding*), independentemente de o precedente vinculante ser proferido na mesma relação jurídica processual"[38]. E "nos sugere a observância dos precedentes firmados em instância superior, a fim de se primar pela segurança jurídica em um de seus pilares, qual seja, a unidade pretoriana"[39]. O glossário jurídico da Suprema Corte tanto mostra, ao descrever que:

> Efeito vinculante é aquele pelo qual a decisão tomada pelo tribunal em determinado processo passa a valer para os demais que discutam questão idêntica. No STF, a decisão tomada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui efeito vinculante, ou seja, deve ser aplicada a todos os casos sobre o mesmo tema. As Súmulas Vinculantes aprovadas pela Corte também conferem à decisão o efeito vinculante, devendo a Administração Pública atuar conforme o enunciado da súmula, bem como os juízes e desembargadores do país. Os demais processos de competência do STF (*habeas corpus*, mandado de segurança, recurso extraordinário e outros) não possuem efeito vinculante, assim a decisão tomada nesses processos só tem validade entre as partes. Entretanto, o STF pode conferir esse efeito convertendo o entendimento em Súmula Vinculante. Outro caminho é o envio de mensagem ao Senado Federal, a fim de informar o resultado do julgamento para que ele retire do ordenamento jurídico a norma tida como inconstitucional[40].

Impõe-se, entrementes, atenta observação ao acontecimento ajuizado depois, porque "dificilmente um caso será igual ao outro anteriormente decidido. Os fatos nunca são totalmente idênticos. Deve o juiz, então, buscar examinar os dois casos e assim verificar se existe alguma semelhança substancial entre seus fatos e suas questões de direito. Um caso só será precedente, vinculante, se partilhar com o caso em análise os mesmo fatos e questões de direito que criaram o *holding* (*ratio decidendi*) da sua decisão"[41].

35 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

36 SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law introdução ao direito nos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000. p. 35.

37 NOGUEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 163.

38 TJES. ED 024069006617. Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior. Publicação: 17.7.2007.

39 TJES. AC 24100222629. Rel. Des. Eliana Junqueira Munhos Ferreira. Publicação: 15.2.2012.

40 Descrição do verbete: Efeito Vinculante. **STF**, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=461>. Acesso em: 29 set. 2014, às 16h8m.

41 MIRANDA, Tássia Baia. Stare decisis e aplicação do precedente no sistema norte americano. Disponível em <http://www.usembassyprograms.org.br/bdfdr/bitstream/123456789/35/1/monografia_TassiaMiranda.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2012, às 18h53m.

A partir desta percepção, "a fase histórica do Poder Judiciário nacional, visando à tranquilidade da sociedade brasileira, exige o desenvolvimento de uma doutrina brasileira de *stare decisis et non quieta movere*. Nesse sentido vem sendo construído o novo edifício jurídico nacional, por intermédio de normas constitucionais e infraconstitucionais recentes – como, por exemplo, as Leis das Súmulas Vinculantes, da Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos"[42]. Por isso, ainda *exempli gratia*, diz-se que "o aperfeiçoamento da interpretação moldada pelo Pretório Excelso, traduzido no entendimento vinculativo n. 24, ganha, aí sim, peso coercivo como um verdadeiro *stare decisis*, tal qual acontece no modelo judicial anglo saxão (*commow law*)"[43].

5 *RATIO DECIDENDI*

Ratio decidendi "configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi,* uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que a solucionou"[44]. Logo, "um determinado caso, em virtude de apresentar fatos relevantes distintos, demandará, por isso, o exame de uma questão de direito diversa e, assim, a justificativa de certo julgado não lhe será aplicável"[45].

A *ratio decidendi* identifica-se com o ponto de partida para se analisar a aplicabilidade de um precedente a uma demanda superveniente. É a parte do precedente que demonstra ao juiz os termos e os limites da decisão que se pretende reproduzir. Entretanto, "a autoridade do precedente não é reduzível à *ratio decidendi.* Mesmo decisões que não são valorizadas como precedentes podem ter uma *ratio*. A identificação de uma *ratio* em um julgado anterior não é necessariamente uma evidência de que a decisão possui força vinculante"[46].

Numa primeira perspectiva, a razão de decidir "é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso"[47].

Em si, "*ratio decidendi* pode significar tanto razão da decisão quanto razão para que se decida. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso encontra-se necessariamente na fundamentação judicial. A fundamentação pode ser indispensável para a *ratio*, mas a *ratio*, ela mesma, é mais do que a fundamentação"[48]. "Está claro, assim, que a primeira regra para se descobrir a *ratio decidendi* de um caso é que não se deve procurá-la nos fundamentos que o juiz deu para a sua decisão"[49], mas nos fatos materiais como vistos pelo julgador e sua conclusão, porque "o mesmo conjunto de fatos pode se apresentar de modo completamente diferente para duas pessoas distintas. O juiz chega à sua conclusão a partir de uma massa de fatos selecionadas por si como relevantes a partir de um conjunto maior de fatos,

42 STJ. REsp 1.088.045/RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti. Publicação: 23.10.2009.

43 STJ. REsp 1.128.170/PR. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Publicação: 2.9.2014.

44 STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

45 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 203.

46 DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 91. Tradução livre.

47 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 222.

48 DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 67. Tradução livre.

49 GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, New Haven, vol. 40, n. 2, p. 164, dez. 1930. Tradução livre.

alguns dos quais podem parecer relevantes para o homem médio, mas que para aos olhos do advogado se mostram irrelevantes. O juiz, assim, chega à sua conclusão a partir dos fatos como ele os vê. É sobre esses fatos que ele baseia seu julgamento, não sobre quaisquer outros. Disso segue-se que nossa tarefa, quando estivermos analisando um caso, não é identificar os fatos e a conclusão, mas identificar os fatos materiais como vistos pelo juiz e sua conclusão"[50].

6 DISTINÇÃO ENTRE *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM*

Diante da conteudística que os envolve, "a doutrina do precedente faz distinção entre *ratio decidendi,* que é a regra de direito que é colocada como fundamento jurídico da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, por serem úteis para a compreensão da decisão e de seus motivos, não são parte integrante do fundamento jurídico da decisão"[51].

Inda baseado no sistema da *common law*, "da distinção entre a *ratio decidendi* e a *obter dictum* segue-se outra consequência: se é vinculante apenas a razão de decidir, isso importa na necessidade de se identificarem com precisão os fatos da causa. A *ratio decidendi,* assim, é intrinsecamente ligada aos fatos da causa. O juiz ficará vinculado ao precedente apenas se a situação fática posta em julgamento for a mesma. Caso contrário, inexiste a vinculação. Isso obviamente significa que os fatos da causa devem conter pelo menos um elemento relevante que os distinga dos examinados no precedente"[52].

Nas profundezas científicas, identificá-la não se cuida meramente de tarefa realizável. Existe larga divergência nas teses a respeito[53]. Entretanto, diante da sua razoabilidade, ainda hoje o método da inversão é bem aceito no Brasil. Assim, "para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva"[54].

7 FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Bem lembrando o significativo daqui, "uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante. Quando esta satisfaz os dois requisitos granjeia sólido prestígio, impõe-se como relevação presuntiva do sentir geral, da consciência jurídica de um povo em determinada época; deve ser observada enquanto não surgirem razões mais fortes em contrário: *minime sunt mutanda quoe interpretationem certam, semper habuerunt* – 'altere-se o menos possível o que teve constantemente determinada interpretação'"[55].

A literatura vem registrando há tempos que "fortes tendências estão agindo nos sistemas de direito civil no sentido de tratar os precedentes judiciais, se não como absolutamente vinculatórios, pelo menos como contendo opiniões autorizadas que outros tribunais, especialmente os de instância inferiores, se mostram relutantes em ignorar"[56].

50 Ibidem. p. 169.

51 TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, a. 61, n. 3, p. 800, 2007.

52 CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62.

53 Para DUXBURY é "errado, por exemplo, definir a *ratio decidendi* como uma proposição no julgamento que modificaria a decisão ao se inverter o seu significado" (*In:* DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 76. Tradução livre).

54 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.

55 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 151.

56 LLOYD, Dennis. **A ideia da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 355.

Estudando suas práticas à luz das características puras do *civil law* e do *commun law*, colhe-se que "a aproximação entre os dois sistemas é fato plenamente constatável na atuação dos magistrados dos países de direito escrito, que, diante de situações novas e não reguladas pela lei, passam a valorizar a casuística dos problemas em julgamento, em prejuízo do enfoque puramente conceitual. Movimento contrário se vê entre os juízes anglo-americanos, que fazem uso crescente dos conceitos legais, como base da construção jurisprudencial"[57].

No geral, o juiz nacional não está obrigado a seguir precedente não vinculante. Se o faz é porque está convencido da correção de seus fundamentos e de sua aplicabilidade no caso posto em juízo de sua competência. Tirante alguma proposição admitida, dentre aqueles com qualidade impositiva, como abaixo se porá, comumente, "as decisões dos tribunais superiores orientam, mas não vinculam, podem revestir-se de determinada força de convencimento, pela coerência lógica de sua fundamentação, pelo prestígio do órgão e dos julgadores que a proferiram, mas não vinculam, porquanto apenas capazes de efeitos vinculantes indiretos, por via da força de convencimento de que sejam dotadas, o que já foi denominado por alguns doutrinadores de força persuasiva. A par disso, ainda podem ensejar efeitos vinculantes reflexos, pela oportunidade que oferecem de libertar os órgãos inferiores da responsabilidade de maiores esforços hermenêuticos na solução de casos concretos"[58].

Dizendo o básico, ponha-se em mesa que, "no Brasil, há algumas hipóteses em que os precedentes têm força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante: (i) a 'súmula vinculante' em matéria constitucional, editada pelo Supremo Tribunal Federal na forma do art. 103-A, da Constituição Federal, e da Lei Federal n. 11.471/2006, tem eficácia vinculante em relação ao próprio STF, a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; (ii) o entendimento consolidado na súmula de cada um dos tribunais tem força vinculante em relação ao próprio tribunal; (iii) em função da 'objetivação' do controle difuso de constitucionalidade, pensamos que os precedentes oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, ainda que não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula vinculante, têm força vinculante em relação ao próprio STF e a todos os demais órgãos jurisdicionais do país; (iv) decisão que fixa a tese para os recursos extraordinários ou especiais repetitivos"[59] (CPC/1973, arts. 543-B e 543-C; CPC/2015, art. 1.036[60]).

A jurisprudência da Suprema Corte brasileira "é firme no sentido de que não cabe reclamação contra suposta ofensa a enunciado da súmula do Supremo Tribunal Federal destituída de efeito vinculante"[61]. E "não existe previsão legal para que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo vincule os tribunais de apelação, salvo em relação às partes que litigaram em tais processos"[62]. Logo, "o acórdão proferido pelo e. STJ em pronunciamento conforme o disposto no art. 543-C do CPC [CPC/2015, art. 1.036] não tem efeito vinculante com relação aos tribunais de justiça e regionais federais"[63].

Fora das hipóteses legais "a existência de julgamento de caso semelhante não tem caráter vinculante, não obrigando os demais Julgadores a seguir compulsoriamente o mesmo entendimento"[64].

57 SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59-60.

58 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano 2, v. 6, set./dez. 1997. p. 633.

59 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 393-394. v. 2.

60 CPC/2015. Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

61 STF. Rcl 14.656/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Publicação: 18.6.2014.

62 STJ. EDcl no AgRg na Rcl 16.920/RS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Publicação: 21.5.2014.

63 TRF3. AI 0023078-47.2013.4.03.0000. Rel. Des. José Lunardelli. Julgamento: 11.2.2014.

64 TJES. ED 24089007074. Rel. Des. Elpídio José Duque. Publicação: 16.4.2009.

Mesmo com coisas assim, no *civil law* nacional "a força da jurisprudência adquiriu notável relevo em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às demandas *ab origine*, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante a jurisprudência sumulada e oriunda das teses resultantes dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das controvérsias, previstos no artigo 543-C do CPC [NCPC, art. 1.036], evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de fortalecer uma das funções dos Tribunais Superiores, que é a de uniformizar a jurisprudência do país"[65].

Tem prevalecido "no sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento de que jurisprudência pode figurar como fonte direta e imediata do direito é fortalecido na medida em que se constata a sua progressiva aproximação ao paradigma anglo-saxônico do *common law* nas últimas décadas, como se depreende dos seguintes fenômenos: a consagração do poder normativo da Justiça do Trabalho; o aprimoramento dos mecanismos de uniformização jurisprudencial; o prestígio das súmulas dos tribunais superiores, mormente daquelas oriundas do Supremo Tribunal Federal; a previsão legal da súmula impeditiva de recurso; e a positivação constitucional da súmula vinculante, sob a inspiração da doutrina conhecida como *stare decisis*"[66].

Enxergando sua valia, o *Codice di Procedura Civile brasiliano*, no LIVRO III, intitulado DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, Título I, Capítulo I, "demonstra uma aproximação do sistema adotado no Brasil (romano germânico), com o sistema anglo-saxônico (*common law)*, já que os precedentes ganham muita força, exatamente para permitir que casos iguais recebam idênticas soluções jurídicas"[67].

No Brasil há precedentes vinculativos, "é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC"[68]. Exatamente por ser obrigatória sua observância juízes e tribunais devem "conhecê-los de ofício, sob pena de omissão e denegação de justiça – mas não sem antes ouvir as partes a seu respeito (cf. arts. 10[69] e 927, § 1º, CPC). Por isso, é oportuna a previsão do art. 1.022, parágrafo único, I, CPC, de que é omissa a decisão que 'deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento', que são precedentes obrigatórios na forma do art. 927, III, CPC"[70].

O art. 927 da Processual Civil implanta a política pública judiciária delineada no antecedente art. 926. E ao se valer o *caput* do art. 927 "do verbo 'observar' conjugado no imperativo afirmativo, não há porque negar, que não há escolha entre adotar ou deixar de adotar as diferentes manifestações das decisões jurisdicionais estabelecidas em seus cinco incisos"[71].

65 FUX, Luiz. Novo CPC vai dotar Judiciário para enfrentar processos. 5 fev. 2010. **Consultor Jurídico**, Brasília. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-05/cpc-dotar-judiciario-enfrentar-milhares-processos>. Acesso em: 17 jun. 2011, às 5h45m.

66 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 340.

67 BRASIL, Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. **Senado**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>. Acesso em: 10 fev. 2013, às 4h37m.

68 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 445. v. 2.

69 CPC/2015. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

70 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. Cit. p. 445.

71 BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 571.

8 VINCULAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DA INSTÂNCIA DE SUPERPOSIÇÃO

Em termos conceptivos, "são órgãos de superposição os tribunais que, nos limites das competências constitucionalmente fixadas, têm o poder de rever decisões dos órgãos mais elevados de cada uma das Justiças. O Superior Tribunal de Justiça sobrepõe-se às Justiças locais e à Justiça Federal. O Supremo Tribunal Federal sobrepõe-se a todas as Justiças e ao próprio Superior Tribunal de Justiça. Isso não significa que eles só tenham essa competência de superposição"[72]. Têm competência originária, mas só "o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, reúne competências próprias de Corte Suprema e de Tribunal Constitucional"[73].

Mesmo evoluindo sob o influxo das contaminações naturais das famílias jurídicas, "no Brasil, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, exceto as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade (artigo 102, § 2º, da Constituição da República), e as súmulas vinculantes (artigo 103-A, *caput*, da Constituição da República) não vinculam juízes e tribunais"[74].

Nessa quadra, "não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ"[75].

Demais. "Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a norma federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância" [76].

> Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. Ora, a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilácica e uniformizadora e permita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade[77].

72 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 465. v. 1.

73 STJ. AgRg no REsp 740.359/MS. Rel. Min. Humberto Martins. Publicação: 29.11.2006.

74 CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 189.

75 STJ. REsp 921.469/SC. Rel. Min. Teori Albino Zavascki (1124). Publicação: 4.6.2007.

76 STJ. REsp 1.063.310/BA. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Publicação: 20.8.2008.

77 Idem.

Mas há mais. "É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores"[78].

Por todas essas razões, somadas à assertiva de que "o valor fundamental do Direito é que ele é igual para todos e deve ser previsível"[79], afigura-se lógico concluir que "a jurisprudência da corte deve ser seguida à risca por tribunais e juízes"[80]. Mas tanto nem sempre se dá, fundamentalmente por meio de duas razões: (i) caber ao juiz, como aplicador da norma jurídica, interpretá-la segundo suas próprias impressões. E (ii) compreender-se que "a jurisprudência sem efeito vinculante não pode ser considerada como ordem indiscutível"[81].

Acentue-se que, "como bem salientado por Renato Broges Barros em artigo veiculado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, a orientação jurisdicional uniforme emanada, sobretudo, pelos órgãos superiores do Poder Judiciário padroniza a interpretação das normas e das questões jurídicas, conferindo à sociedade confiabilidade quanto aos seus direitos, diminuindo ou aumentando o patrocínio de ações de acordo com a menor ou maior viabilidade abstrata de êxito na demanda. A jurisprudência é, portanto, imperativo da segurança jurídica da sociedade no sistema jurisdicional do Estado, segundo leciona o José Frederico Marques (MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Campinas SP, Brasil: Millennium, 1999. 5v, p. 109) em sua obra Instituições do Direito Processual Civil. Assim se manifestou aquele jurista: O processo e a atividade jurisdicional que nele se desenvolve têm por objetivo a aplicação do Direito para compor um litígio. Mas é evidente que a resolução do conflito de interesses tem de ser levada a efeito com justiça, para que se aplique a lei dando a cada um o que é seu. Se o Estado estatui normas para regular relações intersubjetivas, é imperativo da segurança jurídica, que deve reinar na vida em sociedade, que essas normas não sejam postergadas e tampouco sujeitas a flutuações constantes que acabam por substituir a Lei e o Direito pelo arbítrio e incerteza. Ora, a jurisdição é função específica de aplicação da norma legal *hic et nunc*. Ela visa, como diz Liebman, a tornar os preceitos legais plenamente respeitados e observados ou a reparar a sua inobservância, *nella misura massima possibile*, *compatibilmente com lê circonstanze di fatto*. Assim sendo, não se compreende que procure atingir seu escopo tornando ilusório e instável o império da lei. Tamanha a importância da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro, que o legislador constituinte derivado instituiu através da Emenda Constitucional n. 45/04 a possibilidade de que determinadas matérias fossem sumuladas, tendo os enunciados eficácia vinculante sobre decisões do Poder Judiciário e da própria Administração Pública, nos termos do art. 103-A, *caput* da CF/88, *in verbis*: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Denota-se, portanto, que a uniformização da jurisprudência é fator gerador de segurança jurídica à sociedade, sendo ferramenta relevante para assegurar direitos idênticos a todos, mesmo àqueles que não tenham ingressado com ações no Poder Judiciário. Alexandre Sormani (SORMANI, Alexandre. Inovações de ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei nº 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 35) ao conceituar o princípio da segurança jurídica esclarece que: A ordem jurídica, para gerar confiança a seus destinatários, necessita de uma estabilidade, já que a falta de parcimônia na mudança de regras faz com que a sociedade deixe de confiar no ordenamento. Destaca o referido autor que a segurança jurídica confere estabilidade ao Estado e ao seu ordenamento jurídico, configurando verdadeiro princípio

78 Idem.

79 Superior Tribunal de Justiça. **Posição do Ministro Ari Pargendler**. Anuário da Justiça. São Paulo: Conjur ,2014. p. 128.

80 Idem.

81 TJRJ. MS RJ 0070201-95.2012.8.19.0000. Rel. Des. Mario Robert Mannheimer. Publicação: 7.8.2013.

constitucional que permeia os normativos, como mandamento nuclear, vejamos: Esta estabilidade do ordenamento jurídico é o princípio da segurança jurídica. É princípio, pois não se vê totalmente abrangido apenas por dispositivos normativos isolados, mas compreendido, por indução, como mandamento nuclear do ordenamento jurídico. A sociedade espera do Poder Judiciário um posicionamento uniforme quanto ao direito posto à apreciação, sendo que as circunstancias anômalas provocadas pela ausência do controle dos julgados proferidos por Colegiados formados por juízes de primeiro grau de jurisdição tem contribuído para a insegurança da população, fomentando ações e multiplicando os conflitos, trazendo ao ordenamento jurídico insegurança indesejada"[82].

9 RELATIVIDADE DO DIREITO DE JULGAR DIFERENTE AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Não se deve julgar de modo diferente casos iguais aos julgados nos tribunais superiores, argumentando genericamente o direito de interpretá-los segundo as próprias convicções. A razão é simples. A independência do magistrado não ultrapassa os limites do ordenamento jurídico. Nada tem de absoluta, de soberana, porquanto a estrutura do Estado Democrático de Direito permite afirmar que, se Spinoza chamou *livre quem se deixa guiar unicamente pela razão*, também há liberdade em *obedecer a uma lei imposta por nós*, como disse Rousseau[83]. E na força do direito positivado na *Lex Fundamentallis*, apenas o Supremo Tribunal Federal detém o monopólio da última palavra em matéria de ofensa direta à Constituição, pois a potência da Constituição está ligada à estabilidade de suas decisões. Perante os órgãos do Poder Judiciário Estadual e da Justiça Federal Comum, o Superior Tribunal de Justiça é quem dá a ultima palavra em relação à interpretação da lei federal.

Per fas et nefas, antes do pronunciamento judicial de instância primeva, é preciso analisar e justificar a não incidência dos precedentes dos Tribunais de Superposição sobre a hipótese ajuizada, para atender os princípios da celeridade e economia processual, porquanto, cabendo, a contrariedade apenas postergará a resolução do pleito, com ou sem resolução de mérito, pois, na forma do art. 932, inciso IV, alíneas a, b e c, do *Codice* Ritual de 2015, *incumbe ao relator negar provimento a recurso que for contrário a: súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.* O que em termos de lógica, evidentemente, implica na conclusão de custo e demora injustificada do julgamento pacificado na instância superior.

Pior! A possibilidade de os juízes darem sentenças contrárias às decisões dos tribunais superiores, criando soluções diferentes para situações idênticas, é "uma violação ao princípio da segurança jurídica e ao princípio da isonomia prometidos pela Constituição"[84].

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, se destina a uniformizar e interpretar o direito federal infraconstitucional. O faz, mas não é respeitado. Cabível[85], a reclamação fará cassar a contrariedade. Fora dela, a desigualdade processual se instala uma vez que "a lei é nacional e a função jurisdicional cai em descrédito quando cada juiz define a questão jurídica de uma maneira. Se todos são iguais perante a lei, todos têm que ser iguais também perante a Justiça"[86]. É preciso solução igual para todos os brasileiros.

82 TJRJ. RI 0000414-12.2010.8.19.0044. Rel. Des. Carla Silva Correa. Publicação: 17.11.2010.

83 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 172. v. 2.

84 Das declarações do Ministro Luiz Fux durante palestra no VII Seminário Internacional Ítalo-Ibero-Brasileiro, realizado no STJ, em 23.9.2010. **Consultor Jurídico**, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-24/luiz-fux-defende-submissao-juizes-decisoes-cortes-superiores>. Acesso em: 28 set. 2014, às 9h52m.

85 Enunciado da Súmula n. 734/STF: "Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal".

86 Das referidas declarações do Ministro Luiz Fux durante palestra no VII Seminário Internacional Ítalo-Ibero-Brasileiro.

> Ao reservar para si o papel de dizer e aplicar o Direito, o Estado não pode fazê-lo de maneira contraditória, de modo que os veículos pelos quais ele se manifesta devem se mostrar coerentes e harmônicos. Desse modo, a despeito de suas ramificações, o Poder Judiciário pressupõe funcionamento e estrutura concebidos a partir de uma lógica que lhe garanta coesão, já que sua unidade é corolário da unidade do poder estatal. Nesse sentido, juízos e tribunais não representam uma parcela isolada e incomunicável de jurisdição, órgãos de fazer justiça que se movem ao sabor das paixões individuais dos magistrados. Eles são, antes, partes de um organismo único e, por isso, precisam se orientar como tais. Encarar a unidade do Poder Judiciário é decorrência de uma percepção de poder que toma em consideração o respeito à sua estrutura hierárquica. Um sistema que celebra o duplo grau de jurisdição e prevê uma ampla gama de recursos não pode funcionar adequadamente sem um senso de respeito à hierarquia, sem considerar a lógica por detrás da sobreposição de instâncias recursais. Se assim é, um tribunal ordinário (Tribunal de Justiça ou Regional Federal) deve ter suas decisões respeitadas pelos juízes monocráticos, posto que o tribunal representa a máxima instância judicial no Estado ou Região respectivo. Do contrário, estar-se-ia sustentando um sistema com dois Judiciários distintos, ora desvalorizando o juiz de primeira instância (cuja sentença seria mera formalidade para que as partes manejassem recursos repetitivos), ora desconsiderando posição firmada pela instância máxima local, nos casos em que decorrido o prazo recursal. Da mesma forma, os pronunciamentos dos tribunais superiores, em sua missão de uniformizar o Direito em todo país, devem ser observados pelos juízos e tribunais das instâncias ordinárias. Conferir ao Superior Tribunal de Justiça o papel de unificar a jurisprudência pátria no que diz com a aplicação da legislação federal (art. 105, III, c, CF/88), e ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de dizer o sentido e alcance da Constituição, inclusive com efeito vinculante (art. 102, III e §2° da CF/88), revela que o sistema judiciário imaginado pela Constituição foi criado para ser uniforme, refutando contradições entre os órgãos que o compõem[87].

Em essência, insista-se, "o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições"[88]. E do mesmo modo, ignorando que "o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica de decisão anterior para a solução de hipótese posterior é o 'princípio da universalidade', entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele, com efeito, o componente axiológico que sempre revestiu a ideia de justiça 'como qualidade formal'"[89].

Incisiva e inegavelmente, "é nosso dever reconhecer que os precedentes são ferramentas extremamente valiosas para a concretização dos direitos fundamentais da igualdade, segurança jurídica e razoável duração do processo. Fala-se em igualdade, porque hoje não se pode mais imaginar apenas sentido de igualdade no processo e ao processo. Também se faz necessária a igualdade diante das decisões judiciais. Ou seja, não basta à igualdade perante a lei, também se faz necessária à igualdade perante a interpretação da Lei[90]".

87 SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica>. Acesso em: 28 set. 2014. Publicação dos Grupos de Pesquisa "Processos Coletivos" e "Jurisdição, Instrumentalidade e Efetividade do Processo", da Faculdade de Direito da PUCRS.

88 STJ. AgRg nos EREsp 228.432/RS. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Publicação: 18.3.2002. Ressaltando: "Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la".

89 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

90 DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo código de processo civi**l: estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 17.

10 REALCE DA ADEQUADA OBEDIÊNCIA AO PRECEDENTE DOS TRIBUNAIS

Obrigatórios ou persuasivos não importa, a obediência aos precedentes conduz naturalmente à uniformização da jurisprudência, prestando-se a "concretizar a segurança jurídica, garantindo previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situações jurídicas homogêneas ou para situações de fato semelhantes"[91].

Intuído nesses moldes, de maneira adequada, não se devem aplicar precedentes como fossem meros enunciados genéricos, "conceitos sem coisas"[92], dissociados das molduras fáticas subjacentes à sua elaboração. Logo, precisam ser vistos pelos acontecimentos que os geraram e os reflexos jurídicos que deles se extraíram. Não condizendo com o enfatizado agora posto em juízo, por óbvio, não se está frente a casos iguais. Proclama-se, então, o paralelo e rejeita-se a possibilidade jurídica da incidência. Nenhuma heresia disso decorre. O que não se pode é rejeitá-los mera e ideologicamente, seguindo a própria têmpera, quando o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição.

Nada obstante, "mesmo com decisões firmes e reiteradas dos tribunais, os escalões inferiores nem sempre as aplicam, obrigando cada cidadão a recomeçar sua via-sacra processual para obter o reconhecimento de um direito muitas vezes já declarado objetivamente"[93].

Entrementes, a atitude de recusar uma vinculação mínima aos precedentes superiores "conflita com o compromisso dos juízes para com a Lei e o Direito, para com a sociedade que pertencem e para com a própria Justiça"[94]. Sobremodo porque "a certeza do direito está em evitar simultaneamente, interpretações diversas e até antinômicas dadas pelos tribunais sobre a mesma regra de direito. E isto se consegue implantando um mecanismo apto a eliminar a divergência simultânea, que não exclui uma variação sucessiva. Não se trata, pois, de aderir aos vários precedentes judiciários, porque eles podem ser contraditórios, mas sim de aderir a um precedente judiciário único, que seja observado como regra e assim deve prevalecer, enquanto não substituído por outro precedente judiciário único, que atenda às novas condições políticas, sociais e econômicas. Esta solução de política legislativa ganha consideravelmente em valor de certeza, sem nada perder em conteúdo de justiça"[95]. Enquanto "um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improducente, se digladiam. O juiz e os órgãos judiciários são peças dentro do sistema de distribuição de justiça. Para que este sistema possa realmente funcionar em um Estado de Direito, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa se desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência. Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir 'a sua decisão', mas para que ele possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão, em contraste ao precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço"[96].

91 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes**: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Org.). Repercussão geral no recurso extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60.

92 STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 62.

93 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996. p. 231-232.

94 Ibidem. p. 232.

95 BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 34, p. 193, jul. 1985.

96 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 206-207.

Realça-se a adequada obediência aos precedentes dos tribunais, posto que "o sistema judiciário existe para entregar justiça e fazer com que o Direito seja aplicado, não para satisfazer o ego ou vaidade dos juízes"[97]. Por isso, na determinação do art. 489, inciso I, mais o § 1º, incisos V e VI, da Lex Instrumental de março/2015, a identificação do caso há de constar do relatório sentencial e *não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. E do mesmo modo, se deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Os juízes e os tribunais observarão por força do direito posto no conhecido art. 927, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de sua clara utilidade, ao menos no correlato ao vínculo com os tribunais de superposição, "a observância e valorização dos precedentes por parte dos jurisdicionados e dos órgãos judiciários será, em breve, um fenômeno natural, especialmente porque o sistema dos recursos repetitivos determinará maior estabilidade e previsibilidade"[98] na jurisprudência. "Essas características têm relação íntima com a qualidade dos julgamentos: elas serão alcançadas e consolidadas com julgamentos juridicamente consistentes"[99]. Reforçando esse mote, está o rol do art. 927, da Instrumental Civil de 2015.

De conseguinte, "afirmar que o juiz tem o direito de julgar de forma diferente aos tribunais superiores constitui gritante equívoco. Se é o Superior Tribunal de Justiça quem dá a última palavra em relação à interpretação da lei federal, qual é a racionalidade de se dar ao juiz o poder de proferir uma decisão que lhe seja contrária? Basta perguntar quem tem razão, diante do sistema judicial, diante de uma súmula do Superior Tribunal de Justiça: é claro que aquele que tem o seu direito reconhecido na súmula. Portanto, decidir de forma contrária à súmula apenas obriga à interposição de recurso, consumindo mais tempo e despesas, seja da administração da justiça, seja do próprio cidadão"[100].

Postas as coisas assim, "a afirmação da prerrogativa de o juiz decidir de 'forma diferente' do entendimento fixado pelos tribunais superiores, longe de ser algo que tenha a ver com a consciência do magistrado, constitui um ato de falta de compromisso com o Poder Judiciário, que deve estar preocupado, dentro do seu sistema de produção de decisões, com a efetividade e a tempestividade da distribuição da justiça. E não é só um ato de falta de compromisso com o Judiciário, mas também um ato que atenta contra a cidadania, pois desconsidera o direito constitucional à razoável duração do processo"[101].

97 LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001. p. 74.

98 Dizeres do Ministro Teori Zavascki no respeitante aos precedentes, proferido no bojo de notícia expedida pelo STJ no dia 02 de agosto de 2009 (veiculada pelo sistema *push*).

99 Idem.

100 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 95. v. 2.

101 Ibidem. p. 95-96.

O precedente é objetivo, "já que se trata de uma decisão específica que venha a ser utilizada como fundamento do decidir em outros processos. Ainda mais o precedente brasileiro, já que no sistema instituído pelo Novo Código de Processo, diferente do que ocorre com o *precedent* do direito anglo-saxão, o julgamento já nasce predestinado a se tornar um precedente vinculante. A jurisprudência, por sua vez, é abstrata, porque não vem materializada de forma objetiva em nenhum enunciado ou julgamento, sendo extraída do entendimento majoritário do tribunal na interpretação e aplicação de uma mesma questão jurídica"[102].

Assim, "o que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificação, as quais devem ainda ser lidas a partir do caso exposto no seu relatório. A decisão judicial é compreendida aí como um fato institucional – ou, como prefere a doutrina, como um 'ato-fato'"[103]. "Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por 'diversos casos'"[104].

O precedente no sistema *civil law* brasileiro impõe-se, pois, por lei cogente de processo. Desta feita, o julgador terá de se desincumbir do ônus argumentativo revelando que o caso em demanda a ele se ajusta; se distingue ou não incide, porque superado em revisão do mesmo órgão que o prolatou[105].

Para além, os precedentes nacionais servem como norte magnético às autocomposições permitidas, porquanto, de observação obrigatória (CPC/2015, art. 927), possibilitam reflexões orientativas à conciliação, à mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos que deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (CPC/2015, art. 3º, § 3º).

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica. **Professor Medina**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://professormedina.com/2013/02/26/precedentes-judiciais-e-seguranca-juridica>. Acesso em: 17 set. 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 34, jul. 1985.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

102 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1486.

103 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 613.

104 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 216.

105 DOMINGUES FILHO, José. **Roteiro das audiências cíveis**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016. p. 709.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

_____. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: JusPodvm, 2012. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo código de processo civi**l: estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

DOMINGUES FILHO, José. **Roteiro das audiências cíveis**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FUX, Luiz. Novo CPC vai dotar Judiciário para enfrentar processos.**Consultor Jurídico**, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-05/cpc-dotar-judiciario-enfrentar-milhares-processos>. Acesso em: 17 jun. 2011.

GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, New Haven, vol. 40, n. 2, dez. 1930.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LLOYD, Dennis. **A ideia da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **UFPR**, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>. Acesso em: 29 set. 2014.

_____. Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 184, jun. 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Tássia Baia. Stare decisis e aplicação do precedente no sistema norte americano. Disponível em <http://www.usembassyprograms.org.br/bdfdr/bitstream/ 123456789/35/1/monografia_TassiaMiranda.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **E-Gov**, Florianópolis. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 23 dez. 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano 2, v. 6, set./dez. 1997.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. **ABDPC**, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.

RE, Edward Dominic. Stare Decisis. Tradução Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, jan/mar 1994.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica>. Acesso em: 28 set. 2014. Publicação dos Grupos de Pesquisa "Processos Coletivos" e "Jurisdição, Instrumentalidade e Efetividade do Processo", da Faculdade de Direito da PUCRS.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law introdução ao direito nos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, a. 61, n. 3, p. 795-810, 2007.

_____. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, set. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WOLKART, Erik Navarro. **Precedente judicial no processo civil brasileiro**: mecanismos de objetivação do processo. Salvador: JusPodivm, 2013.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Apelação nº 0065120-31.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DIREITOS AUTORAIS VIOLADOS – UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE MELODIA EM *JINGLE* PARA PROPAGANDA ELEITORAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA – NÃO ACOLHIDA – DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS – RECURSO DESPROVIDO.

I – Resta despicienda dilação probatória nos casos em que, a partir de uma rápida consulta na internet, é plenamente possível obter provas cabais que refutem o alegado pela parte interessada. Destarte, preliminar de cerceamento de defesa não acolhida.

II – Quanto ao dano moral, consoante o artigo 24, inciso IV, da Lei 9.610/98, é direito do autor assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra.

III - A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao apelado um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que os apelantes analisem sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos semelhantes.

IV – Quanto ao dano material, resta clarividente o prejuízo material do autor, se houver a utilização da melodia de música de sua autoria sem a devida autorização remunerada.

V – Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de março de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Márcio Fernandes e Partido Trabalhista do Brasil – PT do B interpõem recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais n. 0065120-31.2010.8.12.0001, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial para o fim de condenar os ora apelantes ao pagamento de: a) indenização por

danos materiais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais); b) indenização por danos morais ao ora apelado Fernando Fakri de Assis no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais); c) custas processuais e honorários advocatícios, sendo estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Em sede de preliminar, os apelantes alegam cerceamento do direito de defesa, uma vez que entendem que o magistrado singular julgou antecipadamente a lide, sem conceder aos apelantes a oportunidade para produção de provas. Sustentam que a oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal dos recorridos são imprescindíveis para o correto deslinde da demanda.

No mérito, quanto aos danos morais, aduzem que os apelados não conseguiram comprovar nos autos a ocorrência do dano moral. No que tange ao valor arbitrado a título de dano moral, pugnam pela redução para o patamar de R$ 1.000,00 (mil reais), para se evitar o enriquecimento ilícito.

No que concerne aos danos materiais, asseveram que os apelados não demonstraram o nexo de causalidade entre a conduta indevida de terceiro e o efetivo prejuízo patrimonial. Entrementes, aduzem que, se a sentença for mantida com relação aos danos materiais, requer a redução para R$ 1.000,00 (mil reais).

Ao final, requerem: a) o provimento do presente recurso, acolhendo a preliminar de cerceamento do direito de defesa, declarando-se nula a sentença e determinando a baixa dos autos ao juízo de origem, para que possam ser produzidas as necessárias provas; b) em não sendo esse entendimento, requer seja dado provimento ao recurso, para reformar na íntegra a sentença, pela improcedência dos pedidos elencados na inicial e inversão do ônus das custas e sucumbência; c) em caso de não provimento total do recurso, requer seja dado provimento parcial para minorar eventual indenização por danos morais e materiais, para o patamar de R$ 1.000,00 (mil reais) e inversão do ônus das custas e sucumbência por medida de justiça.

Contrarrazões às fls. 134/137, pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Márcio Fernandes e Partido Trabalhista do Brasil – PT do B em face da sentença proferida pelo juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais n. 0065120-31.2010.8.12.0001, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial para o fim de condenar os ora apelantes ao pagamento de: a) indenização por danos materiais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais); b) indenização por danos morais ao ora apelado Fernando Fakri de Assis no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais); c) custas processuais e honorários advocatícios, sendo estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Em sede de preliminar, os apelantes alegam cerceamento do direito de defesa, uma vez que entendem que o magistrado singular julgou antecipadamente a lide, sem conceder aos apelantes a oportunidade para produção de provas. Sustentam que a oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal dos recorridos são imprescindíveis para o correto deslinde da demanda.

No mérito, quanto aos danos morais, aduzem que os apelados não conseguiram comprovar nos autos a ocorrência do dano moral. No que tange ao valor arbitrado a título de dano moral, pugnam pela redução para o patamar de R$ 1.000,00 (mil reais), para se evitar o enriquecimento ilícito.

No que concerne aos danos materiais, asseveram que os apelados não demonstraram o nexo de causalidade entre a conduta indevida de terceiro e o efetivo prejuízo patrimonial. Entrementes, aduzem que, se a sentença for mantida com relação aos danos materiais, requer a redução para R$ 1.000,00 (mil reais).

Ao final, requerem: a) o provimento do presente recurso, acolhendo a preliminar de cerceamento do direito de defesa, declarando-se nula a sentença e determinando a baixa dos autos ao juízo de origem, para que possam ser produzidas as necessárias provas; b) em não sendo esse entendimento, requer seja dado provimento ao recurso, para reformar na íntegra a sentença, pela improcedência dos pedidos elencados na inicial e inversão do ônus das custas e sucumbência; c) em caso de não provimento total do recurso, requer seja dado provimento parcial para minorar eventual indenização por danos morais e materiais, para o patamar de R$ 1.000,00 (mil reais) e inversão do ônus das custas e sucumbência por medida de justiça.

Contrarrazões às fls. 134/137, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o que cumpria relatar. Passo a decidir.

- Da preliminar de cerceamento de defesa

Os recorrentes alegam cerceamento do direito de defesa, uma vez que entendem que a magistrada singular julgou antecipadamente a lide, sem conceder aos apelantes a oportunidade para produção de provas. Ademais, sustentam que a oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal dos recorridos são imprescindíveis para o correto deslinde da demanda. Alegam que pretendiam fazer prova de que o *jingle* objeto do lítigio foi divulgado por apenas um dia, o que, em tese, afastaria a condenação por danos morais.

Neste ponto, entendo que tal preliminar não deve ser acolhida.

Da análise da sentença, percebe-se que a magistrada *a quo* andou bem ao rebater o argumento de divulgação do *jingle* por apenas um dia. Eis o excerto do *decisum*:

> *No entanto, melhor sorte não socorre ao réu nesse ponto, haja vista que em pesquisa à internet no site "www.google.com.br", este Juízo logrou encontrar vários artigos sobre a questão em análise, nos quais tem informação de que embora o candidato não tenha obtido autorização da gravadora para liberar o cantor da música "Meteoro" – Luan Santana para gravar a música alterada, o jingle já estava sendo reproduzido nos carros de som do candidato que circulam pelos bairros*[1]*, ou ainda que "Márcio Fernandes fez uma paródia com a canção 'Meteoro' um sucesso nacional do cantor e a exibe em suas reuniões políticas"*[2] *e mais: "jingle estará disponível no site do parlamentar"*[3] *(documentos extraídos dos referidos sites fazem parte integrante da presente sentença).*

Do trecho acima, infere-se que o conhecimento do *jingle* da campanha de Márcio Fernandes tomou proporções maiores que o informado na peça de apelação, sendo despicienda dilação probatória em sentido contrário, uma vez que, a partir de uma rápida busca na internet, percebe-se facilmente a vinculação da campanha de Márcio Fernandes com a música "Meteoro", o que, *de per si*, enseja a reparação do dano moral.

- Do dano moral

Quanto aos danos morais, os apelantes aduzem que os apelados não conseguiram comprovar nos autos a ocorrência do dano moral. No que tange ao valor arbitrado a título de dano moral, pugna pela redução para o patamar de R$ 1.000,00 (mil reais), para se evitar o enriquecimento ilícito.

Neste ponto, insta transcrever o artigo 24, inciso IV, da Lei 9.610/1998:

> *Art. 24. São direitos morais do autor:*
>
> *IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;*

1 http://ojornalms.com.br/cidades/gravadora-impede-luan-santana-de-gravar-jingle/17-08.2010

2 http://www.novanews.com.br. 19-08.2010

3 http://fcluansantanasinais.blogspot.com.br/2010/08/gravadora-impede-luan-santana.

Do cotejo do sobredito dispositivo com o caso em epígrafe, entendo que houve sim dano moral passível de reparação, uma vez que, conforme bem explanado pela juíza singular na sentença, *"o autor viu a reprodução de sua obra musical veiculada em propaganda eleitoral de forma alterada sem qualquer conexão com a letra original e ainda sem autorização, o que por certo já lhe garante direito à reparação pelo dano moral*". E a magistrada, de forma escorreita, continua *"a partir do momento em que a música foi utilizada sem a devida autorização e não se trata de paródia, passa-se a ofender o direito autoral do artista, portanto, resta caracterizado o dano moral, o qual merece a devida reparação, nos termos do artigo 927 do Código Civil"*.

No que tange ao *quantum* fixado a título de danos morais, é cediço que deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Entretanto, não pode olvidar o julgador que o objetivo do dano moral é compensar o prejuízo experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco[4]:

> *Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido.*

A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao apelado um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que os apelantes analisem sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos semelhantes.

É certo ainda que a indenização deve ser fixada de forma que não seja tão alta a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido, nem tão baixa a ponto de não ser sentido no patrimônio dos apelantes.

In casu, considerando que a música "Meteoro" é de abrangência nacional, entendo que o dano é de grande repercussão, uma vez que é certo que a veiculação da música alterada tenha atingido número expressivo de pessoas.

Assim, mantenho a título de dano moral o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM e acrescido de juros legais de 1% ao mês a partir da data da sentença, sendo que tal quantia que se mostra razoável e proporcional. O valor não implica ônus excessivo aos ofensores nem enriquecimento sem causa ao ofendido, além de representar reprimenda suficiente para fins da função repressivo-pedagógica que a sanção deve encerrar.

Dos danos materiais

In casu, com a utilização da melodia da música "Meteoro", os apelados sofreram inegável prejuízo material, uma vez que não houve autorização/concessão devidamente remunerada. Ademais, perlustrando os autos, percebe-se que o *jingle* teve ampla divulgação por meio de carros de som, reuniões políticas e no site do apelante, o que infirma a alegação dos recorrentes de que a divulgação ocorrera em um único dia.

4 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123.

Da análise dos documentos de f. 37/38, percebe-se que o valor da concessão para a utilização da música em comento é do patamar de R$30.000,00 (trinta mil reais).

Assim, considerando os documentos de fls. 37/38, mantenho o valor da indenização por danos materiais em R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Do dispositivo

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação, e nego-lhe provimento, mantendo-se intacta a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 09 de março de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0802618-44.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DECRETO MUNICIPAL C/C ANULAÇÃO DE DEMISSÃO C/C REINTEGRAÇÃO MEDIANTE CORRETA ADAPTAÇÃO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL CONCURSADO – DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO – RECURSO ADESIVO – NÃO HOUVE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – NÃO CONHECIDO – DEMANDA ANTERIOR – EXISTÊNCIA – COISA JULGADA – NÃO – OCORRÊNCIA – CAUSAS DE PEDIR DIVERSAS – *ANIMUS ABANDONANDI* NÃO COMPROVADO – READAPTAÇÃO EM CARGO INCOMPATÍVEL COM SEU PROBLEMA DE SAÚDE – ANULAÇÃO DO ATO – REINTEGRAÇÃO – EFEITOS RETROATIVOS (*EX TUNC)* – PARCELAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS DESDE A DATA DO ÚLTIMO RECEBIMENTO DO AUXÍLIO-DOENÇA – DANO MORAL CONFIGURADO – DEVER DE INDENIZAR – RECONHECIMENTO – INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM VALOR RAZOÁVEL – RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

I - Para que seja admissível o recurso adesivo é preciso que tenha havido sucumbência recíproca (vencidos parcialmente autor e réu).

II - "Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido" (art. 301, § 2º, do CPC). Distintas a causa de pedir e pedido, não há falar em coisa julgada. Precedentes do STJ.

III - O STJ já consolidou a tese de que a demissão de servidor público estável e efetivo, por abandono do cargo, apurado em processo administrativo disciplinar, depende de comprovação do elemento subjetivo: *animus abandonandi.*

IV - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que a anulação de exoneração, com a respectiva reintegração do servidor público, tem como consequência lógica, em respeito ao princípio *restitutio in integrum*, a recomposição integral dos direitos do servidor durante o período em que ficou afastado.

V - Para a configuração do direito à compensação por danos morais, deverá ocorrer alguma situação singular, que rompa significativamente com ideal ético. O dano moral, segundo essa forma de pensar, não será somente a sensação de desgosto, mas especial violação ao direito da personalidade

VI - Os juros de mora e a correção monetária, tratando-se de condenações impostas à fazenda Pública Municipal, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 21/10/2015, ou seja, depois do advento da Lei nº 11.960/2009, deve ser observado o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, na forma proclamada pelo STF na modulação dos efeitos das ADIs 4357 e 4425.

VII - Tratando-se de danos morais, os juros moratórios e a correção monetária incidirão a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, dar provimento ao recurso de Eflain Stropa dos Santos e não conhecer do recurso do Município de Dourados, nos termos do voto do relator, com as ressalvas do revisor.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de recurso de apelação de Eflain Stropa dos Santos e recurso adesivo do Município de Dourados, contra a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de anulação de decreto municipal c/c anulação de demissão c/c reintegração ao quadro funcional ajuizada em desfavor do Município de Dourados.

Apelação de Eflain Stropa dos Santos

Argumenta o apelante que ingressou com a presente ação para ver anulado o decreto que determinou sua readaptação funcional e o procedimento administrativo que culminou em sua demissão. Afirma que foi aprovado em concurso público e tomou posse no cargo de mecânico em 1.992, foi acometido por uma doença grave degenerativa, artrose severa de quadril, e desde 26/05/2008 necessitou ser afastado de suas atividades, sendo que em 2010 o PREVID foi indicado para readaptação.

Alegou que a adaptação, por ser ato administrativo, não se revestiu da formalidade necessária (não foi encaminhado nenhum ofício para o recorrente) e o procedimento administrativo disciplinar, que culminou com a sua demissão, sofre de vício de legalidade, pois inexiste a motivação da instauração do referido processo disciplinar.

Defende que não pode a decisão do caso em exame estar adstrita ao proferido nos autos 0807084-23.2011, primeiro porque naquela ação buscou-se, liminarmente, compelir o município a proceder a readaptação definitiva nos termos do Decreto "P" nº 1215/10/GAB, enquanto que nos presentes autos, o pedido consiste na declaração de nulidade do Decreto "P" nº 1215 e anulação da demissão do autor através da declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar municipal nº 17/2011, ou pelo fato de não serem suas ausências consideradas faltas ao serviço, em razão de não estar regularmente readaptado.

Aduz ainda, que concordou com a readaptação e, conforme prova nos autos, buscou entrar em exercício na nova função, sendo que apresentou-se para isso ao Comandante da Guarda Municipal de Dourados, conforme prova juntada aos autos.

Ao final, requer a declaração de nulidade do decreto "P" nº 1215, de 15/04/2010, bem como a anulação da demissão através da declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar e a sua consequente reintegração ao quadro funcional da Prefeitura de Dourados.

Contrarrazões ao recurso de apelação(fls. 436-444).

Recurso Adesivo do Município

O município recorre adesivamente, requerendo o acolhimento da preliminar de coisa julgada material, tendo em vista o julgamento proferido na ação 0807084.23.2011.8.12.0002.

Ao final, requer seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva arguida em contestação pela fazenda municipal. (fls. 445-449).

Contrarrazões ao adesivo. (fls. 453-458).

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação de Eflain Stropa dos Santos e recurso adesivo do Município de Dourados, contra a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de anulação de decreto municipal c/c anulação de demissão c/c reintegração ao quadro funcional ajuizada em desfavor do Município de Dourados.

Apelação de Eflain Stropa dos Santos

Argumenta o apelante que ingressou com a presente ação para ver anulado o decreto que determinou sua readaptação funcional e o procedimento administrativo que culminou em sua demissão. Afirma que foi aprovado em concurso público e tomou posse no cargo de mecânico em 1.992, foi acometido por uma doença grave degenerativa, artrose severa de quadril, e desde 26/05/2008 necessitou ser afastado de suas atividades, sendo que em 2010 o PREVID foi indicado para readaptação.

Alegou que a adaptação, por ser ato administrativo, não se revestiu da formalidade necessária (não foi encaminhado nenhum ofício para o recorrente) e o procedimento administrativo disciplinar, que culminou com a sua demissão, sofre de vício de legalidade, pois inexiste a motivação da instauração do referido processo disciplinar.

Defende que não pode a decisão do caso em exame estar adstrita ao proferido nos autos 0807084-23.2011, primeiro porque naquela ação buscou-se, liminarmente, compelir o município a proceder a readaptação definitiva nos termos do Decreto "P" nº 1215/10/GAB, enquanto que nos presentes autos, o pedido consiste na declaração de nulidade do Decreto "P" nº 1215 e anulação da demissão do autor através da declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar municipal nº 17/2011, ou pelo fato de não serem suas ausências consideradas faltas ao serviço, em razão de não estar regularmente readaptado.

Aduz ainda, que concordou com a readaptação e, conforme prova nos autos, buscou entrar em exercício na nova função, sendo que apresentou-se para isso ao Comandante da Guarda Municipal de Dourados, conforme prova juntada aos autos.

Ao final, requer a declaração de nulidade do decreto "P" nº 1215, de 15/04/2010, bem como a anulação da demissão através da declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar e a sua consequente reintegração ao quadro funcional da Prefeitura de Dourados.

Contrarrazões ao recurso de apelação(fls. 436-444).

Recurso Adesivo do Município

O município recorre adesivamente, requerendo o acolhimento da preliminar de coisa julgada material, tendo em vista o julgamento proferido na ação 0807084.23.2011.8.12.0002.

Ao final, requer seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva arguida em contestação pela fazenda municipal. (fls. 445-449).

Contrarrazões ao adesivo. (fls. 453-458).

Este é o relatório. Passo a decidir.

Recurso Adesivo do Município

O Recurso Adesivo encontra sua previsão legal no art. 500 do Código de Processo Civil Brasileiro, cujo comando traz a seguinte dicção:

> *Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao Recurso Principal e se rege pelas disposições seguintes.*
>
> *I – será interposto perante a autoridade competente para admitir o Recurso Principal, no prazo de que a parte dispõe para responder;*
>
> *II – será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;*
>
> *III – não será conhecido, se houver desistência do Recurso Principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.*
>
> *Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior.*

Analisando o comando legal, tem-se que será cabível a interposição de Recurso de Apelação na forma adesiva, desde que preenchidos os requisitos legais.

Por sua vez, os requisitos legais pertinentes à interposição de recurso pela forma adesiva são vislumbrados no *caput* do art. 500, onde se lê que é necessária a sucumbência recíproca, a existência de um recurso apresentado por uma das partes e o devido preenchimento dos pressupostos recursais, tais como o recolhimento do preparo e das condições de admissibilidade.

Neste sentido, inclusive, posiciona-se a doutrina:

Para que seja admissível o recurso adesivo é preciso que:

> *a) tenha havido sucumbência recíproca (vencidos parcialmente autor e réu); b) o recorrido não tenha interposto Recurso Principal, conformando-se com a decisão que lhe fora parcialmente adversa; c) Recurso Principal seja de apelação, embargos infringentes, RE ou Resp.*[1] *Grifei*

In casu, tenho que não merece ser conhecido o recurso adesivo interposto pelo Município de Dourados, visto que a sentença atacada julgou totalmente improcedentes os pedidos contidos na inicial, não havendo que se falar em sucumbência recíproca.

Diante do exposto, não conheço do recurso adesivo interposto pelo ente municipal.

1 NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 829.

Do mérito

Preliminarmente, convém ressaltar que não há que falar em coisa julgada material, visto que na ação nº 0807084-23.2011.8.12.0002 buscou-se compelir o município a proceder, imediatamente, a readaptação definitiva do apelante nos termos do Decreto "P" nº 1215/10/GAB, enquanto que nos autos em comento, o pedido consiste na declaração de nulidade do Decreto "P" nº 1215 e anulação da demissão do autor através da declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar municipal nº 17/2011, ou pelo fato de não serem suas ausências consideradas faltas ao serviço, em razão de não estar regularmente readaptado.

Portanto, observo que o pedido e a causa de pedir das duas ações são distintos, razão pela qual afasto a alegação de existência de coisa julgada.

Nesse sentido:

> *DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR. ANULAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMANDA ANTERIOR. EXISTÊNCIA. COISA JULGADA. NÃO-OCORRÊNCIA. CAUSAS DE PEDIR DIVERSAS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. "Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido" (art. 301, § 2º, do CPC). Distinta, na segunda demanda, a causa de pedir, não há falar em coisa julgada. Precedentes do STJ. 2. Recurso especial conhecido e provido para afastar a ocorrência de coisa julgada e determinar o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento do feito.* (STJ - REsp: 1068644 MG 2008/0135785-6, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 19/11/2009, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 14/12/2009)

> *PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA QUE EXTINGUE O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO. ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS FEITOS. PEDIDOS DISTINTOS. APELO PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. 1. Trata-se de Recurso Inominado interposto pela parte autora contra sentença que extinguiu a ação sem resolução de mérito, uma vez verificada a ocorrência de coisa julgada. Sustenta que o processo nº 2012.01.1.165532-3, em relação ao qual se reconheceu a prejudicial da coisa julgada, tramitou o perante o 3º Juizado Cível e foi julgado extinto sem resolução de mérito quanto à devolução dos valores pagos a título de VGR e o direito de apresentação de proposta de terceiros, por ausência de interesse processual. Dessa forma, bem como inexistindo identidade de pedidos deve ser a sentença cassada, afastando-se a coisa julgada, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem para o regular processamento do feito. 2. Consoante disciplina o art. 301, § 1º, do CPC, verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, ao passo que o § 2º, do mesmo dispositivo, qualifica como idênticas as ações que ostentem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, cumulativamente. 3. Mesmo quando se vislumbra correspondência entre as partes e a causa de pedir, não se entende por idêntica a segunda ação, com força a configurar coisa julgada, quando se mostram dissociados os objetos respectivos e os pedidos formulados na demanda primitiva não abarcam, às inteiras, o conjunto petitório formulado no feito subsequente. 4. Ausente a tríplice identidade, conclui-se pela inexistência do pressuposto processual extrínseco e de índole negativa, invocado a obstar, em tese, o regular processamento da causa. 5. Apelo conhecido e provido. Sentença cassada. Determinado o retorno dos autos ao Juizado de origem para regular prosseguimento do feito. 5. Sem custas, nem honorários advocatícios, ante a ausência de recorrente vencido, a teor do que dispõe o art. 55 da Lei n.º 9.099/95.* (TJ-DF - ACJ: 20140110726980 , Relator: Arnaldo Corrêa Silva, Data de Julgamento: 30/04/2015, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 08/05/2015 . Pág. 381)

Eflain Stropa dos Santos ajuizou a presente ação para ver anulado o decreto que determinou sua readaptação funcional e o procedimento administrativo que culminou na sua demissão.

Cinge-se a controvérsia dos autos na análise da legalidade do ato que demitiu o servidor público concursado do cargo de mecânico.

Instaurado o Processo Administrativo nº 17/2011, em 15/06/2011, a Comissão Processante concluiu que o servidor concursado teria abandonado o emprego, por ter se ausentado do serviço no período de 15/04/2010 a 28/02/2011.

Entretanto, referido procedimento administrativo não correu de forma regular, pois não me parece ter restado comprovado, de forma clara, a intenção do servidor de abandonar o cargo que ocupava, seu *animus abandonandi*, já que, suas faltas, em princípio, estavam acobertadas por justificativa aceitável, tendo em vista que discutia a forma como fora realizada a sua readaptação.

Não se discute o fato de que o apelante tem problemas sérios de saúde, visto que é portador de artrose severa no quadril direito (osteoartrose), necrose da cabeça do fêmur (CID M169), doença grave, incurável, degenerativa e progressiva, que o impossibilitou de continuar a exercer sua função de mecânico, e, segundo laudo médico fornecido por médico do trabalho, integrante da perícia médica oficial do própria Prefeitura apelada "*Só poderá exercer funções que não exijam esforço físico e postura em pé por longos períodos*" (laudo de fls. 207, 223, 241, exames médicos 221 – datado de 22/03/2010)

No entanto, foi determinada a sua readaptação para exercer a função de vigia, conforme decreto "P" nº 1.215, de 15/04/2010, a partir de 21/03/2010, sendo que apresentou-se para trabalhar no setor da guarda municipal em 24/03/2010, porém, devido aos problemas de saúde que apresenta, o qual inclusive utiliza-se de "muletas" para se locomover, não teve condições físicas para exercer a função de "vigia" para o qual fora readaptado.

Ou seja, o servidor, que conforme laudo médico, "*Só poderá exercer funções que não exijam esforço físico e postura em pé por longos períodos*" (laudo fl. 202), não pode concretizar sua readaptação, uma vez que fora designado para o exercício de função incompatível com sua condição física, pois, o vigilante tem como atividade básica a guarda de bens e patrimônio e para tanto, deve circular no estabelecimento, efetuando rondas permanentes.

Ora, como o autor poderia cumprir tais tarefas se tem problemas para se locomover e por determinação médica, não pode exercer função que exija esforço físico e que tenha que permanecer por longos períodos em pé. (fl. 245-249)

Portanto, o afastamento do servidor do trabalho foi em decorrência do fato de que a função na qual foi readaptado (vigilante) era incompatível com seu problema de saúde, foi por esta razão que o apelante não conseguiu levar a cabo sua readaptação.

Ademais, convém ressaltar que o artigo 12 da Lei Complementar nº 107, de 27 de dezembro de 2006, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos do Município de Dourados e de suas autarquias e fundações públicas, determina em seu parágrafo 3º, que o servidor deverá ser readaptado em cargo de atribuições semelhantes ao que ocupava, e é claro que deve ser considerada a sua limitação física para o exercício da nova função, o que não ocorreu no caso em tela.

Corrobora a informação de que o apelante compareceu normalmente no setor onde seria readaptado no dia 24/06/13 e, lá apresentou-se ao responsável pelo departamento, Sr. Divaldo Machado de Menezes, para ali cumprir sua jornada de trabalho, a declaração juntada às fl. 154, a saber:

(...)

Fui comandante da Guarda Municipal de Dourados-MS nos anos de 2009/2011.

Conheço sr. Eflain Stropa dos Santos,

O mesmo compareceu de livre e espontânea vontade junto à Guarda Municipal de Dourados/MS no início do mês de maio de 2010, alegando que tinha sido encaminhado à readaptação de função em decorrência de problemas de saúde.

O Sr. Eflain chegou junto a Guarda municipal sem nenhum documento da Administração Pública, mas especificadamente sem "CI" (Comunicação Interna)

Eu pedi para que a secretaria ligasse para Secretaria de Administração, a fim de que a mesma confirmasse as informações do Sr. Eflain e que mandasse a documentação necessária. Foi informado pela Secretaria que era para que a Guarda Municipal o colocasse na função de vigia, a fim de promover a transformação da função do mesmo, de mecânico para vigilante.

Questionamos a secretaria pois o Sr. Eflain não possuía condições de exercer a função de vigilante, haja vista que sua enfermidade o impedia de caminhar.

Colocamos o Sr. Eflain então na recepção, e solicitamos à secretaria de Administração que enviasse os documentos correspondentes, os quais não foram enviados, e o Sr. Eflain, em decorrência dos graves problemas de saúde não conseguiu efetivar sua readaptação.

Por ser a mais fiel expressão da verdade, firma a presente.

Dourados-MS aos 24 de junho de 2013.

Portanto, o Sr. Divaldo declara que o apelante não tinha condições de trabalhar na função de vigilante para o qual foi readaptado. Da análise dos autos, retiro, ainda, a constatação de que a Administração Pública municipal, ainda que no curso do processo disciplinar, não cuidou para que o recorrente fosse encaminhado para o exercício de outro cargo compatível com sua situação ou, se fosse o caso, concluindo-se pela inadaptação, encaminhá-lo para aposentadoria conforme determina a lei Complementar nº 107/2006, o que também não ocorreu, *verbis*:

Art. 12.

(...)

§ 2º

b) provada a inadaptação a todas as funções disponíveis na administração pública municipal, em procedimento próprio, assegurada ampla defesa, será o servidor aposentado.

Registro que inclusive o servidor, após o ato readaptativo, requereu licença médica e aposentadoria por invalidez e teve ambos os pedidos negados, sob o argumento de já ter sido encaminhado para readaptação funcional.

Pois bem, é cediço que o elemento subjetivo é essencial ao abandono de cargo, devendo restar demonstrada a vontade do servidor em fazê-lo, o que não é o caso dos autos.

O STJ é uníssono em afirmar a necessidade de comprovação do *animus abandonandi*, a fim de que se configure legítimo o ato de demissão, nos termos do exemplificativo acórdão colacionado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ABANDONO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DO ANIMUS ABANDONANDI. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. EFEITOS PATRIMONIAIS. RETROAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271/STF. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (...) 4. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de que "em se tratando de ato demissionário consistente no abandono de emprego ou inassiduidade ao trabalho, impõe-se averiguar o animus específico do servidor, a fim de avaliar o seu grau de desídia." (cf. MS nº 6.952/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 2/10/2000). 5. Em se tratando de reintegração de servidor público, ainda que contratado temporariamente, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei 8.112/90. Precedente da 3ª Seção. (...) 7. Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão. (STJ, Terceira Seção, EDcl no MS 11955/DF, Relatora Ministra Jane Silva, DJe 02/02/2009). Destaquei

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ABANDONO DE CARGO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE ANIMUS ABANDONANDI. PERDÃO TÁCITO. REINTEGRAÇÃO DETERMINADA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Para fins de aplicação do ato de demissão por abandono de cargo, impõe-se averiguar o animus específico do servidor, a fim de avaliar o seu grau de desídia. Precedentes do STJ. 2. No caso, não se constata o animus abandonandi, seja pela circunstância de ter provado servidor que sua ausência se deu em período que acompanhou o pai idoso, doente e acamado, que veio a falecer e que requeria cuidados especiais; seja ainda pelas circunstâncias de haver comunicado tal fato à Administração, que não lhe orientou acerca da possibilidade de licenciar-se para acompanhar o tratamento de pessoa de família. Provou-se, todavia, que o servidor obteve autorização verbal de sua chefia imediata para as ausências. 3. Acresce, no caso, observar também que o servidor havia apresentado requerimento de remoção, antes de começar a faltar em serviço, pedido esse que demorou a ser apreciado e que veio a ser deferido em parte, autorizando o exercício provisório do servidor fora de sua sede. 4. Conquanto o servidor devesse ter formalizado o pedido de licença ou aguardar a solução do pedido de remoção trabalhando no seu local de lotação original e, ainda, que a autorização para ausência não possa se dar apenas verbalmente, tais fatos apontam a inexistência da vontade de abandonar o serviço pelo apelante. 5. Também a circunstância de haver o servidor retornado voluntariamente ao serviço, bem antes de instaurado o PAD que culminou com sua demissão revela o "perdão tácito" da Administração, incompatível com a pena posteriormente aplicada. Precedente do STJ. 6. Apelação parcialmente provida, para determinar a reintegração do autor, com efeitos patrimoniais a partir da propositura do mandado de segurança. (TRF-1 - AC: 200735000213555 GO 2007.35.00.021355-5, Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (CONV.), Data de Julgamento: 05/08/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.358 de 23/08/2013) grifei.

No mesmo sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO - DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO - ANIMUS ABANDONANDI NÃO CONFIGURADO - ANULAÇÃO DO ATO - BOA-FÉ DO SERVIDOR - EFEITOS RETROATIVOS, EX TUNC - PARCELAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS DESDE A DATA DA DEMISSÃO. O STJ já consolidou a tese de que a demissão de servidor público estável e efetivo, por abandono do cargo, apurado em processo administrativo disciplinar, depende de comprovação do elemento subjetivo: animus abandonandi. Na cessão de servidor, entre Municípios, o cedente não pode alegar ilegalidades formais no convênio para fundamentar o ato de demissão, mormente se o servidor vinha prestando serviços ao Município requisitante. A anulação do ato administrativo gera efeitos patrimoniais retroativos - ex tunc - devendo ser pagas as remunerações devidas

desde a demissão. (TJMG, Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.08.118818-7/001, Relatora Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, pub. 26/03/2010).

APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DE SERVIDOR. NULIDADE. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO TRIENAL. O Código Civil de 2002 não derrogou o Decreto nº 20.910/32. Precedentes de jurisprudência. A prescrição é quinquenal. Objeção rejeitada. MÉRITO. Processo administrativo disciplinar instaurado para apurar comportamento inadequado e inassiduidade de servidor. Aplicação da penalidade de Demissão. Nulidade. Servidor dependente químico. Ciência pela autarquia da patologia. Indeferimento do pedido deduzido em defesa prévia, tendente à concessão de oportunidade para tratamento da dependência química. Ilegalidade do procedimento administrativo disciplinar combatido. Violação de direitos sociais previdenciários e à saúde, pois, quando deveria propiciar condições para recuperação, processou, o apelado negligenciou o pedido de afastamento para tratamento especializado de desintoxicação e, por fim, demitiu o servidor. Nulidade do procedimento administrativo em razão da composição da comissão processante por servidor ocupante de cargo comissionado. Inadmissibilidade. Exigência de servidor titular de cargo efetivo como integrante da comissão. Precedentes do STJ. Sentença reformada. Falecimento do autor no curso do processo. Perecimento do interesse quanto à reintegração. Condenação da autarquia à reposição dos reflexos patrimoniais do desligamento ao herdeiro. Recurso Provido. (TJ-SP, Apelação Cível 00231402120118260344 SP - Relator: José Maria Câmara Júnior, Data de Julgamento: 25/06/2014, 9ª Câmara de Direito Público)

Portanto, a pena de demissão por abandono do cargo imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar deve encontrar fundamento em provas convincentes que demonstrem, de modo cabal e indubitável, a intenção do servidor em abandonar seu cargo na Administração Pública, o que não ocorreu no caso em questão, pois, a ausência do servidor se deu devido ao fato de que foi readaptado em função incompatível com seus problemas de saúde, função que não poderia exercer por expressa recomendação médica.

No processo administrativo o ônus da prova é da Administração, devendo ficar comprovado o *animus abandonandi* por parte do servidor, ou seja, a intenção voluntária de abandonar o emprego, fato que não ocorreu, logo, entendo ser nulo o processo administrativo disciplinar e consequentemente a penalidade de demissão.

Assim, tendo em vista que a Administração Pública não cuidou em readaptar o apelante em função compatível com seu problema de saúde, bem como não se desincumbiu do ônus *probandi* de demonstrar o elemento subjetivo anímico do abandono de suas funções, deve ser anulado o decreto que declarou sua perda do cargo, com a determinação da reintegração do servidor ao cargo.

Das cobranças de verbas

Como é sabido a reintegração ao serviço gera à Administração Pública o dever de ressarcir seu servidor dos valores que deixou de receber durante o período em que ficou afastado/desligado do cargo, sendo exatamente estes efeitos patrimoniais buscados através da ação de reintegração ao cargo.

A anulação do ato ilegal deve operar-se com efeitos retroativos, tornando-se devida a percepção dos vencimentos que lhe seriam pagos desde o período em que deixou de receber seus vencimentos.

Assim, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que o servidor público reintegrado no cargo do qual fora ilegalmente exonerado tem direito a restituição integral dos salários e das vantagens desde sua demissão até sua reintegração, pois constitui efeito imediato deste último ato.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REINTEGRAÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DE VANTAGENS EM RELAÇÃO O PERÍODO ILEGALMENTE AFASTADO DO CARGO. PRESCRIÇÃO. 1. O servidor público, ao ser reintegrado no cargo do qual fora demitido ilegalmente, tem o direito ao ressarcimento de todas as vantagens desde o ato demissório. Precedentes. (...).* (REsp 1009752/SP, Sexta Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26/05/2008).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESTITUTIO IN INTEGRUM. PAGAMENTO RELATIVO AO PERÍODO DE AFASTAMENTO. PRECEDENTES. DEMORA ATRIBUÍDA O PODER JUDICIÁRIO. TORPEZA DA PARTE. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em que a anulação de exoneração, com a respectiva reintegração do servidor público, tem como consequência lógica, em respeito ao princípio restitutio in integrum, a recomposição integral dos direitos do servidor durante o período em que ficou afastado, entendimento este também aplicável no ressarcimento do prejuízo referente à remuneração que teria auferido o servidor aprovado em concurso público, se houvesse sido nomeado no momento próprio, ou, ainda, se não houvesse sido indevidamente anulado o certame. (...).* (AgRg no AgRg no REsp 826829/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro: Hamilton Carvalhido, DJ: 17.03.2008). Grifei

No mesmo sentido:

> *RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO REINTEGRADO NO CARGO APÓS DECISÃO JUDICIAL QUE RECONHECEU A ILEGALIDADE DO ATO DE SUA EXONERAÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DE TODOS OS SALÁRIOS E VANTAGENS DURANTE O PERÍODO EM QUE FICOU AFASTADO DE SUAS FUNÇÕES. PRINCÍPIO DO RESTITUTIO IN INTEGRUM. RESTABELECIMENTO DO STATUS QUO ANTE. PRECEDENTES - É uníssono o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o servidor público reintegrado no cargo do qual fora ilegalmente exonerado tem direito à restituição integral dos salários e das vantagens desde sua demissão até sua reintegração, pois constitui efeito imediato deste último ato. (...) APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA, NO MAIS, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.* (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 0502464-2 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Abraham Lincoln Calixto - Unânime - J. 25.05.2009). Grifei
>
> *EMENTA: APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - DEMISSÃO - ABANDONO DE CARGO - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - REJEITADAS - ANIMUS ABANDONANDI - NÃO CONFIGURADO - REINTEGRAÇÃO DEVIDA - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. - A decisão que reintegra o servidor no cargo opera efeitos ex tunc, para restabelecer o status quo ante, e os efeitos patrimoniais deverão ser concedidos a partir do ato lesivo, de acordo com recente entendimento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. - A demissão de servidor público estável e efetivo, por abandono do cargo, apurado em processo administrativo disciplinar, depende de comprovação do elemento subjetivo: animus abandonandi. - Rechaçando-se o elemento subjetivo do animus abandonandi, indispensável para configurar o abandono do cargo, reveste-se o ato de demissão de ilegalidade, razão pela qual deve ser desconstituído, com a determinação da reintegração do servidor. - Recurso a que se nega provimento.* (TJ-MG, TJ-MG - Apelação Cível 10155120009271002 MG, Relator: Hilda Teixeira da Costa, Data de Julgamento: 07/05/2013, Câmaras Cíveis / 2ª Câmara Cível) grifei.

A reintegração do servidor ao cargo público e as consequências dela advindas também é o entendimento da doutrina pátria, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*:

> *[...] Reintegração é o retorno de servidor ilegalmente desligado de seu cargo ao mesmo, que dantes ocupava, ou, não sendo possível, ao seu sucedâneo ou equivalente, com integral reparação dos prejuízos que lhe advieram do ato injurídico que o atingira. Tal reconhecimento tanto pode vir de decisão administrativa como judicial. (in "Curso de Direito Administrativo", 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283).*

Desta forma, conclui-se que o apelante faz jus ao pagamento de todos os vencimentos e vantagens que deixou de auferir em razão de sua injusta exoneração, na medida em que este ressarcimento é mera consequência de sua reintegração ao cargo.

Com efeito, reconhecida a ilegalidade do ato de exoneração e tendo em vista que o apelante recebeu o benefício auxílio-doença até abril/2011 (fl. 03), em decorrência do deferimento de pedido de antecipação de tutela concedido na ação de Pedido de Benefício Previdenciário nº 0005973-71.2010.8.12.0002, condeno o município ao pagamento dos vencimentos (13ª salário, férias e outras verbas laborais), devido ao servidor, a partir de maio/2011 até a sua reintegração ao cargo, com a incidência de juros moratórios, a partir da citação (art. 219 do CPC), e correção monetária desde quando cada parcela salarial deveria ser paga, conforme estipulado no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, na forma proclamada pelo STF na modulação dos efeitos das ADIs 4357 e 4425.

Do Dano Moral

O apelante ainda busca indenização por danos morais, sob a assertiva de que dependia dos proventos para seu sustento, estava muito doente e teve que sobreviver com a ajuda de amigos e parentes, tendo contraído dívidas.

Neste particular, também merece provimento o apelo.

É conveniente destacar que a reparação civil do dano moral, diversamente do que se verifica em relação ao dano patrimonial, não visa a recompor a situação jurídico-patrimonial do lesado, mas sim à definição de valor adequado, em razão de alguma das violações às dimensões da dignidade da pessoa humana, como a liberdade, a integridade físico-psíquica, a solidariedade e a isonomia, pois o fim da teoria em análise não é apagar os efeitos da lesão, mas reparar os danos.

A configuração do dano moral, em várias situações, decorre apenas da prática do ato com repercussão na vítima, tratando-se de hipótese que independe de comprovação de abalo a bem jurídico extrapatrimonial.

Com efeito, os danos morais, ao contrário dos materiais, decorrem da lesão a algum dos aspectos relacionados à dignidade humana. A repercussão de tais lesões na personalidade da vítima nem sempre é de fácil liquidação. Contudo, tal é a gravidade da lesão à dignidade, segundo à ordem constitucional, que se admite presumível o dano moral pelo simples fato da lesão, independentemente da sua efetiva comprovação.

In casu, não há como se negar que o afastamento do apelante de seu cargo público, após ser demitido por ato judicial posteriormente declarado nulo por decisão judicial, ultrapassa as raias do mero aborrecimento.

Realmente, o recorrente foi prejudicado com a inércia do apelado que não efetivou sua readaptação de forma correta, encaminhando-o para o exercício de uma atividade laborativa incompatível com seu problema de saúde, posteriormente, sofreu a angústia de ter contra si procedimento administrativo que

culminou com sua demissão, tudo isso somado ao fato de que ficou sem receber seus vencimentos e o auxílio-doença que tanto necessitava, estando grave e irreversivelmente doente.

Resta claro que a situação vivida pelo recorrente não pode ser admitida como mero aborrecimento ou mero dissabor, ressaltado que tal situação poderia ter sido solucionada pela administração municipal, encaminhando o trabalhador para o exercício de uma função compatível com seu estado de saúde ou, se for o caso, para a aposentadoria por invalidez.

Leciona o doutrinador Sérgio Cavalieri, que reputa-se como dano moral*:*

> *a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são tão intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.* (Programa de Responsabilidade Civil, 2. ed. São Paulo, Malheiros Ed., p.78)

Por certo que a pena de demissão, principalmente aplicada de forma injusta, causou ao recorrente sérios aborrecimentos e desconforto capazes de configurar o advento de dano moral, devendo a administração responder pelo danos causados.

Em situações como essa a jurisprudência vem firmando entendimento no sentido de ser cabível indenização por dano moral, conforme se observa do julgado abaixo:

> *APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM CARGO PÚBLICO E RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO - NULIDADE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SERVIDOR E DE SEU DEFENSOR PARA OS ATOS DO PROCESSO - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - SERVIDOR COLOCADO EM SITUAÇÃO VEXATÓRIA - NOVENTA DIAS AGUARDANDO REDESIGNAÇÃO DE FUNÇÃO EMBAIXO DE UMA ÁRVORE - DANO MORAL CARACTERIZADO - DEVER DE INDENIZAR - RECONHECIMENTO - INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM VALOR RAZOÁVEL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO IMPROVIDOS.* (AC n. 2010.034195-2/0000-00 - Camapuã - Relator(a): Des. Josué de Oliveira; Comarca: Camapuã; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/07/2011; Data de registro: 07/07/2011)

> *DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO aos recursos interpostos pelo Estado do Paraná e Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social e DAR PROVIMENTO ao recurso apresentado por Hamilton José Barreto de Faria e MODIFICAR PARCIALMENTE a sentença em sede de reexame necessário, nos termos do voto e sua fundamentação. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - DECRETO DEMISSIONAL POR ABANDONO DE CARGO - NULIDADE - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO IRREGULAR - PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO - NÃO OCORRÊNCIA - PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO - PRAZO QUINQUENAL X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC)- PREVALÊNCIA*

DA LEI ESPECIAL - DANO MORAL - CONFIGURADO - DESNECESSIDADE DE PROVA - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ACOLHIMENTO - JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - APLICABILIDADE DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 E LEI 11.960/09.RECUROS DE APELAÇÃO 1 - DESPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO 2 - PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO 3 - DESPROVIDO SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 4ª C.Cível - ACR - 1281904-6 - Curitiba – Rel.: Cristiane Santos Leite - Unânime - J. 24.03.2015) (TJ-PR - REEX: 12819046 PR 1281904-6 (Acórdão), Relator: Cristiane Santos Leite, Data de Julgamento: 24/03/2015, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1552 27/04/2015).

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO C/C REPARAÇÃO CIVIL DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE DESCONSIDEROU PROVA CABAL EM FAVOR DO SERVIDOR INOCORRÊNCIA DA PRETENSA FALTA FUNCIONAL DESPROPORCIONALIDADE DA PENA OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL OCORRÊNCIA DE DANO MORAL VALOR FIXADO CORRETAMENTE SENTENÇA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível 836.064-3, 5ª. Câmara Cível, Relator Desembargador Paulo Roberto Hapner, DJ 31/01/12).

No que se refere ao valor da indenização e, orientando-me pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, os quais prevêem que a fixação do valor indenizatório pelo dano moral deve levar em conta as circunstâncias da causa, bem como a condição sócio-econômica do ofendido e do ofensor, de modo que o valor a ser pago não constitua enriquecimento sem causa da vítima, e sirva também para coibir que as atitudes negligentes e lesivas não venham a se repetir. Desse modo, entendo que razoável a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para ressarcimento dos danos morais sofridos pela apelante.

No tocante aos juros e a correção monetária, tratando-se de condenações impostas à Fazenda Pública Municipal, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 21/10/2015, ou seja, depois do advento da Lei nº 11.960/2009, deve ser observado o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, na forma proclamada pelo STF na modulação dos efeitos das ADIs 4357 e 4425.

Quanto ao termo *a quo* para atualização do valor do *quantum* indenizatório, estes deverão incidir a partir da data desta decisão que fixa a indenização por danos morais, porque é da condenação que emerge o dever de compensação (momento em que se torna líquida a obrigação), diferente da indenização por danos materiais, para os quais a Súmula n. 54 do STJ[1] foi idealizada, não se justificando sua aplicação para os danos morais, pois não há como incidirem sobre quantia que ainda não fora estabelecida.

Necessário lembrar que a súmula em apreço data de 24.09.1992, e trata da responsabilidade extracontratual, justificando-se a incidência a partir da citação quando se trata de responsabilidade contratual.

De sorte que, seria o caso de incidência desde a citação caso os danos morais derivassem de relação contratual, o que não ocorre nos autos, em que o pagamento da indenização em dinheiro decorre de dano moral puro, caso em que não havia como considerar em mora[2] o devedor, se ele não tinha como satisfazer (mesmo que quisesse) obrigação pecuniária não fixada por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes.

1 Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

2 art. 394 do Código Civil: *"considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer"*.

Justifica Carlos Roberto Gonçalves[3]:

> *Pela Súmula 163 do Supremo Tribunal Federal, 'salvo contra a Fazenda Pública, sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação'. Assim também dispõe o art. 405 do Código Civil. É esse o critério seguido nos casos de responsabilidade contratual. Já nos casos de responsabilidade extracontratual, pela prática do ilícito meramente civil, os juros de mora são computados desde a data do fato (CC, art. 398). Prescreve a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça: 'os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual'. [...]* ***Os juros de mora sobre indenização por dano moral, todavia, incidem desde o arbitramento. Não há como se considerar em mora o devedor antes, se ele não tinha como satisfazer obrigação não fixada por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes.*** *(grifos nossos)*

Dessa forma, alio-me ao entendimento de que tanto os juros moratórios como a correção monetária[4], em danos morais, contar-se-ão a partir da sua fixação, observado-se o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, na forma proclamada pelo STF na modulação dos efeitos das ADIs 4357 e 4425.

Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para determinar que o Município de Dourados reintegre o apelante ao cargo que ocupava à época de sua exoneração.

Condeno o município ao pagamento dos vencimentos, com todas as vantagens inerentes ao cargo, a partir do mês de maio/2011, uma vez que o último recebimento do auxílio-doença ocorreu em abril/2011, até a sua reintegração ao cargo, que deverão ser corrigidos desde quando cada parcela salarial deveria ser paga, conforme estipulado no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, na forma proclamada pelo STF na modulação dos efeitos das ADIs 4357 e 4425.

Outrossim, condeno ainda a administração municipal no pagamento ao apelante da quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), à título de danos morais, também conforme estipulado no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, na forma proclamada pelo STF na modulação dos efeitos das ADIs 4357 e 4425.

Condeno ainda o município ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Deixo de condenar o município-requerido ao pagamento das custas processuais, por se tratar de pessoa jurídica de direito público interno.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Eflain Stropa dos Santos e não conheceram do recurso do Município de Dourados, nos termos do voto do relator, com as ressalvas do revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 684, v. 1.

4 Súmula 362 do STJ: *"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*"

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 03 de fevereiro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação / Reexame Necessário nº 0803629-34.2013.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – OUTORGA DE ESCRITURA DE IMÓVEL DOADO PELA PREFEITURA – PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E DE INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADAS – DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO COM RESPALDO EM ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO – PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE – MÉRITO – NECESSIDADE PARA OBTER FINANCIAMENTO – VEDAÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - No que tange à preliminar de declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal, entendo que tal matéria se confunde com a análise da própria legalidade do processo de doação imobiliária, uma vez que é amparada na eventual afronta aos princípios da isonomia, da moralidade e impessoalidade, em virtude de nela não existirem critérios objetivos de seleção para os donatários de bens públicos.

II - Considerando que a impetrante colacionou aos autos provas dos fatos sobre os quais se funda o direito invocado e que tal direito se afigura líquido e certo para a admissão do *mandamus*, torna-se desnecessária a dilação probatória, motivo pelo qual não há se falar em inadequação da via eleita, tampouco em ausência de prova pré-constituída.

III - Após a realização da doação de terreno pelo Município, é de rigor a outorga da escritura pública, nos termos da Lei Municipal 936/2010, regulamentada pelo art. 3º, §1º, do Decreto Municipal n. 1.053/2011.

IV - Deve-se respeitar o princípio da vedação ao *venire contra factum proprium*, de modo que, uma vez promulgada a lei, devidamente regulamentada pelo Decreto, e estando o título provisório de concessão de direito real de uso em conformidade com os dispositivos legais pertinentes, não pode a administração, depois da justa expectativa criada nos cidadãos com a assunção de compromisso público, simplesmente desistir e/ou inviabilizar a efetivação da doação de terreno, violando a boa-fé objetiva.

V – Em sede de reexame necessário, sentença confirmada. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, rejeitar as preliminares, negar provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, manter a sentença, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Município de Nova Andradina interpõe recurso de apelação em face da sentença (fls. 299/306) proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos de Mandado de Segurança n. 0803629-34.2013.8.12.0017, que julgou procedente o pedido inicial, concedendo a segurança impetrada pela parte autora, para o fim de determinar que a autoridade coatora *"outorgue a escritura pública definitiva de doação (obrigação de fazer) à parte impetrante"*, sob pena de multa.

Em sede de preliminar, o apelante sustentou: a) a incidental inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 906/2010; b) a inadequação da via eleita, uma vez que há a necessidade de dilação probatória para verificar a regularidade do ato de doação; c) ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo pleiteado.

No mérito, argumenta acerca da ausência de ato ilegal de suspensão das autorizações de lavratura das escrituras de doações, em virtude da ocorrência de irregularidades no processo seletivo dos beneficiários.

Ao final, requer a reforma da sentença, com a consequente improcedência do pedido inicial.

Às fls. 372/411, apelada apresentou contrarrazões ao recurso, pugnando pela manutenção da sentença objurgada.

O Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 423/436).

Outrossim, além da análise da apelação, impende consignar que o presente feito se encontra sob reexame de sentença.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Nova Andradina em face da sentença (fls. 299/306) proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos de Mandado de Segurança n. 0803629-34.2013.8.12.0017, que julgou procedente o pedido inicial, concedendo a segurança impetrada pela parte autora, para o fim de determinar que a autoridade coatora *"outorgue a escritura pública definitiva de doação (obrigação de fazer) à parte impetrante"*, sob pena de multa.

Em sede de preliminar, o apelante sustentou: a) a incidental inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 906/2010; b) a inadequação da via eleita, uma vez que há a necessidade de dilação probatória para verificar a regularidade do ato de doação; c) ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo pleiteado.

No mérito, argumenta acerca da ausência de ato ilegal de suspensão das autorizações de lavratura das escrituras de doações, em virtude da ocorrência de irregularidades no processo seletivo dos beneficiários.

Ao final, requer a reforma da sentença, com a consequente improcedência do pedido inicial.

Às fls. 372/411, apelada apresentou contrarrazões ao recurso, pugnando pela manutenção da sentença objurgada.

O Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 423/436).

Outrossim, além da análise da apelação, impende consignar que o presente feito se encontra sob reexame de sentença.

É o que cumpria relatar. Passo a decidir.

Das Preliminares

Preliminarmente, o apelante sustenta acerca da inadequação da via eleita, em virtude da necessidade de dilação probatória para constatar a regularidade do ato de doação. Outrossim, argumenta acerca da ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo da apelada.

Entrementes, entendo que sobreditas preliminares são matérias atinentes ao mérito do mandado de segurança.

Perlustrando os autos, nota-se que a apelada colacionou todos os documentos necessários para comprovar que o imóvel doado pelo Município de Nova Andradina necessita da escrituração pública em seu favor.

Neste sentido, em caso semelhante, assim já fora julgado neste TJMS:

> *E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - REJEITADAS - CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE TERRENO EM CONJUNTO HABITACIONAL - NECESSIDADE DA OUTORGA DE ESCRITURA PÚBLICA PARA FINANCIAMENTO - REQUISITOS PREENCHIDOS CONFORME DECRETO MUNICIPAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO - RECURSO IMPROVIDO.* ***A impetrante colacionou aos autos prova de que o apelante conferiu a ela direito real de uso do imóvel, e que o pedido administrativo foi indeferido. Assim, presentes todos os documentos com a inicial do writ e, deste modo, revestindo-os de liquidez e certeza para a admissão do mandado de segurança****. Em razão de ter sido outorgado ao impetrante em 12/12/2012 o título provisório de concessão de direito real de uso, o Município deveria ter lavrado a escritura pública de doação após trinta dias, o que o ente público se negou a fazer, violando, assim, a disposição do Decreto Municipal. Verifico que a pretensão do apelado no Mandado de Segurança está embasada em leis e decretos municipais, que, como é sabido, possuem presunção de legalidade e legitimidade, além de existir um título provisório de concessão de direito real de uso concedido pela Prefeitura Municipal de Nova Andradina em favor dele.* (TJMS, Apelação Cível n.º 0803631-04.2013.8.12.0017, Relator: Des. Divoncir Schreiner Maran; 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/12/2014; Data de registro: 22/12/2014) (g.n.)

Desta feita, vislumbra-se que a análise do fato devidamente comprovado é matéria de direito, de tal forma que as supracitadas preliminares devem ser analisadas como parte integrante do mérito do mandado de segurança.

Destarte, afasto as sobreditas preliminares.

No que tange à preliminar de declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal, entendo que tal matéria se confunde com a análise da própria legalidade do processo de doação imobiliária, uma vez que é amparada na eventual afronta aos princípios da isonomia, da moralidade e impessoalidade, em virtude de nela não existirem critérios objetivos de seleção para os donatários de bens públicos. Ademais, pode-se dizer que ambas se confundem com o próprio mérito do recurso, de tal sorte que serão apreciados conjuntamente com este.

Nesta esteira, eis o seguinte julgado deste TJMS:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO -*
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA - DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO - ESCRITURAÇÃO DEFINITIVA - PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA -* ***AFRONTA À LEI OU INCONSTITUCIONALIDADE DESTA QUE RESULTARIA EM AUSÊNCIA DE DIREITO E LÍQUIDO - MATÉRIAS DE MÉRITO*** *- COMPROVAÇÃO DO DIREITO - IMPROVIMENTO DOS RECURSOS E RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. Afastada a preliminar de inadequação da via eleita, no mérito deve ser mantida a sentença que concedeu a segurança para determinar a escrituração definitiva e transferência do domínio de bem público à donatário que cumpriu as exigências de lei municipal, não afrontada e sem vício aparente de inconstitucionalidade.* (TJMS 1.ª Câmara Cível Apelação n.º Nº 0803289-56.2014.8.12.0017 Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan Julgamento: 7/7/2015) (g.n)

Do Mérito

Compulsando os autos, vislumbra-se que a apelada recebeu do Município a concessão de direito real de uso sobre o imóvel situado no Lote n. 21, Quadra 15, Rua F, no Conjunto Habitacional dos Funcionários Públicos, objeto da Matrícula n. 22.969, registrado no 1º Serviço Registral de Imóveis de Nova Andradina-MS.

Ademais, percebe-se que consta, ainda, que sobredita concessão encontra guarida nos artigos 6º e 23, inciso IX, da CF, que têm como objetivo o desenvolvimento urbano, bem como na Lei Orgânica do Município de Nova Andradina/MS, na Lei Municipal n. 906/2010 e no Decreto Municipal n. 1.053/2011.

A apelada informou que procurou providenciar toda documentação necessária para obter o financiamento junto à Caixa Econômica Federal, por meio do programa "Minha casa minha vida", da construção da sua moradia no terreno doado pela prefeitura. Entrementes, a referida instituição bancária informou que necessitaria da matrícula do imóvel atualizada, ou seja, da titularidade do imóvel da impetrante para liberar o valor a ser financiado.

Desta forma, em virtude de suposto ato ilegal praticado pela autoridade apontada como coatora em não conceder a Escritura Pública de Doação, buscou a impetrante, por meio do presente *mandamus*, a lavratura da Escritura Pública de Doação Definitiva do terreno, recebido a título de doação.

O Município de Nova Andradina alegou que a Lei Municipal n. 906/2010 e o Decreto n. 980/2010 não possuem critérios de seleção capazes de selecionar o funcionário público carente que cumpra critérios de real necessidade, consoante exigido pelo próprio artigo 1º da Lei 906/2010.

Em que pesem os argumentos do ora apelante, entendo que *in casu* a apelada possui direito líquido e certo à escrituração do imóvel em tela.

A propósito, eis o que dispõe o art. 5.º, § 1.º, do Decreto Municipal nº 980/2010, *in verbis*:

> *Art. 5º. A escritura de doação deverá ser lavrada à custa do interessado, num prazo não superior a 30 (trinta) dias contados do momento em que lhe for informado por escrito, de que fora beneficiado por determinado lote, sob pena de não o fazendo, perder aquele direito, cujo benefício não poderá lhe ser repetido em outra ocasião.*
>
> *§ 1º. Provisoriamente será outorgado um título precário de direito real de uso, que será substituído pela escritura contida no caput deste artigo, tão logo o beneficiário obtenha o "habite-se" da construção promovida com recursos próprios, ou quando o mesmo depender da escritura para obter financiamento para a construção.*

Da análise dos autos, percebe-se que a recorrida, com o intento de agilizar o andamento da construção, haja vista não possuir todo o dinheiro necessário, procurou a instituição bancária, para o fim de obter o financiamento habitacional.

Entretanto, a CEF informou que a liberação do financiamento estava condicionada ao preenchimento das condições exigidas na legislação, ou seja, faltava a impetrante obter a escrituração.

In casu, vislumbra-se que as provas colacionadas aos autos demonstram que a ora recorrida satisfez a condição constante na sobredita legislação municipal, qual seja, o art. 5.º, § 1.º, do Decreto Municipal n.º 980/2010 (a escritura de doação será lavrada quando depender da escritura para obter financiamento para a construção).

Desta forma, resta clarividente que a impetrante possui direito líquido e certo à escrituração estabelecida na legislação municipal, uma vez que comprovou a satisfação da condição imposta na legislação em comento.

Além disso, como já se manifestou esse TJMS, tal conduta por parte do Município fere a vedação do *venire contra factum proprium*, aplicável também à Administração Pública, uma vez que está tendo comportamento contraditório, que violam a conduta imposta pela boa-fé objetiva, que em caso idêntico, assim decidiu:

> *E M E N T A - RECURSO DE APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - OUTORGA DE ESCRITURA DE IMÓVEL DOADO PELA PREFEITURA - PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AFASTADAS - DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO COM RESPALDO EM ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE – MÉRITO - NECESSIDADE PARA OBTER FINANCIAMENTO - VEDAÇÃO AO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *I - Não incumbe ao impetrante a prova de que existe, como alega o apelante, ilegalidade capaz de macular a doação do terreno que o favoreceu. O que se tem, ao contrário do que se argumenta, é a existência de disposição normativa válida que impõe a obrigação ao Prefeito Municipal de providenciar a outorga da escritura à parte impetrante, o que, teoricamente, e por si só, independentemente de dilação probatória, evidencia seu direito líquido e certo à escrituração, sobretudo diante da presunção de legitimidade dos atos administrativos.*
>
> *II - Realizada a doação de terreno pelo Município é de rigor a outorga da escritura pública, nos termos da Lei Municipal 936/2010, regulamentada pelo art. 3º, §1º, do Decreto Municipal n. 1.053/2011.*
>
> *III - Vedação ao venire contra factum proprium, pois uma vez promulgada a lei, devidamente regulamentada pelo Decreto, e estando o título provisório de concessão de direito real de uso em conformidade com os dispositivos legais pertinentes, não pode a administração, depois da justa expectativa criada nos cidadãos com a assunção de compromisso público, simplesmente desistir e/ou inviabilizar a efetivação da doação de terreno, violando a boa-fé objetiva.* (3ª Câmara Cível Apelação / Reexame Necessário - Nº 0804326-55.2013.8.12.0017 Nova Andradina Relator Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson)

Destarte, tem-se que a impetrante possui direito líquido e certo à escrituração estabelecida na legislação municipal (Lei Municipal 936/2010 e Decreto Municipal nº 1.053/2011), uma vez que comprovou a satisfação da condição imposta na supracitada legislação.

Do Dispositivo

Ante o exposto, não acolho as preliminares aventadas pelo apelante e, no mérito, nego provimento ao presente recurso de apelação.

Em sede de reexame necessário, confirmo a sentença bem lançada pelo magistrado singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram as preliminares, negaram provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, mantiveram a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0004510-15.2011.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CORTE E TRANSPORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – PRETENSÃO DE DESCARACTERIZAR OS RECIBOS JUNTADOS AOS AUTOS COMO PROVA DOS PAGAMENTOS DOS SERVIÇOS PRESTADOS – PROVA TESTEMUNHAL CONTRÁRIA AO PROPÓSITO DO APELANTE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DEPOIMENTOS QUE ATESTAM A INEXISTÊNCIA DE SALDO A RECEBER – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos do seu direito, o que, no caso dos autos, significava a demonstração de que todos os serviços contratados (corte e transporte de cana) foram prestados pelo autor e que não houve pagamento ou ele foi parcial.

Por outro lado, se a parte requerida traz aos autos recibos de pagamento de uma porção dos serviços realizados e demonstra que houve interrupção da realização dos trabalhos e nada mais é devido, por meio da prova testemunhal, o ônus da prova se inverte em desfavor do autor, tendo em vista a demonstração de fato impeditivo e extintivo do direito pleiteado na inicial.

Desse modo, se o autor não se desincumbiu do ônus que lhe competia e a parte requerida, por outro lado, traz aos autos elementos contrários à pretensão inicial, a improcedência é a medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de março de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Jacinto Francisco da Costa interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (f. 334-341) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos da ação de reparação de danos ajuizada em face de Antônio Garrido, Energética Santa Helena Ltda. e José Carlos Delfim Miranda, em que os pedidos foram julgados improcedentes.

O apelante, em suas razões recursais (f. 345-353), alega, em síntese, que as testemunhas arroladas nos autos, declararam que o apelante prestou serviços de corte de cana na fazenda de Antônio Garrido, no interesse da Energética Santa Helena Ltda.

Por outro lado, entende o apelante que *"não parece justa e em consonância com os fatos e provas dos autos a decisão que declarou parte ilegítima os Apelados Antônio Garrido e Energética Santa Helena Ltda."* (f. 348-349), pois as provas dos autos demonstram que houve relação jurídica do apelante com referidas pessoas.

Sustenta, outrossim, que *"(...) os pagamentos mencionados pelo magistrado, cujos documentos foram juntados pelos Apelados Antônio Garrido e José Delfim Miranda não foram para quitação do serviço contratado pelo Apelado Antônio Garrido, objeto desta ação, ou seja, o que se pleiteia na inicial é o pagamento de R$ 162.000,00 referente aos serviços prestados de colheita e transporte de cana, da propriedade do Apelado Antônio Garrido para a Requerida Energética Santa Helena Ltda."* (f. 349).

Sendo assim, segundo o apelante, os documentos juntados aos autos pelos apelados nada tem a ver com o objeto da lide, e sim com serviços prestados em outros períodos e circunstâncias.

Requer seja dado provimento ao recurso, julgando-se procedente o pedido formulado na inicial.

Os apelados Antônio Garrido Rebelato e José Carlos Delfim Miranda, nas contrarrazões recursais (f. 369-372), afirmam que a pretensão do apelante é improcedente, eis que *"o referido apelado, pagou ao apelante, por conta dos serviços contratados, para colheita e transporte de cana-de-açúcar, da propriedade do apelado Antônio Garrido Rebelato às dependências da apelada Energética Santa Helena Ltda, precisamente, R$ 143.168,69, no período de fevereiro/09 a julho/09."* (f. 371).

Ao final, pugnam pelo improvimento do recurso.

A Energética Santa Helena Ltda. também requer o improvimento do recurso (f. 374-377).

VOTO

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

Jacinto Francisco da Costa interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (f. 334-341) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos da ação de reparação de danos ajuizada em face de Antônio Garrido, Energética Santa Helena Ltda. e José Carlos Delfim Miranda, em que os pedidos foram julgados improcedentes.

O apelante, em suas razões recursais (f. 345-353), alega, em síntese, que as testemunhas arroladas nos autos, declararam que o apelante prestou serviços de corte de cana na fazenda de Antônio Garrido, no interesse da Energética Santa Helena Ltda.

Por outro lado, entende o apelante que *"não parece justa e em consonância com os fatos e provas dos autos a decisão que declarou parte ilegítima os Apelados Antônio Garrido e Energética Santa Helena Ltda."* (f. 348-349), pois as provas dos autos demonstram que houve relação jurídica do apelante com referidas pessoas.

Sustenta, outrossim, que *"(...) os pagamentos mencionados pelo magistrado, cujos documentos foram juntados pelos Apelados Antônio Garrido e José Delfim Miranda não foram para quitação do serviço contratado pelo Apelado Antônio Garrido, objeto desta ação, ou seja, o que se pleiteia na inicial*

é o pagamento de R$ 162.000,00 referente aos serviços prestados de colheita e transporte de cana, da propriedade do Apelado Antônio Garrido para a Requerida Energética Santa Helena Ltda." (f. 349).

Sendo assim, segundo o apelante, os documentos juntados aos autos pelos apelados nada tem a ver com o objeto da lide, e sim com serviços prestados em outros períodos e circunstâncias.

Requer seja dado provimento ao recurso, julgando-se procedente o pedido formulado na inicial.

Os apelados Antônio Garrido Rebelato e José Carlos Delfim Miranda, nas contrarrazões recursais (f. 369-372), afirmam que a pretensão do apelante é improcedente, eis que *"o referido apelado, pagou ao apelante, por conta dos serviços contratados, para colheita e transporte de cana-de-açúcar, da propriedade do apelado Antônio Garrido Rebelato às dependências da apelada Energética Santa Helena Ltda, precisamente, R$ 143.168,69, no período de fevereiro/09 a julho/09."* (f. 371).

Ao final, pugnam pelo improvimento do recurso.

A Energética Santa Helena Ltda. também requer o improvimento do recurso (f. 374-377).

Passo ao julgamento do recurso.

Consta dos autos que o autor ajuizou Ação de Cobrança em face de Antônio Garrido, José Carlos Delfim de Miranda e Energética Santa Helena Ltda.

Narrou o apelante que ele é proprietário da empresa Cana Planta, a qual prestou serviços de colheita e transporte de cana de açúcar na Fazenda Dois irmãos ao requerido Antônio Garrido, no ano de 2009; o corte seria realizado por José Carlos Delfim.

Assinalou o apelante que foram colhidas e transportadas 7.600 (sete mil e seiscentas) toneladas de cana para a Energética Santa Helena Ltda., mas, em decorrência de problemas trabalhistas dos funcionários de José Carlos Delfim Miranda, não houve o devido pagamento pelo serviço prestado, fato que motivou o ajuizamento da presente ação.

Após a regular instrução do feito, a sentença julgou improcedentes os pedidos (f. 334-341).

Pelo teor tanto dos fatos noticiados pelo apelante, dos argumentos desenvolvidos pelo apelante e das provas colhidas em audiência, verifica-se que o cerne da demanda é definir se os recibos e cheques mencionados nos autos correspondem ao pagamento dos serviços referidos pelo recorrente, ou não.

Conforme o estudo dos elementos existentes nos autos, constata-se que a empresa Cana Planta Ltda, de propriedade do autor, foi constituída em julho 2009 pelo apelante e Edivaldo Silva (ambos com poderes de gerência), e tinha como objeto o corte e transporte de cana-de-açúcar, não havendo controvérsia quanto a este fato.

Segundo os apelados, os serviços prestados pelo apelante já foram pagos, consoante atestam os documentos juntados aos autos.

De fato, foram juntados ao processo diversos documentos que possuem relação direta com os negócios citados pelas partes, principalmente recibos e cheques; entretanto, há uma circunstância facilmente perceptível, qual seja, o fato de não haver contrato escrito entre a empresa Cana Planta e os apelados ou ao menos algum deles.

Isso quer dizer que a limitação temporal pretendida pelo recorrente, quando ele argumenta que os recibos e cheques juntados pelos apelados referem-se a outros negócios e não ao que é objeto da lide, tendo em vista que a Cana Planta Ltda. somente foi constituída em junho de 2009.

Como as tratativas foram informais, não é possível acolher a tese do apelante no sentido de que os documentos juntados pelos apelados comprovam pagamentos de outros serviços e não aqueles que foram mencionados na inicial, o que justifica que os apelados se desincumbiram do ônus de comprovar o fato extintivo alegado nas defesas.

E, mesmo que o apelante entenda ser necessário apreciar os documentos em confronto com a prova testemunhal, será possível constatar, com toda a clareza, que não há crédito algum em favor do apelante que justifique o pedido inicial.

Constam nas f. 73-77 e 78-87, os contratos celebrados entre a Energética Santa Helena Ltda. e Antônio Garrido e José Garrido e também com José Carlos Delfim Miranda, sendo certo que esses documentos comprovam demonstram a existência de relação jurídica apenas entre essas pessoas, sem qualquer referência ao apelante, de modo que os serviços mencionados pelo apelante destinavam-se diretamente a José Carlos Defim, não havendo relação com os demais apelados.

Com base nesses elementos, verifica-se que a sentença adotou solução adequada aos fatos narrados na presente demanda, ao excluir da lide a Energética Santa Helena Ltda e Antônio Garrido.

Por outro lado, constata-se que os títulos de f. 100, 102, 103, 105, 107 e 109, respectivamente emitidos em 09/04/2009, 22/04/2009, 15/05/2009, 28/05/2009, 10/07/2009 e 14/07/2009, correlacionam-se com os recibos emitidos por Jacinto (apelante) para Edivaldo (então seu sócio na Cana Planta), constantes às f. 136, f. 138, 139, 146 e 147, demonstrando que os serviços prestados foram pagos, consoante mencionado nas sentença:

> *"(...)*
>
> *Todavia, o requerido José Carlos Delfim Miranda juntou aos autos cópias de vários cheques e recibos de pagamento comprovando o repasse de valores ao autor Jacinto Francisco da Costa ou a seu sócio Edivaldo da Silva, co-proprietário da empresa Cana Planta, conforme contrato social juntado às fls. 133/134, pagamentos estes realizados até o mês de julho de 2009, exatamente a época em que houve o desentendimento entre o autor e o réu que culminou em uma ruptura na relação profissional existente entre ambos, conforme restou apurado nos autos da "Ação de Reconhecimento e Dissolução de Sociedade de Fato c/c Partilha de Bens" noticiada às fls. 191 e ss. dos autos. Com efeito, consta dos autos a juntada dos seguintes comprovantes de pagamento feitos em favor do autor e/ou seu sócio:*
>
> *Fls. 100. R$ 14.313,12, em 09/04/2009.*
>
> *Fls. 101. R$ 6.000,00, em 22/04/2009.*
>
> *Fl. 103. R$ 30.624,91, em 15/05/2009.*
>
> *Fl. R$ 3.636,90, em 28/05/2009.*
>
> *Fl. 107. R$ 24.237,98, em 10/07/2009.*
>
> *Fl. 109. R$ 4.000,00, em 14/07/2009.*
>
> *Fl. 136. R$ 15.597,45, em 13/04/2009.*

Fl. 138. R$ 14.482,62, em 13/04/2009.

Fl. 146. R$ 25.116,54, em 14/06/2009.

Uma vez apresentados tais documentos comprobatórios de pagamentos, ocorre a inversão do ônus da prova, cabendo ao autor provar que não recebeu os valores indicados, ou que os mesmos não se referiam aos serviços cujo recebimento se pretende, sendo certo que desse ônus não se desincumbiu o autor.

Destarte, de acordo com a sistemática processual, o ônus da prova incumbe a quem alega fato constitutivo de seu direito, conforme determina o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, e, secundando o arcabouço probatório colhido nos autos, verifico que o caso não comporta decreto condenatório, porquanto transcorrida a instrução probatória e concluída a prova emergente do álveo processual a única certeza que verte inconcussa é a incerteza sobre a existência de valores devidos ao autor diante dos comprovantes de pagamento carreados aos autos, limitando-se o autor a presumir, suspeitar e conjecturar que não recebeu integralmente o que lhe é devido, o que é insuficiente para a condenação do réu ao pagamento da quantia cobrada."

Ademais, segundo a narrativa das partes e a análise feita na sentença, houve a prestação de serviços pelo apelante, com seus meios, ao sr. José Carlos Delfim Miranda, restando saber se houve quitação integral ou não. Pela soma dos recibos juntados, não se obtém o valor mencionado pelo apelante, o qual supera os R$ 162.000,00 (cento e sessenta e dois mil reais).

Entretanto, aliando-se a prova documental com a síntese dos depoimentos prestados na fase instrutória, tem-se que o apelado José Carlos Delfim Miranda nada deve ao apelante, conforme será exposto a seguir, em resumo para cada declaração.

Waltair José Xavier Gasqui, (f. 291), disse, sinteticamente, que: Antônio Garrido contratou José Carlos Delfim Miranda para que ele efetuasse o corte, carregamento e transporte de cana para a Energética Santa Helena Ltda; havia algum tipo de sociedade entre Jacinto e José Carlos, mas não havia relação direta entre Antônio Garrido e Jacinto; que Jacinto indicava alguns caminhões próprios e outros quem fornecia era a Santa Helena Agroindustrial Ltda.; José Carlos adiantou pagamentos a Jacinto por trabalhos futuros e que a empresa Cana Planta não chegou a participar da totalidade dos serviços prestados, sendo que uma parte das empreitadas ficara a cargo da própria Energética Santa Helena.

Referida testemunha ainda assinalou que José Carlos não ficou devendo para Jacinto, na verdade tomou prejuízo em razão dos adiantamentos; que os pagamentos, inclusive os adiantados, eram feitos mediante a entrega de recibos por Edivaldo Silva, os quais totalizaram mais de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), e que os adiantamentos eram feitos a Jacinto porque ele não tinha condições de iniciar os trabalhos sem este dinheiro.

Por outro lado, a testemunha Elias Maldonado também esclareceu que José Carlos Delfim repassou aproximadamente R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais) a Jacinto, mas ficou no prejuízo porque este não fez todo o serviço; que os adiantamentos referiam-se à prestação de serviços na Fazenda de Antônio Garrido, no período compreendido entre o primeiro semestre e o mês de agosto de 2009.

Conforme se observa pelo teor dos depoimentos acima referidos, nem toda a prestação de serviços estava relacionada à empresa Cana Planta Ltda., e que aqueles serviços devidamente realizados foram pagos, inclusive antecipadamente, tendo em vista a inexecução de parte dos trabalhos, o que demonstra a improcedência da pretensão do apelante e a necessidade de manutenção da sentença.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto por Jacinto Francisco da Costa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 09 de março de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Agravo Regimental nº 1412559-72.2015.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROTEÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM 1º GRAU – PROIBIÇÃO DE EMPRESA CONCORRENTE COMERCIALIZAR PRODUTOS COM EMBALAGEM SEMELHANTE – NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO ORIGINAL – IMPOSSIBILIDADE – PROBABILIDADE CONCRETA DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – POSICIONAMENTO DOMINANTE DO STJ – PROVIMENTO.

A embalagem industrial não é passível de registro no INPI e, consequentemente, não obsta a utilização de *layout* semelhante em produto concorrente.

A antecipação de tutela *inaudita altera pars* que determina a proibição de comercialização de produtos em embalagens semelhantes tem maior probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação àquele que paralisa a linha de produção do que àquele que (alegadamente) está sendo prejudicado pelo uso indevido da marca.

Havendo posicionamento consolidado pelo STJ quanto à possibilidade de uso de embalagens semelhantes por concorrentes, a antecipação de tutela que obsta a comercialização deve ser cassada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator que negava provimento.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Dinho Indústria de Produtos Alimentícios Ltda interpôs Agravo Regimental em face da decisão proferida por este magistrado, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto em desfavor de Semalo Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, mantendo a decisão de primeiro grau que deferiu o pedido de tutela antecipada.

Em razões recursais, reitera os argumentos expostos nas razões do agravo, sustentando que as embalagens dos produtos do recorrente e recorrido são diferentes.

Ressalta que a recorrida mudou recentemente a embalagem dos seus produtos, estando ainda mais distinta da utlilizada pelo agravante.

Enfatiza que a decisão agravada ensejará a paralisação de sua atividade, causando-lhe prejuízos irreparáveis.

Requer o provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Dinho Indústria de Produtos Alimentícios Ltda em face da decisão que negou seguimento ao recurso de agravo interposto em desfavor do agravado, mantendo a decisão que deferiu a tutela antecipada, exarada nos seguintes termos:

> *"Segundo disposição do caput, do art. 557, do Código de Processo Civil o relator negará seguimento ao recurso, se este for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com jurisprudência dominante.*
>
> *Confira-se:*
>
> *"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.*
>
> *§ 1º- A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.*
>
> *§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.*
>
> *§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor."*
>
> *Pois bem, tratando de ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o pedido de antecipação de tutela deve ser analisado à luz do § 3º do artigo 461 c/c o art. 273 do Código de Processo Civil.*
>
> *"Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providencias que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. (...)*
>
> *§ 3º. "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o reú. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada."*

Segundo Zavascki[1], também na obrigação de fazer e não fazer deve ser aplicado subsidiariamente o regime do art. 273 do Código de Processo Civil aos casos de pedido de tutela [2].

Confira-se:

"(...) l) aplicam-se, à antecipação da tutela de obrigação de fazer e não fazer, subsidiariamente ao art. 461, as normas que regulam a medida antecipatória do procedimento comum"; (...)

Eis o teor do art. 273 do Código de Processo Civil dispõe:

"Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

(...)

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado."

Ressalte-se que o § 1º do art. 209 da Lei n. 9.279/96 permite a concessão de liminar:

"Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada."

Dos dispositivos citados, extrai-se que a antecipação dos efeitos da tutela depende da verificação de conceitos como "prova inequívoca e verossimilhança" das alegações, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No que se refere à prova inequívoca da verossimilhança das alegações tenho que se faz presente.

1 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 176.

2 No mesmo sentido Eduardo Talamini, entende que há uma correlação entre esse dispositivo e o constante do art. 273, do Código de Processo Civil: *"Na relação entre a hipótese geral do art. 273 e a especial do art. 461, § 3º, a segunda dessas duas regras deve ser compreendida como plus em face da disciplina geral de antecipação de tutela consagrada naquela primeira. Em outros termos, para essas pretensões não há a exclusão do regime geral de antecipação (sumariedade de cognição, instrumentalidade, provisoriedade, caráter de urgência), mas o reforço no que diz respeito ao âmbito da atuação da tutela".* (TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 349).

Para solução da controvérsia, curial ter em mente que a Lei de Propriedade Industrial traz o conceito de marca:

"Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais."

Sobre a marca, a doutrina aduz que ela tem dupla finalidade: atrair clientela e resguardar os direitos do consumidor.

Confira-se:

"Para o empresário as marcas funcionam como meios de atrair clientela. Todavia, essa não é a única importância da marca. Ela serve também para resguardar os interesses do consumidor em relação a qualidade ou proveniência de determinado produto ou serviço, ou seja, a marca é um referencial para o consumidor poder fazer suas escolhas. Em suma, a marca tem uma dupla finalidade: resguardar os direitos do titular e proteger os interesses do consumidor." (Tomazettte, Marlon. Curso de Direito Comercial. Vol. 1. 2013)

Nesse sentido:

CIVIL E COMERCIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE EMBALAGEM. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. DEPÓSITO EFETUADO JUNTO AO INPI. PENDÊNCIA DE REGISTRO. INTERESSE DE AGIR. CONFIGURAÇÃO.

1. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão recorrida.

Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.

2. A finalidade da proteção ao uso das marcas é dupla: por um lado protegê-la contra o proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto.

3. O art. 129 da Lei 9.279/96 subordina o direito de uso exclusivo da marca ao seu efetivo registro no INPI, que confere ao titular o direito real de propriedade sobre a marca.

4. Confere-se, entretanto, ao depositante o direito de zelar pela integridade material ou reputação da marca, conforme o disposto no art. 130, III, da Lei 9.279/96, configurando o interesse processual.

5. Recurso especial provido. (REsp 1292958/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 12/09/2013)

No caso, a prova do registros das marcas da autora/recorrida no INPI estão consubstanciadas pelo documento de f. 55-56.

A demanda diz respeito às embalantes dos produtos da autora/recorrida e da requerida/recorrente, tendo a magistrada de primeiro grau deferido a antecipação de tutela para que a agravante se abstenha de utilizar as embalagens dos produtos Zezitos e Torrezitos, como se apresentam atualmente, em razão da violação da marca.

Do exame das f. 40 e 41, constato ser evidente a semelhança entre os traços das embalagens (marcas) dos produtos Zezitos e Jumbitos e Torrezno e Torrezitos, destacando-se as cores predominantes, fontes, disposição e alternância de cores.

Consoante fundamentado pela magistrada de primeiro grau, "verifico que há muitas semelhanças nos nomes das marcas e embalagens dos produtos, incluindo-se tipo de letra, cores, desenhos gráficos, ou seja, no conjunto de informações (denominada trade dress) expostos, podendo, sim, gerar confusão entre uma e outra, até mesmo serem tratadas como se fossem do mesmo fabricante, pelos Consumidores." (f. 40)

Destaco que ainda que a Jumbitos tenha alterado sua embalagem, não houve substancial mudança e, além disso, ela ainda possui o registro da marca acosta a inicial, de modo que não está afastado o conflito.

Não se deve olvidar que os produtos em questão têm grande aceitação no público infantil, o que ainda agrava a possibilidade de confusão entre os consumidores, diante das semelhanças entre as marcas, devendo prevalecer a registrada anteriormente, qual seja, a da recorrida, autora da ação.

Portanto, existindo a possibilidade de confusão entre os consumidores, porquanto as marcas dos produtos são verdadeira semelhantes, presente a prova inequívoca da verossimilhança das alegações do autor.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação também está presente diante da "potencialidade lesiva de prejuízos financeiros na continuidade da utilização pela requerida, das embalagens nos produtos em discussão nos autos, dada às similitudes com os da requerente." (f. 90)

Por sua vez, não há perigo de irreversibilidade da medida, tampouco de perigo da demora inverso, porquanto apenas foi determinado que a requerida/agravante altere sua embalagem, não sendo obstada sua atividade produtiva. Quanto aos produtos que alega já ter utilizado a embalagem antiga, cabe a ela proceder a alteração do pacote.

Dispositivo.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso, por ser manifestamente improcedente. "

Em análise das razões recursais do agravante, não me convenci de que a decisão agravada deva ser alterada, porquanto proferida de acordo com a jurisprudência no STJ, em atenção a dupla finalidade da marca: atrair clientela e resguardar os direitos do consumidor.

Demais disso, do exame das embalagens dos produtos, verifica-se a evidente a semelhança entre os traços das embalagens (marcas) dos produtos Zezitos e Jumbitos e Torrezno e Torrezitos, destacando-se as cores predominantes, fontes, disposição e alternância de cores.

Por fim, ao contrário do alegado pelo recorrente, não há perigo de irreversibilidade da medida, tampouco de perigo da demora inverso, porquanto apenas foi determinado que a requerida/agravante altere sua embalagem, não sendo obstada sua atividade produtiva. Quanto aos produtos que alega já ter utilizado a embalagem antiga, cabe a ela proceder a alteração do pacote.

Presentes, pois, os requisitos da concessão da tutela antecipada, não há falar em reforma da decisão agravada.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRATAMENTO MÉDICO ESPECÍFICO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA – REQUISITOS PRESENTES – RECURSO NÃO PROVIDO.

> *Todos têm direito à saúde e às ações e serviços estatais. O direito de ninguém é maior do que o de outrem. As políticas para a saúde, está no art. 196 da Constituição Federal, serão de acesso universal e igualitário, por isso, estando presentes os requisitos do art. 273 do CPC, a tutela antecipada deve ser concedida.* (TJMS - 1410431-79.2015.8.12.0000 Agravo Regimental - Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Amambai; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 10/11/2015; Data de registro: 12/11/2015)

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (1º Vogal)

Trata-se de recurso de Agravo Regimental interposto contra a decisão do e. relator que negou seguimento ao Agravo de Instrumento anteriormente interposto por Dinho Indústria de Produtos Alimentícios Ltda, contra decisão da Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que deferiu *inaudita altera pars* pedido de tutela antecipada em ação de obrigação de fazer c/c não fazer ajuizada por Semalo Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.

Substancialmente, extrai-se dos autos que a Semalo Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. ingressou em juízo alegando que os produtos (salgadinhos) comercializados pela Dinho Indústria de Produtos Alimentícios Ltda são vendidos em embalagens muito semelhantes às suas e pediu que a agravante se abstivesse de usá-las nos produtos Zezitos e Torrezitos.

A antecipação de tutela foi concedida pelo juízo *a quo* e, conforme já mencionado, o e. relator negou seguimento ao Agravo de Instrumento interposto.

Com a devida vênia, devo divergir deste entendimento, para dar provimento ao recurso.

Inicialmente, chama a atenção o fato de a ação ter sido proposta em Campo Grande, apesar de o domicílio da empresa ré, agora agravante, ser no Pará. É certo que se trata de incompetência de natureza relativa que deve ser alegada no momento adequado sob pena de preclusão, entretanto tal elemento exigiria um maior cuidado do julgador ao deferir medida tão gravosa *inaudita altera pars*.

A situação fática está consolidada. Empresas autor e ré da ação de obrigação de fazer e não fazer comercializam produtos semelhantes em embalagens (alegadamente) parecidas. Neste cenário, seria bastante temerário determinar a paralisação de linha de produção de uma delas e cogitar que tudo se resolva em perdas e danos no futuro.

Aliás, como bem frisou o agravante, as marcas de agravante e agravada estão regularmente registradas no INPI e não se estendem às embalagens dos produtos, que não são passíveis de registro, conforme art. 124, da Lei de Propriedade Intelectual:

> *"Art. 124. Não são registráveis como marca:*
>
> *(...)*
>
> *V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;*
>
> *(...)*

> *VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo;*
>
> *(...)*
>
> *XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico;"*

Aparentemente, o caso trata de embalagens comuns de salgadinhos que, ordinariamente, são feitas em cores vibrantes justamente para atrair o público infantil. A agravante colacionou diversas embalagens do segmento indicando esta premissa (f. 07).

Ressalve-se que a marca da agravada realmente está registrada no INPI, conforme documento de (f. 55/56 dos autos principais), entretanto basta a simples leitura daquele para constatar que não há qualquer detalhamento técnico acerca das embalagens.

A agravante colacionou aos autos julgado do Superior Tribunal de Justiça que analisou a similaridade entre as embalagens das cervejas Brahma e Itaipava e calha à fiveleta na situação dos autos (f. 13):

> *"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. COMERCIALIZAÇÃO DE CERVEJA. LATA COM COR VERMELHA. ART. 124, VIII, DA LEI N. 9.279/1996 (LPI). SINAIS NÃO REGISTRÁVEIS COMO MARCA. PRÁTICA DE ATOS TIPIFICADOS NO ART. 195, III E IV, DA LPI. CONCORRÊNCIA DESLEAL. DESCARACTERIZAÇÃO. OFENSA AO DIREITO DE MARCA. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO INDENIZATÓRIA. AFASTAMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1. Por força do art. 124, VIII, da Lei n. 9.279/1996 (LPI), a identidade de cores de embalagens, principalmente com variação de tons, de um produto em relação a outro, sem constituir o conjunto da imagem ou trade dress da marca do concorrente - isto é, cores "dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo" -, não é hipótese legalmente capitulada como concorrência desleal ou parasitária.*
>
> *2. A simples cor da lata de cerveja não permite nenhuma relação com a distinção do produto nem designa isoladamente suas características - natureza, época de produção, sabor, etc. -, de modo que não enseja a confusão entre as marcas, sobretudo quando suficiente o seu principal e notório elemento distintivo, a denominação.*
>
> *3. Para que se materialize a concorrência desleal, além de visar à captação da clientela de concorrente, causando-lhe danos e prejuízos ao seu negócio, é preciso que essa conduta se traduza em manifesto emprego de meio fraudulento, voltado tanto para confundir o consumidor quanto para obter vantagem ou proveito econômico.*
>
> *4. O propósito ou tentativa de vincular produtos à marca de terceiros, que se convencionou denominar de associação parasitária, não se configura quando inexiste ato que denote o uso por uma empresa da notoriedade e prestígio mercadológico alheios para se destacar no âmbito de sua atuação concorrencial.*
>
> *5. A norma prescrita no inciso VIII do art. 124 da LPI - Seção II, "Dos Sinais Não Registráveis como Marca" - é bastante, por si só, para elidir a prática de atos de concorrência desleal tipificados no art. 195, III e IV, do mesmo diploma, cujo alcance se arrefece ainda mais em face da inexistência de elementos fático-jurídicos caracterizadores de proveito parasitário que evidenciem que a empresa, por meio fraudulento, tenha criado confusão entre produtos no mercado com o objetivo de desviar a clientela de outrem em proveito próprio.*

> *6. Descaracterizada a concorrência desleal, não há falar em ofensa ao direito de marca, impondo-se o afastamento da condenação indenizatória por falta de um dos elementos essenciais à constituição da responsabilidade civil - o dano.*
>
> *7. Recurso especial conhecido e provido."* (REsp 1376264/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 09/12/2014, DJe 04/02/2015)

É nítida a possibilidade concreta de dano irreparável ou de difícil reparação. Caso persista a tutela de urgência anteriormente concedida, ainda que ao cabo do processo a agravante saia vencedora, certamente seu produto já se tornou desconhecido no mercado, sua fábrica já fechou, seus empregados já ficaram sem trabalho e não haverá como restituir o *status quo ante*.

Novamente a agravante colacionou julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que analisou as embalagens das marcas Vanish e Vantage (em que a primeira objetivava impedir a comercialização da segunda) e guarda grande semelhança com a presente situação:

> *"TUTELA ANTECIPADA – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – EMBALAGEM – ALEGAÇÃO DE IMITAÇÃO – VANISH E VANTAGE – LIVRE CONCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA IMPEDIR A RÉ AGRAVANTE DE FABRICAR, COMERCIALIZAR E DIVULGAR SEU PRODUTO – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO CONCRETA DE PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL – PERIGO DA DEMORA – DANO CONCRETO À AGRAVANTE SE FOR IMPEDIDA, DESDE LOGO, DE FABRICAR, COMERCIALIZAR E DIVULGAR SEU PRODUTO, AO PASSO QUE EVENTUAL PREJUÍZO DA AGRAVADA É MERAMENTE HIPOTÉTICO COM A ENTRADA NO MERCADO DO PRODUTO DA RECORRENTE – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CASSADA – RECURSO PROVIDO."* (TJSP, AI 0191736-89.2009.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo,07/12/2010.)

Neste caso, portanto, o perigo da demora é inverso. Caso a agravada (autora) saia-se vencedora da ação de primeira instância, estará em muito melhores condições de buscar ressarcimento de perdas e danos do que o oposto.

Assim sendo, não estão presentes os requisitos da antecipação de tutela do art. 273, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto por Dinho Indústria de Produtos Alimentícios Ltda, para com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dar provimento de plano ao Agravo de Instrumento anteriormente interposto, cassando os efeitos da antecipação de tutela concedida na ação n.º 0828789-41.2015.8.12.0001.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator que negava provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 02 de dezembro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1414449-46.2015.8.12.0000 - Brasilândia
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE LIMINAR – PROCESSO DE CASSAÇÃO POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR – VEREADOR – RECEBIMENTO DE DENÚNCIA – VOTAÇÃO – *QUORUM* QUALIFICADO – VEREADOR IMPEDIDO – NECESSIDADE DE CONVOCAÇÃO DE SUPLENTE – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE SOBRE A TESE DE ILEGALIDADE NO PROCEDIMENTO ADOTADO PELA CÂMARA MUNICIPAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Tratando-se de processo de cassação de mandato de vereador, pela Câmara Municipal, por suposta quebra de decoro parlamentar, não se verifica a plausibilidade da tese de ilegalidade no procedimento adotado pela Câmara, pois, na hipótese de impedimento de vereador na votação para o recebimento da denúncia, deve ser convocado o suplente, condição sem a qual a deliberação não poderia ocorrer, segundo a interpretação do art. 5º e incisos, do Decreto-Lei nº 201/67.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Antônio José da Silva, qualificado nos autos, interpõe Agravo de Instrumento, inconformado com a decisão (f. 19-22) proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Brasilândia, que, nos autos de Mandado de Segurança impetrado pelo agravante em face do ato Presidente da Câmara Municipal de Brasilândia, processo nº 0800524-39.2015.8.12.0030, indeferiu a liminar pleiteada.

Afirma que ao contrário do que consta na decisão agravada, há, sim, a plausibilidade do direito apelado na inicial do *mandamus*, na medida em que o próprio Regimento Interno da Câmara Legislativa Municipal de Brasilândia veda que o suplente do vereador alvo de Comissão Processante vote na nela própria, uma vez que somente depois que a referida comissão decidir pela abertura do processo de perda de cargo político, é que será nomeado o suplente.

Sustenta que, desse modo, a autoridade coatora violou os princípios da legalidade e do devido processo legal, ao possibilitar a obtenção de *quórum* necessário para a admissão ou não de denúncia contra o agravante.

Requer a concessão do efeito sativo ao recurso, e, ao final, o seu provimento.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e ativo (f. 531-532).

O agravado, nas contrarrazões (f. 537-542), alega que nada consta na Lei Orgânica do Município sobre o processo de cassação de Vereador, mas, em outras legislações e no Regimento Interno da Câmara Municipal, há expressa previsão da necessidade de convocação de suplente no caso de quórum incompleto na sessão que decide a abertura do processo de cassação.

Ao final, requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 549-560, opina pelo improvimento do agravo.

VOTO

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

Antônio José da Silva, qualificado nos autos, interpõe Agravo de Instrumento, inconformado com a decisão (f. 19-22) proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Brasilândia, que, nos autos de Mandado de Segurança impetrado pelo agravante em face do ato Presidente da Câmara Municipal de Brasilândia, processo nº 0800524-39.2015.8.12.0030, indeferiu a liminar pleiteada.

Afirma que ao contrário do que consta na decisão agravada, há, sim, a plausibilidade do direito apelado na inicial do *mandamus*, na medida em que o próprio Regimento Interno da Câmara Legislativa Municipal de Brasilândia veda que o suplente do vereador alvo de Comissão Processante vote nele próprio, uma vez que somente depois que a referida comissão decidir pela abertura do processo de perda de cargo político, é que será nomeado o suplente.

Sustenta que, desse modo, a autoridade coatora violou os princípios da legalidade e do devido processo legal, ao possibilitar a obtenção de *quorum* necessário para a admissão ou não de denúncia contra o agravante.

Requer a concessão do efeito ativo ao recurso, e, ao final, o seu provimento.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e ativo (f. 531-532).

O agravado, nas contrarrazões (f. 537-542), alega que nada consta na Lei Orgânica do Município sobre o processo de cassação de Vereador, mas, em outras legislações e no Regimento Interno da Câmara Municipal, há expressa previsão da necessidade de convocação de suplente no caso de *quorum* incompleto na sessão que decide a abertura do processo de cassação.

Ao final, requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 549-560, opina pelo improvimento do agravo.

O objeto do presente agravo é a reforma da decisão singular que indeferiu o pedido de suspensão do andamento da Comissão Processante formada para avaliar se é ou não caso de cassação do agravante do cargo de Vereador.

Para melhor exame da questão, transcrevo o artigo 5º, e os incisos correspondentes, do DL 201/67:

"Art. 5º O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:

I - A denúncia escrita da infração poderá ser feita por qualquer eleitor, com a exposição dos fatos e a indicação das provas. Se o denunciante for Vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a Comissão processante, podendo, todavia, praticar todos os atos de acusação. Se o denunciante for o Presidente da Câmara, passará a Presidência ao substituto legal, para os atos do processo, e só votará se necessário para completar o quorum de julgamento. Será convocado o suplente do Vereador impedido de votar, o qual não poderá integrar a Comissão processante.

II - De posse da denúncia, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determinará sua leitura e consultará a Câmara sobre o seu recebimento. Decidido o recebimento, pelo voto da maioria dos presentes, na mesma sessão será constituída a Comissão processante, com três Vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator.

III - Recebendo o processo, o Presidente da Comissão iniciará os trabalhos, dentro em cinco dias, notificando o denunciado, com a remessa de cópia da denúncia e documentos que a instruírem, para que, no prazo de dez dias, apresente defesa prévia, por escrito, indique as provas que pretender produzir e arrole testemunhas, até o máximo de dez. Se estiver ausente do Município, a notificação far-se-á por edital, publicado duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de três dias, pelo menos, contado o prazo da primeira publicação. Decorrido o prazo de defesa, a Comissão processante emitirá parecer dentro em cinco dias, opinando pelo prosseguimento ou arquivamento da denúncia, o qual, neste caso, será submetido ao Plenário. Se a Comissão opinar pelo prosseguimento, o Presidente designará desde logo, o início da instrução, e determinará os atos, diligências e audiências que se fizerem necessários, para o depoimento do denunciado e inquirição das testemunhas.

IV - O denunciado deverá ser intimado de todos os atos do processo, pessoalmente, ou na pessoa de seu procurador, com a antecedência, pelo menos, de vinte e quatro horas, sendo lhe permitido assistir as diligências e audiências, bem como formular perguntas e reperguntas às testemunhas e requerer o que for de interesse da defesa.

V – concluída a instrução, será aberta vista do processo ao denunciado, para razões escritas, no prazo de 5 (cinco) dias, e, após, a Comissão processante emitirá parecer final, pela procedência ou improcedência da acusação, e solicitará ao Presidente da Câmara a convocação de sessão para julgamento. Na sessão de julgamento, serão lidas as peças requeridas por qualquer dos Vereadores e pelos denunciados, e, a seguir, os que desejarem poderão manifestar-se verbalmente, pelo tempo máximo de 15 (quinze) minutos cada um, e, ao final, o denunciado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de 2 (duas) horas para produzir sua defesa oral;

VI - Concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações nominais, quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, em curso de qualquer das infrações especificadas na denúncia. Concluído o julgamento, o Presidente da Câmara proclamará imediatamente o resultado e fará lavrar ata que consigne a votação nominal sobre cada infração, e, se houver condenação, expedirá o competente decreto legislativo de cassação do mandato de Prefeito. Se o resultado da votação for absolutório, o Presidente determinará o arquivamento do processo. Em qualquer dos casos, o Presidente da Câmara comunicará à Justiça Eleitoral o resultado."

Em primeiro lugar, deve ser esclarecido ao agravante que o impedimento quanto ao voto em relação a sua pessoa não é desprovido de amparo legal ou mesmo regimental, conforme consta no trecho destacado na parte final do inciso I, do art. 5º, do Decreto Lei nº 201/67.

Ademais, na sessão que decidiu pelo recebimento do pedido de cassação, não houve nenhuma decisão no sentido de afastar o agravante de suas funções, de acordo com a ata respectiva, juntada às f. 513-527.

Destarte, a convocação de suplente de vereador justifica-se pela óbvia necessidade de resguardar a composição do *quorum* da votação e a imparcialidade, haja vista que a participação do próprio acusado em processo do seu interesse contraria toda a lógica de impessoalidade e isenção que um julgamento requer.

Na hipótese dos autos, constata-se que a Câmara Municipal de Brasilândia conta com 09 vereadores, sendo um deles o Presidente (Paulo Sérgio de Abreu), o qual não participou da votação do processo de cassação (fase de recebimento do pedido).

Há duas situações a serem, observadas: a) mero impedimento de vereador na votação de processo contra si mesmo e b) vacância no caso de afastamento do Vereador. Pelo que consta dos autos, somente a primeira situação ocorreu, tendo em vista ser o agravante acusado.

Portanto, ao contrário do que deduziu o agravante, o início do andamento do pedido de cassação do seu mandato de vereador não resultou em afastamento, conforme se depreende da leitura da ata nº 1.407/CMB/2015 (34ª Sessão Ordinária), nos exatos termos a seguir alinhavados:

> *"(...) O Sr. Presidente informou que havia como matéria em pauta denúncia formulada pelos Senhores Reginaldo Aparecido Campos e Marcos Roberto Borges, ambas com o mesmo objeto, o pedido de cassação por quebra de decoro parlamentar em desfavor do vereador Antônio José da Silva, esclareceu que como não existe rito próprio para apuração da presente denúncia seria seguido o rito tipificado em Lei Federal, em especial o Decreto-Lei Federal n. 201/67, com suas alterações, informou ainda que será dado o prazo de cinco minutos para discussão, procedendo em seguida com sua votação sobre o recebimento ou não da denúncia, que será nominal de acordo com o Art. 5º do Decreto-Lei nº 201/67, continuando esclareceu que o Ver. Antônio José da Silva será impedido de votar e compor eventual comissão processante sendo ora convocado seu suplente Senhor Oziel Soares o qual terá direito somente a voto, esclareceu ainda que se o Plenário decidir pelo não recebimento a mesma será a mesma arquivada, caso decida pelo recebimento, será após a votação realizado sorteio para formar Comissão Processante com três vereadores, que deverá dar andamento no processo, tendo regras diferenciadas do recebimento desta denúncia textualizados no Art. 5º incisos III, IV, V e VI, do Decreto-Lei Federal n. 201/67, terminando os esclarecimentos o Senhor Presidente colocou em discissão a denúncia formulada pelos Senhores Reginaldo Aparecido Campos e Marcos Roberto Borges em desfavor do ver. Antônio José da Silva (...)*
>
> *(...) dando continuidade o o Senhor Presidente lembrou que o Ver. Antônio José da Silva fica impedido de votar e o seu suplente senhor Oziel Soares terá direito a Voto, esclareceu ainda que o voto de cada vereador será nominal e para o recebimento da denúncia serão (sic) necessário o quórum de 2/3 a favor, motivo pelo qual o presidente também deverá votar, em seguida passou para votação: colocou em votação a denúncia formulada pelo Eleitor Reginaldo Aparecido de Campos, sendo aprovada pelos Vereadores Domingos Moreira da Silva, Cristiane Soncini Saraiva, carlos Amorim de Assis, Alexandre Rodrigues Carlos e pelo Suplente Oziel Soares, recebendo o voto desfavorável dos Vereadores Joaquim Martos de Moraes, Jorge Daniel Silva de Oliveira e Evandro Inácio."*

Assim, tendo em vista que o *quorum* exigido tanto para o recebimento quanto para a cassação equivale a uma fração de 2/3 dos membros da Câmara, é evidente que todos eles devem estar presentes, fazendo-se as devidas substituições nos casos em que houver impedimentos (com exceção do Presidente, que não vota, mas comparece).

Na data da 34ª sessão ordinária acima transcrita, estavam presentes todos os nove componentes, além do suplente Oziel Soares, convocado para a única situação de impedimento para aquela oportunidade, justamente a que se referia ao agravante, dado o fato de ser ele o denunciado.

Quanto a esses impedimentos e à convocação de suplente e seu direito a voto no momento do recebimento do pedido de cassação de mandato, não há vedações legais, tanto no Regimento Interno da Câmara Municipal de Brasilândia, da Lei Orgânica do Município, no Decreto-Lei nº 201/67, e na Lei Complementar Estadual nº 07/81, as quais guardam similaridades no tocante ao processo de cassação de vereadores.

Evidentemente, que, num primeiro momento, ao apreciar a questão trazida à discussão pelo agravante, decidi pela concessão do efeito ativo, justamente para possibilitar à parte maior aprofundamento sobre o tema sem o risco de ocorrência de prejuízo no trâmite do Agravo. E, naquela oportunidade, o juízo provisório baseou-se no risco de dar continuidade ao processo de cassação, o qual aparentava ter incorrido em equívoco sobre a possibilidade de participação do suplente convocado especialmente para aquela sessão.

Todavia, analisando melhor a questão, constato que o processo de cassação de Vereador por perda de decoro parlamentar, conforme adotado pela Câmara Municipal de Brasilândia, está em consonância com o Decreto-Lei nº 201/67, no que pertine à convocação de suplente.

Por outro lado, ressalte-se que a regra do art. 102, parágrafo único, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Brasilândia, trata de afastamento de vereador, situação que não guarda pertinência com o caso versado neste Mandado de Segurança. Eis o seu teor:

> *"Art. 102 O processo de cassação do mandato de Vereador obedecerá os preceitos da Lei Complementar n° 07 de 20.11.81,do Estado de Mato Grosso do Sul, e a Lei Federal.*
>
> *Parágrafo Único: O Presidente poderá afastar de suas funções o Vereador acusado, desde que a denúncia seja recebida pela maioria absoluta dos membros da Câmara e não seja membros da Mesa, convocando o respectivo suplente, até o julgamento final o suplente convocado não intervirá nem votará nos atos do processo do Vereador afastado."*

Por derradeiro, verifica-se que o entendimento jurisprudencial sobre a regularidade da convocação e participação de suplente em situação análoga à dos autos, é desfavorável ao agravante, senão veja-se:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSO DE CASSAÇÃO DE VEREADOR. ART. 5º, VI, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. QUORUM MÍNIMO. EXCLUSÃO DOS VEREADORES IMPEDIDOS DE VOTAR. ILEGALIDADE.*
>
> *1. Para a cassação de mandato eletivo de Vereador, o art. 5º, VI, do Decreto-Lei nº 201/67 exige o voto de pelo menos 2/3 dos componentes da Câmara Municipal, não dos membros remanescentes após a exclusão daqueles edis impedidos de participar do escrutínio, de forma que não é admissível o cálculo da fração mínima nos moldes delineados no acórdão recorrido.*
>
> *2. O inciso I do art. 5º do Decreto-Lei nº 201/67 determina que "será convocado o suplente do Vereador impedido de votar, o qual não poderá integrar a Comissão*

> *processante", o que, a toda evidência, desautoriza a redução da base numérica da qual se calculará o quorum mínimo de votação. Precedente desta Corte: REsp 406.907/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 01.07.02.*
>
> *3. Recurso especial provido.* (REsp 784.945/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 23/10/2008)

É evidente que o vereador convocado não poderá participar da Comissão Processante, o que já foi devidamente observado pela Câmara Municipal de Brasilândia, na sessão cujo recebimento do pedido de cassação foi aceito, mas, quanto à simples convocação e participação do suplente, não há elementos para justificar a plausibilidade das alegações do agravante, sendo incorreta a concessão de liminar, para a suspensão do processo de cassação até o julgamento final da ação mandamental.

Desse modo, em que pese haver concedido o efeito ativo (f. 531-532), a análise detalhada do feito não permite manter aquele posicionamento, devendo ser prestigiada a decisão de primeira instância, e improvido o recurso.

Em face do exposto, de acordo com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Antônio José da Silva, revogando-se o efeito ativo deferido às f. 531-532.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação/Reexame Necessário nº 0033503-82.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRESCINDIBILIDADE DE OUTRAS PROVAS – ACERVO PROBATÓRIO ABUNDANTE – DEVER DO MAGISTRADO DE PROFERIR DECISÃO – PERDA SURPEVENIENTE DO OBJETO NÃO VERIFICADA – PERSISTÊNCIA DA NECESSIDADE E UTILIDADE DA AÇÃO – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO VIOLADO – LEGITIMIDADE DA APRECIAÇÃO DA LEGALIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS PELO JUDICIÁRIO – PRELIMINARES REJEITADAS – MÉRITO – TOMBAMENTO DO CANTEIRO CENTRAL DA AVENIDA AFONSO PENA – RELEVÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL E PAISAGÍSTICA AMPLAMENTE RECONHECIDA – INEGÁVEL VALOR AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICIFATIVA PARA O DECURSO DO PRAZO DE QUASE SETE ANOS SEM CONVERSÃO DO TOMBAMENTO PROVISÓRIO EM DEFINITIVO – FATO IMPEDITIVO DA PRETENSÃO INICIAL NÃO COMPROVADO – CPC, ART. 330, II – PREQUESTIONAMENTO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – DESPROVIDA.

O convencimento motivado do juiz, aliado ao seu poder de direção e de instrução processuais (artigos 130 e 131 do CPC), autorizam-no a dispensar a produção de provas, ainda mais em circunstâncias semelhantes às dos autos, em que o conjunto probatório indica que não são necessárias prova oral ou pericial. Inocorrência de cerceamento de defesa.

O fato de terem sido concluídas as obras da ciclovia no canteiro central da Avenida Afonso Pena não afastou a utilidade ou a necessidade da tutela pretendida, porque a parcial modificação do estado do bem não excluiu o interesse público e social em relação ao tombamento definitivo, sobretudo se satisfeitos dos requisitos legais autorizadores.

Demais disso, se o tombamento visa a submissão e a adequação do interesse privado ao interesse público, a construção da ciclovia, que incontroversamente atendeu aos interesses legítimos dos cidadãos campo-grandenses, não pode servir de argumento obstativo à intervenção na propriedade municipal em voga, pelo que não há falar em perda superveniente de objeto.

A apreciação da legalidade de atos administrativos (comissivos ou omissivos) pelo Poder Judiciário é consentânea com o sistema jurídico pátrio, não havendo qualquer vício nesse proceder. Desde que não sejam substituídos os critérios do mérito administrativo, exerce o Poder Judiciário função lhe que é própria, consoante previsão na Constituição da República.

O tombamento tem por escopo a proteção do patrimônio cultural, histórico e artístico brasileiro e a consecução da função social da propriedade e está expressamente previsto na Constituição da República, artigo 216, § 1º.

No caso em apreço, o apelante, apesar de defender que o canteiro centra da Avenida Afonso Pena não constitui patrimônio histórico e paisagístico local, não colaciona os autos um documento sequer que desconstituísse o abundante acervo probatório produzido pelo Ministério Público.

Por outro lado, compulsando o encarte processual, verifica-se que a relevância histórico-cultural e paisagística do canteiro central da Avenida Afonso Pena é reconhecida pela Comissão de Patrimônio Histórico do Instituto Histórico e Geográfico de Mato Grosso do Sul, pelo Planurb – Instituto Municipal de Planejamento Urbano e pelo Conselho Municipal de Cultura da Fundação Municipal de Cultura – Fundac.

Há no processo, também, laudo fitossanitário e levantamento florístico destacando toda a vegetação e as mais variadas espécies de árvores que estão incorporadas ao canteiro, as quais realçam além da natureza de patrimônio cultural, o inegável valor ambiental que ostentam, imprescindível à sadia qualidade de vida (CF, art. 225).

Não bastassem tais provas, quando decretado pelo Município de Campo Grande o tombamento provisório do aludido imóvel restou inequívoco o seu valor cultural, histórico e paisagístico, de modo que não tendo ocorrido inovação jurídica ou fática superveniente que modificasse essa situação, o tombamento definitivo deve ser concretizado.

No que tange ao prequestionamento, tem-se por satisfatoriamente apreciada a matéria objeto deste recurso, qual seja, a legalidade do pagamento de diárias à segunda apelada mediante autorização do primeiro apelado, e, por corolário, desnecessária a análise de outras questões arguidas pelas partes, face à impertinência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Município de Campo Grande interpôs apelação contra a sentença que acolheu em parte os pedidos formulados no bojo da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, cujo objeto principal era a conclusão do processo de tombamento do canteiro central da Avenida Afonso Pena, nesta Capital.

De início, destacou a nulidade da sentença, face ao julgamento antecipado, nos moldes do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, que cerceou seu direito de defesa, impedindo a especificação e a produção de provas que corroborassem sua alegação.

Também preliminarmente, apontou a perda superveniente do objeto da demanda, ao argumento de que fora desconsiderada pela sentença a conclusão da ciclovia no canteiro central da avenida, afrontando o edital do tombamento, o que constitui vício formal e descaracteriza a causa de pedir, não comportando adequação do pedido.

Sustentou, na sequência, violação aos artigos 126, 128 e 131, 267, inciso VI, 295, incisos I e III, parágrafo único, inciso IV, do Código de Processo Civil e 5º, incisos II e XXXVI, e 93, inciso IX, da Constituição da República, e não observância das regras dos Decretos nsº 25/1937 e 8.058/2000 e da Lei Municipal nº 3.525/1998.

Ressaltou, ato seguinte, a nulidade do processo administrativo de tombamento, porque o imóvel tombado não se enquadra nos requisitos legais e não representa patrimônio histórico e paisagístico. As árvores centenárias do canteiro central até podem ser definidas como de valor histórico, mas o restante não, vez que "[...] *todos os demais elementos (gramínea, calçamento, guias asfálticas, pavimentação, outras espécimes vegetais) foram se agregando aos poucos e sempre de forma temporária nunca se consolidando de forma imutável*" (f. 838).

Ponderou que a interferência do Poder Judiciário na auto-organização do Município viola os princípios republicano, da separação dos poderes e da legalidade, sobretudo quando em conflito com normas legais em vigor.

Finalmente, prequestionou todos os dispositivos legais citados e pugnou pelo provimento do apelo, para anular a sentença ou, alternativamente, reformá-la, julgando improcedente o pedido inicial.

A seu turno, o apelado, em contrarrazões (fs. 852-874), defendeu a manutenção da sentença.

Por fim, também pelo improvimento do apelo é o parecer da Procuradoria de Justiça, colacionado às fs. 880-890.

A sentença está sujeita, também, ao reexame necessário (artigo 19 da Lei nº 4.717/1965).

VOTO

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

O Ministério Público deste Estado, após tomar conhecimento de provável intervenção no canteiro central da Avenida Afonso Pena, nesta Capital, para construção de corredores de ônibus, com o fito de melhorar o tráfego de veículos, ajuizou esta Ação Civil Pública contra o Município de Campo Grande, visando a formalização do tombamento definitivo do aludido canteiro, pois já tinha sido efetivado o provisório no ano de 2009 (processo administrativo nº 27405/2009-51). Instruiu a exordial com os documentos de fs. 15-525.

A tutela de urgência foi concedida para, dentre outras coisas, obstar qualquer supressão ou modificação no bem tombado provisoriamente, sob pena de multa (fs. 564-574). Contra esta decisão o requerido interpôs agravo, que foi provido (fs. 653-661), autorizando a continuidade das obras da ciclovia no canteiro, conclusão que se manteve após o improvimento do agravo regimental manejado pelo *Parquet* (fs. 739-753).

Depois de apresentada a contestação (fs. 670-696) e juntados outros documentos, o magistrado singular, não vislumbrando a necessidade de maior dilação probatória, proferiu sentença, com o seguinte dispositivo:

> *"Por todos estes motivos, julgo parcialmente procedente o pedido para:*
>
> *- determinar ao requerido que finalize o procedimento de tombamento dos canteiros centrais da Av. Afonso Pena, acolhendo integralmente a orientação*

dos respectivos laudos favoráveis ao tombamento, já apresentados no respectivo procedimento administrativo, fazendo, ao final, a inscrição do tombamento no Livro Tombo do Município. Prazo: 60 dias;

- determinar ao requerido que mantenha todos os cuidados necessários para preservar os canteiros centrais da Av. Afonso Pena, desde a praça Newton Cavalcanti até a Av. do Poeta, no seu aspecto paisagístico, cultural e histórico, realizando os serviços de manutenção fitosanitária das plantas existentes e daquelas que eventualmente sejam acrescentadas no local.

- proibir o Município de destruir os canteiros centrais da Av. Afonso Pena total ou parcialmente;

- proibir o Município de transformar os canteiros centrais da Av. Afonso Pena, total ou parcialmente, salvo com obras destinadas a realçar os valores histórico, cultural ou paisagístico que o bem representa e sempre condicionado à obtenção de laudos favoráveis do respectivo órgão de cultura do Município de Campo Grande e do Instituto Histórico e Geográfico de Mato Grosso do Sul.

Deixo de arbitrar multa pelo descumprimento destas determinações, porque este ato é previsto como crime (artigos 62 e 63 da Lei n. 9.605/98), o que torna desnecessária nova sanção.

Para que não se alegue desconhecimento, expeça-se edital de intimação da parte dispositiva da sentença para terceiros interessados.

Decorrido o prazo para recurso voluntário, subam os autos ao Eg. Tribunal, para o reexame necessário" (fs. 804-805).

Adveio, então, a apelação do Município de Campo Grande, que sustenta *(i)* a nulidade da sentença em razão do cerceamento de defesa, *(ii)* a perda superveniente do objeto da demanda, *(iii)* a nulidade do processo administrativo de tombamento, por não terem sido satisfeitos os requisitos legais, sobretudo o interesse histórico e paisagístico, e *(iv)* a violação dos princípios republicano e da separação dos poderes.

Tais questões serão apreciadas a seguir, em atenção à ordem de prejudicialidade e conjuntamente com o reexame necessário.

Nulidade da sentença - cerceamento de defesa

A despeito das razões do apelante, sentença não padece de nenhum vício, porque o acervo probatório existente no processo serve para o convencimento do juiz e, se isso já ocorreu, é desnecessária a coleta de mais provas.

Conquanto a questão trazida à apreciação do Poder Judiciário seja de direito e de fato, as provas testemunhal e pericial são prescindíveis para a solução do litígio. O atendimento ou não dos requisitos legais para tombamento definitivo do canteiro central da Avenida Afonso Pena e a satisfação do interesse público podem ser comprovados exclusivamente pelos documentos carreados aos autos, de modo que as provas oral e técnica em nada contribuiriam para a resolução do litígio.

Nessa ordem de ideias, se o magistrado acredita estar munido dos elementos necessários para motivar seu convencimento, deve ele proferir seu *decisum*, sem que se possa falar em cerceamento de defesa ou mesmo em nulidade do provimento jurisdicional.

Nesse sentido, julgado desta Corte de Justiça:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA [...] NULIDADE DO DECISUM – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA* ***[...] Se o magistrado dentro de sua livre convicção motivada, apreciando livremente as provas contidas nos autos, entender ser desnecessária a produção de qualquer tipo de prova que demandasse a necessidade de se promover uma dilação da instrução processual e que não influenciaria no deslinde da causa, obrigatoriamente, deve proferir sentença [...]"*** (Apelação nº 2008.001678-4/0000-00. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Rêmolo Letteriello. Julgamento 17.3.2009) (grifo nosso).

Diferente não é o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. EXAME DAS RAZÕES DO INDEFERIMENTO. ENUNCIADO SUMULAR 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1.* ***'A decisão judicial, que, motivada pela existência de outras provas e elementos de convicção constantes dos autos, considera desnecessária a realização de determinada diligência probatória e julga antecipadamente a lide, não ofende a cláusula constitucional da plenitude de defesa. Precedentes'*** *(STF, AI 752.176-AgR/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 19/11/09). [...] 3. Agravo regimental não provido"* (AgRg no REsp 1092657/RS. Primeira Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Publicação DJe 12.4.2011) (grifo nosso).

Vale ressaltar, ainda, que o apelante não comprovou a imperiosidade de outros elementos de convicção nem especificou quais provas gostaria fossem produzidas ou quais os fatos deveriam ser provados, não havendo, então, razão para afastar o julgamento antecipado.

Demais disso, em despacho datado de 16 de outubro de 2012 (f. 662), ou seja, mais de dois anos antes da sentença, o julgador de piso informou sua intenção de decidir consoante permissivo do artigo 330 do Código de Processo Civil, contra o que o apelante não se insurgiu oportunamente, restando, assim, preclusa a discussão.

Assim, havendo no caderno processual acervo probatório abundante, inclusive suficientemente capaz de solucionar a controvérsia, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, porque assegurados os direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

Preliminar de perda superveniente de objeto

O ordenamento processual civil, consagrando a teoria de Liebman, prescreve que a apreciação do pedido deduzido na inicial exige a satisfação das condições da ação, que são a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

Se qualquer das condições da ação, que se faziam presentes no momento da propositura, desaparecer durante o curso do processo, este deverá ser extinto sem resolução do mérito, nos moldes do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Especificamente em relação ao interesse de agir, se o pronunciamento judicial, por circunstância posterior ao ajuizamento da ação, não mais for útil ou necessário ao autor, haverá perda superveniente do objeto, que obsta o conhecimento da questão inicialmente controvertida.

Ensinam Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim que a sentença deve expressar exatamente o "[...] *estado da lide no momento da entrega da tutela jurisdicional invocada, motivo pelo qual deverá o juiz considerar as modificações havidas nos fatos ou fundamentos ensejadores da demanda, desde que esse fato ou direito superveniente influam na resolução da lide*" (*apud* Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 653).

Nessa mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que "*O fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, superveniente à propositura da ação deve ser levado em consideração, de ofício ou a requerimento das partes, pelo julgador, uma vez que a lide deve ser composta como ela se apresenta no momento da entrega da prestação jurisdicional*" (REsp 540.839/PR. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Publicação DJ 14.5.2007).

Destacadas estas lições introdutórias, facilmente se constata que o fato de terem sido concluídas as obras da ciclovia no canteiro central da Avenida Afonso Pena não afastou a utilidade ou a necessidade da tutela pretendida, porque a parcial modificação do estado do bem não excluiu o interesse público e social em relação ao tombamento definitivo, sobretudo se satisfeitos dos requisitos legais autorizadores (o que será analisado no tópico seguinte).

Demais disso, se o tombamento visa a submissão e a adequação do interesse privado ao interesse público, a construção da ciclovia, que incontroversamente atendeu aos interesses legítimos dos cidadãos campo-grandenses, não pode servir de argumento obstativo à intervenção na propriedade municipal em voga.

Então, como o pleito vestibular ainda não foi satisfeito, subsiste o interesse de agir, o qual, aliado à satisfação das demais condições da ação e pressupostos processuais, conduz ao julgamento de mérito, pelo que afasto também esta preliminar.

Violação aos princípios republicano e da separação dos poderes

A legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa do patrimônio histórico-cultural e a adequação da ação civil pública para tanto decorrem diretamente da Constituição da República, artigo 129, inciso III, e da Lei nº 7.347/1965, artigo 1º, inciso III, que rezam:

> *"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*
>
> *[...]*
>
> *III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*
>
> *[...]".*
>
> *"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:*
>
> *[...]*
>
> *III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;*
>
> *[...]".*

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, por sua vez, é uníssona nesse sentido, como se pode ver dos seguintes exemplos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO"* (RE 638083 AgR. Segunda Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Publicação 20.6.2014).
>
> *"Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Militar inativo. Incorporação de gratificação. Leis estaduais nºs 58/92 e 133/95 e Emenda Constitucional estadual nº 14/99. Ofensa a direito local. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1.* ***A Corte firmou entendimento acerca da legitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil pública com o escopo de proteção do patrimônio público, nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal****. [...] 3. Agravo regimental não provido"* (RE 440004 AgR. Primeira Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Publicação 11.10.2013) (grifo nosso).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL DA LINAVE TRANSPORTES LTDA. ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À RESERVA DE PLENÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULA 7/STJ. ART. 42, § 2º, DA LEI 8.987/95. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL. PRAZO. RESPEITO AO ART. 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HONORÁRIOS. TESE SEM PREQUESTIONAMENTO. [...] 6. A ação civil pública é o instrumento processual destinado à defesa judicial de interesses difusos e coletivos, permitindo a tutela jurisdicional do Estado com vistas à proteção de certos bens jurídicos. Por meio desta ação, reprime-se ou previne-se a ocorrência de danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outros, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Assim, não cabe neste tipo de ação, em que se busca a tutela do bem coletivo, a condenação do Estado em indenizar o 'réu', no caso, a permissionária de transporte público, na indenização dos investimentos realizados, que poderá ser pleiteado em ação autônoma. [...] 16. Agravo regimental não provido"* (AgRg no AREsp 481.094/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Publicação DJe 21.5.2014).

Nessa exata medida, o princípio da separação entre os Poderes estatais – Executivo, Judiciário e Legislativo –, idealizado pelo filósofo Montesquieu, um dos pilares do Estado de Direito que consta expressamente em nossa Bíblia Política como cláusula pétrea, legitima o Poder Judiciário a analisar a legalidade e a constitucionalidade dos atos administrativos (comissivos ou omissivos), legislativos e políticos, sem, contudo, imiscuir-se no mérito – conveniência e oportunidade – deles.

E no controle de legalidade jurisdicional inclui-se a apreciação da alegada omissão estatal em tombar definitivamente um bem que ostenta valor histórico e paisagístico e, assim, olvidar da obrigação constitucional de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, § 1º).

Desta feita, a manifestação do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), ao invés de afrontar o princípio da independência e separação dos Poderes, em verdade, promove-o, permitindo o funcionamento harmonioso das instituições políticas e a realização concreta dos valores proclamados na Carta da República, pelo que rechaço, igualmente, esta preliminar.

Mérito

Umas das formas de intervenção do Estado na propriedade privada (e também pública), o tombamento tem por escopo a proteção do patrimônio cultural, histórico e artístico brasileiro e a consecução

da função social da propriedade e está expressamente previsto na Constituição da República, artigo 216, § 1º: "*O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação*".

Percuciente lição oferece o mestre José dos Santos Carvalho Filho:

> *"Quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, pretende preservar a memória nacional. É o aspecto histórico de um país, como por todos reconhecido, que faz parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação dos vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade" (apud* Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 734).

A regulamentação do instituto, em âmbito nacional, é feita pelo Decreto-Lei nº 25/1937 e, relativamente ao Município de Campo Grande, pela Lei nº 3.525/1998 e Decreto nº 8.085/2000. De tais diplomas normativos colhe-se, em síntese, que o tombamento é precedido de procedimento administrativo, instruído com documentos necessários, através do qual define-se um bem móvel ou imóvel como de valor arqueológico, etnográfico, paisagístico, bibliográfico ou artístico, assegurando-se ao seu proprietário o direito de impugnar a pretensão do Poder Público.

No caso em apreço, o apelante aponta a nulidade do procedimento administrativo trazendo como único fundamento para tanto o fato de o canteiro centra da Avenida Afonso Pena não constituir patrimônio histórico e paisagístico local, pois os elementos que lhe integram, à exceção das árvores centenárias, foram acrescentados ao longo do tempo.

A despeito de sua irresignação, ele não colacionou os autos um documento sequer que desconstituísse o abundante acervo probatório produzido pelo Ministério Público. Não há, de sua parte, um único elemento de prova que apresente ao menos indício de que sua afirmação é verdadeira, ou seja, que o imóvel a ser tombado não tem valor cultural.

Por outro lado, compulsando o encarte processual, verifica-se que a relevância histórico-cultural e paisagística do canteiro central da Avenida Afonso Pena é reconhecida pela Comissão de Patrimônio Histórico do Instituto Histórico e Geográfico de Mato Grosso do Sul (fs. 29-30), pelo Planurb – Instituto Municipal de Planejamento Urbano (fs. 387-426) e pelo Conselho Municipal de Cultura da Fundação Municipal de Cultura – Fundac (fs. 725-727).

Há no processo, também, laudo fitossanitário (fs. 91-111) e levantamento florístico (fs. 303-334) destacando toda a vegetação e as mais variadas espécies de árvores que estão incorporadas ao canteiro, as quais realçam além da natureza de patrimônio cultural, o inegável valor ambiental que ostentam, imprescindível à sadia qualidade de vida (CF, art. 225).

Não bastassem tais provas, como bem pontuado na sentença, quando decretado pelo Município de Campo Grande o tombamento provisório do aludido imóvel (f. 39) restou inequívoco o seu valor cultural, histórico e paisagístico, de modo que não tendo ocorrido inovação jurídica ou fática superveniente que modificasse essa situação, o tombamento definitivo deve ser concretizado.

A propósito, vejamos parecer da Procuradoria de Justiça:

> *"A Avenida é um marco no processo de urbanização e na paisagem da cidade e, obras de intervenção que visem diminuir o seu canteiro central para construir corredores para ônibus são incompatíveis com a sua preservação de seu patrimônio, havendo outras maneiras de solucionar o problema do transporte público no local.*

> *O reconhecimento do valor histórico, cultural e paisagístico de determinado bem não é privativo do Poder Legislativo ou do Executivo, sendo perfeitamente cabível sua emanação por meio do Poder Judiciário, principalmente nos casos de inércia da Administração Pública, como se faz no presente caso" (f. 887).*

Com efeito, o Código de Processo Civil, em seu artigo 333, estabelece uma regra de distribuição do *onus probandi*, segundo a qual, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e, ao réu, aqueles modificativos, impeditivos ou extintivos do direito pleiteado na inicial.

Nesse contexto, se o requerido, ora apelante, sustenta que os requisitos legais do tombamento não foram satisfeitos, deveria ter comprovado esse fato impeditivo da pretensão exordial, o que não ocorreu, desautorizando, assim, o acolhimento de sua irresignação.

Nessa linha de direção, vejamos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA – PRELIMINAR – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURADO – PROVAS ESTRITAMENTE DOCUMENTAIS – ÔNUS DA PROVA DO RÉU – FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR – RECURSO NÃO PROVIDO. [...] Cabe ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, de modo que incorrendo apenas em alegações, sem qualquer prova, fere o que dispõe o art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, ainda mais nos casos em que as provas são estritamente documentais"* (TJ/MS. Apelação nº 2009.012443-1/0000-00. Quinta Turma Cível. Relator Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento 23.07.2009).

Por todo o exposto, não subsistindo dúvidas acerca do valor cultural, histórico e paisagístico do canteiro central da Avenida Afonso Penal, que em nada foi afetado pela construção da ciclovia, e não havendo justificativa plausível para o decurso de quase sete anos sem conversão da medida provisória em definitiva, a sentença que acolheu em parte o pedido inicial deve manter-se incólume.

Prequestionamento

Por fim, releva anotar que o prequestionamento, requisito de admissibilidade de recursos especial e extraordinário, consiste na exigência de que o objeto de tais instrumentos de impugnação tenha sido, previamente, apreciado pela decisão contra a qual se voltam. Complementando, leciona o mestre Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *"A exigência de prequestionamento tem fundamentalmente a missão de impedir que seja analisada no recurso especial [e também no extraordinário] matéria que não tenha sido objeto de decisão prévia, vedando-se nesse recurso a análise da matéria de forma originária pelo Superior Tribunal de Justiça [e pelo Supremo Tribunal Federal].*
>
> *Proferido acórdão omisso quanto à matéria que se pretende impugnar em sede de recurso especial [e extraordinário], caberá à parte ingressar no tribunal de segundo grau com embargos de declaração para sanar o vício no acórdão gerado pela omissão"* (*apud* Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 687, volume único.).

A partir do conceito do instituto, tem-se por satisfatoriamente apreciada a matéria objeto deste recurso e, por corolário, desnecessária a análise de outras questões arguidas pelas partes, face à impertinência.

Mais uma vez se faz imperioso citar o entendimento do Tribunal da Cidadania:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. COBRANÇA DE TAXA JUDICIAL. SÚMULA 280/STF. 1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, inc. II, do CPC, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional. 2. Ademais, o magistrado não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas em juízo, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. [...] 5. Agravo regimental a que se nega provimento"* (AgRg no AREsp 432.342/RS. Segunda Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Publicação DJe 11.3.2014) (grifo nosso).

Dispositivo

Posto isto, com o parecer ministerial, nego provimento ao apelo e, no tocante ao reexame necessário, confiro à sentença condição de eficácia para que surta seus efeitos legais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800861-03.2015.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – VEREADOR – SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO – PERDA DO MANDATO PARLAMENTAR – AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 15, III, CF – PRECEDENTES DO STF - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Na esteira do posicionamento da Suprema Corte, Vereador condenado criminalmente, perde o mandato, independentemente de deliberação da Câmara, como consequência da suspensão de seus direitos políticos. A perda do mandato não depende de deliberação da Câmara de Vereadores. É consequência da suspensão dos direitos políticos que, por sua vez, é decorrência da condenação criminal transitada em julgado. É a já reconhecida autoaplicabilidade do art. 15, IIII, da CF. (STF, SL nº. 789/MS, Relator Ministro Joaquim Barbosa. j. Em 09/07/2014).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1 de março de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Milton Alves Pereira apela da sentença que denegou a segurança pleiteada nos autos do Mandado de Segurança impetrado contra ato praticado pelo Presidente da Câmara Municipal de Figueirão – MS e Vereador Antonio Nabhan.

Em suas extensas razões recursais, sustenta, em suma, que conforme entendimento jurisprudencial do STF e TJ/MS, a suspensão dos direitos políticos, como efeito secundário de condenação criminal transitada em julgado, não é motivo suficiente para cassação do mandato parlamentar, pois exige a análise sobre a gravidade do crime praticado pelo apenado e dos reflexos negativos ao exercício do mandato parlamentar, nos termos dos artigos 15, III e V/; 55, III, IV, VI e § 2º; e 56, II, da Constituição Federal.

Afirma que os legisladores responsáveis pela redação da Lei Orgânica Municipal de Figueirão-MS, consideram que os únicos crimes que ensejam a perda do mandato eletivo são aqueles que possuem relação com o exercício de funções públicas, demonstrando que agiram de forma mais acertada do que os constituintes originários responsáveis pela redação da Constituição Federal, a qual determina que todos os crimes praticados pelos Senadores ou Deputados podem ser objeto de análise do plenário das suas respectivas Casa Legislativas, ou seja, do Senado ou da Câmara dos Deputados.

Ressalta que o Regimento Interno da Câmara Municipal de Figueirão-MS, ao tratar do processo de perda de mandato, indica apenas que os vereadores serão processados pela prática de infração político-administrativa, nada dispondo acerca de outros crimes não enquadrados como infração político-administrativa, conforme disposto no art. 226, da Sessão II, do Regimento Interno.

Defende, então, que a simples instauração do processo de cassação, por si só, representa uma ilegalidade, tendo em vista que o crime de porte ilegal de arma de fogo, que ensejou a condenação do apelante, não se caracteriza como infração político-administrativa e tampouco se enquadra na hipótese descrita no inciso III, do artigo 67, da Lei Orgânica Municipal de Figueirão-MS, não havendo, portanto, justa causa para instauração do referido processo de cassação.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença e reconhecida a nulidade do processo n. 007/2015.

Resposta do apelado às fls. 488-513, pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 523-530, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Milton Alves Pereira apela da sentença que denegou a segurança pleiteada nos autos do Mandado de Segurança impetrado contra ato praticado pelo Presidente da Câmara Municipal de Figueirão – MS e Vereador Antonio Nabhan, consistente na suspensão da Resolução nº 007/2015 e do Decreto Legislativo nº 002/2015, que dispõem sobre a cassação do mandado de vereador do impetrante.

Consta dos autos que o apelante encontra-se com os direitos políticos suspensos em razão de condenação criminal transitada em julgado na data de 18/08/2014.

Em sua defesa, alega que a suspensão dos direitos políticos, como efeito secundário de condenação criminal transitada em julgado, não é motivo suficiente para cassação do mandato parlamentar, pois exige a análise sobre a gravidade do crime praticado pelo apenado e dos reflexos negativos ao exercício do mandato parlamentar, nos termos dos artigos 15, III e V; 55, III, IV, VI e § 2º; e 56, II, da Constituição Federal.

Contudo, sem razão o apelante.

Dispõe o artigo 15, III, da Constituição Federal que:

> *"Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:*
>
> *[...]*
>
> *III - **condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos**." (g.n.)*

Sobre o tema, Alexandre de Moraes, elucida que:

> *"[...] o art. 15, inciso III, da Constituição Federal é auto-aplicável, sendo conseqüência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado, não havendo necessidade de manifestação expressa a respeito de sua incidência na decisão*

condenatória e prescindindo-se de quaisquer formalidades. Assim, a condenação criminal transitada em julgada acarreta a suspensão dos direitos políticos pelo tempo em que durarem seus efeitos, independentemente de estar em curso ação de revisão criminal [...]".

[...]

[...] como regra geral, a privação dos direitos políticos, inclusive na hipótese de condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos, engloba a perda do mandato eletivo, determinando, portanto, a imediata cassação de seu exercício.

Porém, os parlamentares federais no exercício do mandato que forem condenados criminalmente incidem na hipótese do art. 55, VI e § 2º, da CF, não perdendo automaticamente o mandato, mas não podendo disputar novas eleições enquanto durarem os efeitos da decisão condenatória. Isso ocorre pois a própria Constituição Federal estabelece que perderá o mandato o Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado, sendo que a perda será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva mesa ou de partida político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa.

Diversa porém é a hipótese em relação aos parlamentares estaduais, distritais ou municipais ou detentores de mandatos no âmbito do Poder Executivo, uma vez que a Constituição Federal não os excepcionou da total incidência do referido inciso III, do art. 15, não havendo, portanto, em relação aos deputados estaduais, distritais, vereadores, governadores e prefeitos, o que justifique o afastamento da regra geral aplicável na hipótese de suspensão dos direitos políticos, qual seja, imediata cessação do exercício do mandato. Dessa forma, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória por infração penal praticada por detentor de mandato eletivo, serão remetidas certidões à Justiça Eleitoral, que encaminhará ao Juiz eleitoral competente, que oficiará no caso de tratar-se de parlamentares o Presidente da respectiva Casa Legislativa, para que declare a extinção do mandato e, conseqüentemente, efetive o preenchimento da vaga. Trata-se de ato ato vinculado do Poder Legislativo estadual, distrital ou municipal que deverá, obrigatoriamente, aplicar os efeitos decorrentes do art. 15, inciso III, da Constituição Federal, independentemente de qualquer deliberação política". (in Direito Constitucional", 6ª edição, pág. 241-242) (g.n.)

Denota-se que a suspensão dos direitos políticos decorre do próprio texto constitucional, não necessitando de qualquer outro procedimento e nem tampouco de uma manifestação dos membros da câmara municipal para deliberar sobre a cassação.

Na hipótese dos autos, o procedimento adotado pelo Presidente da Câmara de Vereadores está em conformidade com a CF e também com o art. 67 da Lei Orgânica Municipal de Figueirão, senão vejamos:

"Art. 67. Perderá o mandado o Vereador:

I – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos."

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR. SUSPENSÃO E PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS. 1. ***A perda do mandato parlamentar, no caso em pauta, deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos. 2. Questão de ordem resolvida no sentido de que, determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal****, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou*

> *não de cargo eletivo no momento do julgamento.* (AP 396 QO, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2013, Acórdão Eletrônico DJe-196 Divulg 03-10-2013 Public 04-10-2013) (g.n.)
>
> *"Os Vereadores possuem imunidade material. Não têm imunidade processual. Podem ser processados independentemente de licença da Câmara. Logo, não socorre aos Vereadores o que acima se disse. Vereador, condenado criminalmente, perde o mandato, independentemente de deliberação da Câmara, como consequência da suspensão de seus direitos políticos. Não há possibilidade alguma de se estender os Vereadores o tratamento dos Parlamentares Federais e Estaduais. A perda do mandato não depende de deliberação da Casa. É consequência da suspensão dos direitos políticos que, por sua vez, é decorrência da condenação criminal transitada em julgado. É a já reconhecida autoaplicabilidade do art. 15, IIII, da CF. Lembro que a Constituição não exige a licença da Câmara para processar Prefeito e Vereador. Assim é porque não quis a Constituição submeter os efeitos das decisões de um poder do Estado Federado a Justiça Estadual ao crivo de um órgão político municipal".* (STF, SL nº. 789/MS, Relator Ministro Joaquim Barbosa. j. Em 09/07/2014).

De igual modo, como bem ressaltado pela Procuradoria-Geral de Justiça:

> *"Portanto, levando em consideração que no caso vertente a perda do mandato de vereador pelo Apelante é consequência automática da suspensão dos direitos Políticos, decorrente de condenação criminal transitada em julgado* (em consonância com o artigo 15, III da Constituição Federal e com o artigo 67, I, da Lei Orgânica do Município de Figueirão/MS).
>
> ***Sob este prisma, em se tratando a cassação do mandato, no caso, de ato vinculado (uma vez que, como já dito, é consequência lógica da suspensão dos direitos políticos), não cabe ao Presidente da Câmara exercer qualquer juízo de valor sobre aquela, o que torna irrelevante a discussão acerca da existência de eventuais irregularidades no processo administrativo, ante a desnecessidade de sua instauração para a prática do ato ora impugnado, daí porque agiu com o costumeiro acerto o Juízo singular ao denegar a segurança.*"** (g.n.)

Dessa feita, ausente o direito líquido e certo do apelante, se mostra correta a sentença *a quo* .

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 01 de março de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0801241-36.2015.8.12.0035 - Iguatemi
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – AJUIZAMENTO DE AÇÃO APÓS DECRETAÇÃO DE LIQUIDAÇÃO ORDINÁRIA – LEI OMISSA QUANTO À SUSPENSÃO E AJUIZAMENTO DE AÇÕES – EMPREGO DA ANALOGIA – MÉTODO INTEGRATIVO – APLICAÇÃO DO ART. 18, "A" DA LEI N. 6.024/74 – POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE CONHECIMENTO – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

As empresas em processo de liquidação ordinária são regidas pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), particularmente, pelos artigos 208 a 218. Com relação à suspensão das ações e ou do ajuizamento de novas ações em face de empresa em liquidação ordinária, tem-se que a Lei n. 6.404/76 em nada delibera sobre estas situações, sendo omissa.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro apresenta mecanismos destinados a suprir lacunas da lei, segundo artigo 4º "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Portanto, sendo vedado ao julgador eximir-se da prestação jurisdicional ao fundamento de ausência de previsão legal, revela-se própria a utilização da analogia como método integrativo no caso de leis omissas.

No caso vertente, mostra-se mais adequada a utilização da Lei 6.024/74, tendo em vista que se trata de lei sobre liquidação extrajudicial de instituições financeiras, situação semelhante a do Banco Mercantil do Brasil, ora apelado.

O Superior Tribunal de Justiça ao analisar a exegese do artigo 18, "a", da Lei n. 6.024/74, esclareceu que a propositura de novas demandas após a determinação da liquidação não alcançam as ações de conhecimento.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Izaura da Silva Ramos apela da sentença que, nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c repetição de indébito c/c danos morais ajuizada em desfavor do Banco Mercantil do

Brasil S/A, indeferiu a inicial, com fundamento no artigo 267, I, do Código de Processo Civil, em razão do requerido estar em fase de liquidação extrajudicial.

Afirma que a ação não poderia ser extinta, pois se trata de ação declaratória e não executiva, "*Em que pese o entendimento emanado pelo juízo a quo, a sentença merece ser reformada, mormente que a ação declaratória/conhecimento - o caso dos autos - mesmo que processada e julgada, não acarretará qualquer tipo de interferência do patrimônio da casa bancária.*" (f. 37).

Aduz ser incontroverso o fato do requerido encontrar-se em regime de liquidação extrajudicial, todavia, isso não retira a sua personalidade jurídica e nem a capacidade de estar em juízo, mesmo porque está representado por um liquidante.

Também alega que o magistrado ao acolher a determinação contida na Lei n. 6.024/74 de que a simples decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, a suspensão das ações por ela ou contra elas iniciadas, malfere o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, presente no artigo 5º, inciso XXXV.

Por fim, requer o provimento do apelo, a fim de ser cassada a sentença.

Sem resposta, pois não angularizada a relação processual.

VOTO

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

Izaura da Silva Ramos ajuizou a presente ação em desfavor do Banco Mercantil do Brasil S/A requerendo, em síntese, a condenação do requerido pelo pagamento de danos materiais e morais em seu favor, em razão de diversos descontos indevidos em sua aposentadoria, diante contratação fraudulenta de empréstimo.

Após a propositura da ação, o magistrado singular indeferiu a exordial, com fundamento no artigo 267, I, do Código de Processo Civil, sob o argumento que diante da decretação de liquidação extrajudicial do requerido Banco Mercantil do Brasil S/A, não poderá ser intentada nenhuma ação enquanto perdurar a liquidação, segundo artigo 18 da Lei n. 6.024/74.

Em que se pesem os argumentos lançados na sentença, esta deve ser reformada.

A instituição financeira Banco Mercantil do Brasil S/A estava em processo de liquidação extrajudicial desde 1996, segundo decreto do Banco Central do Brasil, consoante Lei n. 6.024/1974 - trata sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial das instituições financeiras.

Em 30 de março de 2012, o Banco Central autorizou a transformação da liquidação extrajudicial do Banco Mercantil do Brasil em liquidação ordinária, deste modo, o banco passou a ser regido pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), particularmente, pelos artigos 208 a 218.

Com relação à suspensão das ações em curso em desfavor da empresa liquidanda, ou mesmo o ajuizamento de novas ações, nota-se que a Lei n. 6.404/76 em nada delibera sobre estas situações, sendo, portanto, omissa. Todavia, tanto nas hipóteses de liquidação judicial por falência (art. 6º da Lei 11.101/05) como na administrativa (art. 18 da Lei 6.024/74), há previsão expressa de suspensão de ações e execuções propostas contra a sociedade sujeita ao concurso universal.

A despeito dessa lacuna, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro apresenta mecanismos destinados a suprir lacunas da lei, segundo artigo 4º "*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*". Deste modo, sendo vedado ao julgador eximir-se da prestação jurisdicional ao fundamento de ausência de previsão legal, revela-se própria a utilização da analogia como método integrativo no caso concreto.

Sobre a analogia, leciona Flávio Tartuce que:

> *A analogia é a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto. Dessa forma, sendo omissa uma norma jurídica para um dado caso concreto, deve o aplicador do direito procurar alento no próprio ordenamento jurídico, permitida a aplicação de uma norma além do seu campo inicial de atuação.* (Manual de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 14, volume único.) (g.n.)

Destarte, empregando como método de integração a analogia *in casu*, tem-se que a Lei 6.024/74 é a mais congruente, tendo em vista que se trata de lei sobre liquidação extrajudicial de instituições financeiras, situação semelhante a do Banco Mercantil do Brasil que está em processo de liquidação ordinária.

A Lei n. 6.024/74 expressa, em seu artigo 18, que a partir da decretação da liquidação extrajudicial haverá suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação.

O magistrado de piso, com base no artigo citado, indeferiu a inicial, sendo categórico ao expressar que "Por este dispositivo, não apenas é suspenso o trâmite de ações contra a empresa liquidanda, como também se impede o ajuizamento de novas ações" (f. 31), abrangendo todo e qualquer tipo de ação.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça ao analisar a exegese do artigo 18, "a", da citada lei, esclareceu que a propositura de novas demandas após a determinação da liquidação não alcançam as ações de conhecimento, mas sim as ações de cunho executivo, senão vejamos:

> *RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AJUIZAMENTO APÓS O DECRETO DE LIQUIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 18, "A", DA LEI N. 6.024/1974. 1.* ***A exegese do art. 18, "a", da Lei n. 6.024/1974 induz a que a suspensão de ações ajuizadas em desfavor de entidades sob regime de liquidação extrajudicial e o veto à propositura de novas demandas após o decreto de liquidação não alcançam as ações de conhecimento voltadas à obtenção de provimento judicial relativo à certeza e liquidez do crédito. Isso porque, em tais hipóteses, inexiste risco de qualquer ato de constrição judicial de bens da massa.*** *2. Recurso especial conhecido e provido.* (STJ. REsp. n. 1.298.237-DF. Terceira Turma. Dje: 19/05/2015) (g.n.)

> *E também, entendimento deste Sodalício:*
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL – VEDAÇÃO QUANTO A PROPOSITURA DE NOVAS DEMANDAS – ART. 18, "A", LEI Nº 6.024/74 – MITIGAÇÃO DA REGRA PELO STJ – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.* ***A decretação da liquidação extrajudicial de entidades financeiras não tem o condão de inibir de forma absoluta o direito de ação contra a massa liquidanda, mormente quando se tratar de ação de conhecimento, a qual pela própria natureza busca apenas***

> ***o reconhecimento do direito do autor, ainda que importe em condenação***. (Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Apelação n. 0801045-66.2015.8.12.0035. Comarca: Iguatemi; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/12/2015; Data de registro: 03/12/2015) (g.n.)

Conclui-se, então, apesar do banco apelado estar em fase de liquidação ordinária, por si só, não impossibilita o ajuizamento de ação de conhecimento, como no caso vertente, a qual pela própria natureza busca apenas o reconhecimento do direito da autora, ainda que importe em condenação futura.

Isto posto, dou provimento ao recurso, para cassar a sentença de extinção do feito e determinar o retorno dos autos para o devido processamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0000376-27.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator designado Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO – DURAÇÃO DO CONTRATO POR VÁRIOS ANOS – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – ENTE ADMINISTRATIVO QUE OFENDEU AO ARTIGO 37, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NULIDADE DO CONTRATO – AÇÃO OBJETIVANDO A PERCEPÇÃO DE FGTS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA – DIREITO DO TRABALHADOR A DESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE TRABALHO – ARTIGO 19-A DA LEI 8.036/90 – HIPÓTESE EM QUE O FGTS AINDA ASSIM É DEVIDO – DESVIRTUAMENTO NA CONTRATAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – DIREITO AO RECOLHIMENTO – PRECEDENTE DO STF EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL – DEMAIS VERBAS PREVISTAS EM CONTRATO – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento, no RE com repercussão geral, sob n. 596478/RR, de que o art. 19-A da Lei 8.036/90 é constitucional e deve ser aplicado, de modo que ainda que ocorra a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem prévia aprovação em concurso público, consoante dispõe o art. 37, II da CF, subsiste para a Administração Pública o dever de depósito do FGTS ao servidor.

As demais verbas previstas em contrato são igualmente devidas se a relação de trabalho se perpetua no tempo mesmo após o prazo de vigência do contrato. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Revisor, vencido o Relator.

Campo Grande, 28 de outubro de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Aroldo Dias interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (fls. 190/196) proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Ordinária movida em desfavor do Município de Campo Grande que julgou improcedentes os

pedidos iniciais para que houvesse a condenação do demandado ao pagamento de valores a título de FGTS, de diferença salarial inferior ao mínimo legal e de indenização por ato ilícito.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 201/208), alega em síntese ser policial militar e ter ingressado na Prefeitura Municipal de Campo Grande, para exercer a função de guarda municipal, em razão de convênio firmado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a Polícia Militar.

Pretende o pagamento do valor referente aos depósitos do FGTS do período de 01/06/2005 a 31/12/2009, em razão de contratação irregular, pelo Poder Público, sem a realização de concurso público (artigo 37, II, §2º, da Constituição Federal).

Por fim, prequestiona a matéria em debate.

O apelado, em suas contrarrazões recursais (fls. 212/222), pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 21.10.2015)

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

Aroldo Dias interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (fls. 190/196) proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Ordinária movida em desfavor do Município de Campo Grande que julgou improcedentes os pedidos iniciais para que houvesse a condenação do demandado ao pagamento de valores a título de FGTS, de diferença salarial inferior ao mínimo legal e de indenização por ato ilícito.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 201/208), alega em síntese ser policial militar e ter ingressado na Prefeitura Municipal de Campo Grande, para exercer a função de guarda municipal, em razão de convênio firmado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a Polícia Militar.

Pretende o pagamento do valor referente aos depósitos do FGTS do período de 01/06/2005 a 31/12/2009, em razão de contratação irregular, pelo Poder Público, sem a realização de concurso público (artigo 37, II, §2º, da Constituição Federal).

Por fim, prequestiona a matéria em debate.

O apelado, em suas contrarrazões recursais (fls. 212/222), pugna pelo improvimento do recurso.

Consta dos autos que Aroldo Dias ingressou com a presente demanda em desfavor do Município de Campo Grande "*pretendendo a condenação do Requerido no pagamento de FGTS, da diferença salarial inferior ao mínimo legal, e de indenização em virtude de danos sofridos. Alega que ingressou nos quadros da Prefeitura Municipal de Campo Grande em abril de 2004 para exercer a função de guarda municipal, em razão de convênio firmado com o Estado de Mato Grosso do Sul e a Polícia Militar, com base nas Leis 3.452/1998 e 1.699/1996. Por este último diploma foi criado o Corpo Voluntário de Militares Inativos – CVMI, para que militares estaduais que passaram à inatividade na condição de praça compusessem os quadros da Guarda Municipal. Aduziu que o convênio realizado e as condições as quais foi submetido no período de exercício da função violaram princípios fundamentais, notadamente os que assentam a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Alegou que sua contratação deu-se de forma irregular, ante a falta de realização de concurso público, sendo que o requerido nunca procedeu aos devidos registros em sua Carteira de Trabalho. Obtemperou que a contratação não se amoldou ao artigo 37, IX, da Constituição da República, uma vez que não houve necessidade temporária de excepcional interesse público (f. 2/28)*" (fls. 190)

Os pedidos iniciais foram julgados improcedentes nos seguintes termos:

> *"Ante o exposto, e com fundamento nos artigos 37, IX, 39, 241 e demais úteis da Constituição da República, e 269, I; 330, I; e 333, I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente a presente ação ordinária que Roque de Souza intentou contra o Município de Campo Grande.*
>
> *Custas pelo Autor, o qual condeno também no pagamento de honorários advocatícios que, na forma do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil, e por reputar bastante e suficiente dada a relativa simplicidade da causa, fixo em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). Todavia, na forma do artigo 12 da Lei nº 1.060/50, suspendo a exigência de tais verbas, já que concedidos os benefícios da assistência judiciária, conforme declaração juntada aos autos." (fls. 196)*

Diante disso, foi interposto o presente recurso tendo o apelante requerido o pagamento de indenização referente aos valores do FGTS a que teria direito pelo período da presentação contratual de 01/06/2005 a 31/12/2009.

Razão não lhe assiste.

Pela documentação juntada aos autos, verifica-se que houve a criação do Corpo Voluntário de Militares Estaduais Inativos da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul CVMI/MS, por meio da Lei nº 1.699/96 (fls. 71 e ss), posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.759/1997, disciplinando que os policiais inativo, mediante convênio, poderiam atuar no policiamento de: "*a) escolas e creches estaduais; b) próprios públicos; c) outros interesses públicos e d) bens municipais (...)*" (fls. 74)

Posteriormente, foi sancionada a Lei Municipal nº 3.452/1998 que autoriza o Poder Executivo Municipal a "*celebrar convênios de qualquer natureza, ou instrumentos similares, com entidades privadas, órgãos e entidades da união, Estados e Municípios, visando o recebimento de recursos financeiros, humanos materiais, para a execução de programas e projetos de interesse da comunidade campo-grandense (...)*". (fls. 77)

Assim, foi celebrado convênio entre o Estado de Mato Grosso do Sul, através do Camando-Geral da Polícia Militar, e o Município de Campo Grande/MS, cujo objeto era instituir "*o policiamento, em turnos diários de 12 (doze) horas cada, de escolas, postos de saúde e demais próprios utilizados ou pertencentes ao Município, através de Policiais Militares inativos cadastros no Corpo de Voluntários de Militares Inativos – CVMI, com a supervisão do Comando-Geral*." (fls. 79/82)

Nesse contexto o apelante foi contratado pela municipalidade, por meio do referido convênio, para exercer a função de guarda municipal.

Diante disso, o vínculo estabelecido entre as partes é de natureza jurídico-administrativa, tendo como fundamento, como acima mencionado, a Lei Municipal nº 3.452/1998, o Decreto Municipal nº 7.761/1998 e o próprio Convênio e seus aditivos.

Como se desataca da sentença "*o serviço de policiamento previsto no convênio celebrado enquadra-se no disposto no artigo 37, IX, da Constituição da República, de contratação em caráter temporário. Todas as condições de exercício da respectiva função foram fixadas pelo Convênio nº 12/1997, que possuía prazo de vigência previamente estabelecido, com possibilidade de renovação; assim, a permanência do servidor inativo ocorria apenas pelo prazo necessário à realização da atividade para a qual convocado, com a possibilidade de renovação ou revogação ex officio do vínculo em qualquer*

momento pela Administração. Ou seja, a atuação por alguns anos não desconstitui a temporariedade da contratação, exatamente pela previsão de sucessiva renovação do vínculo." (fls. 192)

É entendimento consolidado neste Tribunal, ao julgar situações semelhantes que "*Se a natureza da relação jurídica existente entre a Administração e o contratado é jurídico-administrativo, não há que se falar em direito à percepção de FGTS, posto que tal verba não é prevista no contrato administrativo. Os direitos do contratado para atender às necessidades de trabalho são os expressos no contrato administrativo e na legislação estadual, não se aplicando as regras previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas. (...)*" (TJ-MS - REEX: 08005553020138120030 MS 0800555-30.2013.8.12.0030, Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva, Data de Julgamento: 27/01/2015, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 29/01/2015)

A propósito:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE DIREITO C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - FGTS - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE GUARDA MUNICIPAL - REGIME JURÍDICO - ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS - DEMAIS PEDIDOS - PREJUDICADOS - PREQUESTIONAMENTOS EXPRESSOS - DESNECESSIDADE - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO."* (TJ-MS - AC: 5973 MS 2012.005973-2, Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Data de Julgamento: 15/03/2012, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/03/2012)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - GUARDA MUNICIPAL - CONVÊNIO FIRMADO COM O MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE - RELAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DA CLT - AUSÊNCIA DE DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS E DO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA SALARIAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO."* (TJ-MS - AC: 2321 MS 2012.002321-8, Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Data de Julgamento: 28/02/2012, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/03/2012)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA - RECONHECIMENTO DE DIREITO C.C COBRANÇA - GUARDA MUNICIPAL - CONVÊNIO FIRMADO COM O MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE - POLICIAMENTO DE BENS MUNICIPAIS - RELAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICO ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DA CLT - INEXISTÊNCIA DE DIREITO À PERCEPÇÃO DO FGTS E DEMAIS VERBAS TRABALHISTAS - RECURSO NÃO PROVIDO."* (Apelação - Nº 0001380-02.2010.8.12.0001. Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 30/09/2014; Data de registro: 23/10/2014)

Observa-se que, na presente situação, o apelante passou a exercer a função de guarda municipal em rezão do convênio acima mencionado, tendo como fundamento a legislação regente da matéria, não se podendo dizer que a relação jurídica existente entre as partes seja nula.

Repita-se foi firmado um convênio, cujos termos foram inteiramente cumprindos, cabendo às partes conveniadas cumprir o avençado, não havendo que se falar em nulidade, sendo certo que, entre os benefícios previstos, não se encontra o pagamento do FGTS, previsto para o pagamento dos trabalhadores regidos pelas normas da CLT, o que não é o caso em questão.

Logo, "*A contratação de Guarda Municipal com fulcro em convênio celebrado entre o Município e o Estado, embasado na legislação aplicável, tem caráter jurídico-administrativa e não prevê o recolhimento do FGTS*." (Relator(a): Des. Julizar Barbosa Trindade; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 19/02/2013; Data de registro: 25/02/2013)

Em face do exposto, nego provimento ao Recurso de Apelação interposto por Aroldo Dias, mantendo inalterada a sentença proferida em primeira instância que julgou improcedentes os pedidos iniciais para que houvesse a condenação do Município de Campo Grande no pagamento de valores a título de FGTS, diferença salarial inferior ao mínimo legal e de indenização por ato ilícito.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Revisor)

Peço vênia para dissentir do e. Relator e dar provimento ao recurso de Aroldo Dias.

O entendimento anterior, de que o FGTS não seria devido dado o regime jurídico-administrativo existente entre o servidor e a Administração acabava por premiar a Administração Pública e, via de consequência, estimular a prática de contratações irregulares sucessivas.

De outro lado, ainda impunha àquele que se submetia a tal ilegalidade, a obrigação de trabalhar por vezes durante uma vida inteira numa área de limbo, entre os servidores concursados e entre os trabalhadores celetistas, sem qualquer vantagem de um ou de outro.

Mas para além das questões sociais, o fato é que há expressa previsão legal sobre a obrigatoriedade de recolhimento dessa verba em casos como o dos autos.

Dispõe o art. 19-A da Lei 8.036/90, que dispõe sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o seguinte:

> *Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.*
>
> *Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do caput, que não tenha sido levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002.*

Observo ainda que, em 13.06.2012, o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, julgou o Recurso Extraordinário 596478/RO, por meio do qual o Estado de Roraima pretendia obter a declaração de inconstitucionalidade do já citado art. 19-A da Lei 8.036/90.

No julgamento do recurso em tela, os ministros chegaram à conclusão de que, independentemente da natureza jurídica do FGTS (se tem caráter indenizatório; se tem natureza de salário diferido ou indireto; se se trata de um fundo ou poupança forçada), o fato é que ele tem, inquestionavelmente, caráter compensatório pelo tempo de trabalho prestado, e surgiu para compensar a perda da estabilidade pelo trabalhador.

Fizeram ainda um comparativo deveras interessante com o trabalho exercido por menor. O contrato de trabalho travado com um menor é nulo, mas o Fundo de Garantia, não há dúvida, é devido ainda assim o que demonstraria, de forma clara, que a nulidade do contrato de trabalho não impõe a exclusão do FGTS.

O fato é que não se pode confundir a nulidade do contrato de trabalho com a inexistência dele. O caso é que ocorreu a contratação irregular do trabalhador que, embora nula, existiu no plano fático e esse fato, sem dúvida, produz efeitos jurídicos.

Não se pode negar que houve uma contratação irregular de servidor. Afastar da Administração o dever de arcar com o pagamento do FGTS acabaria por premiar a ineficiência e a ilegalidade do ato.

O Supremo, no caso, conferiu consequências jurídicas ao ato considerado nulo em homenagem a outros princípios constitucionais, como a própria dignidade da pessoa humana.

Eis o teor da ementa do julgado:

> *Recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.*

A meu ver, a pessoa que se submete a tal situação deve ser encarada mais como vítima do que como participante de fraude, especialmente porque não se duvida que o hipossuficiente é o empregado.

Não é necessário discorrer sobre a já conhecida deficiência do mercado de trabalho brasileiro, de modo que é justificável que o trabalhador aceite tal situação, não sendo ele o responsável pelo fato, mas a própria Administração.

É também esse o entendimento atual da jurisprudência pátria:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. IRREGULARIDADE. HORAS-EXTRAS. PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS PROBANDI DO AUTOR. FGTS. REPERCUSSÃO GERAL. STF. DIREITO CONSTITUCIONAL ASSEGURADO.*
>
> *- Nos termos do art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto a fato constitutivo de seu direito.*
>
> *- Inexistindo provas seguras de haver a autora trabalhado em jornada extraordinária àquela constante dos contratos temporários firmados com a municipalidade, não há como acolher a pretensão defensiva nesse aspecto.*
>
> *- A despeito da irregularidade da contratação, equipara-se o servidor contratado temporariamente ao servidor público, devendo, para tanto, serem observados os direitos constantes do art. 7º, c/c art. 39, § 3º, ambos da Constituição Federal, quando comprovada a contratação e a prestação de serviços, sob pena de, em última análise, ocorrer locupletamento ilícito por parte da Administração Pública se o ente político deixar de promover a contraprestação pecuniária devida.*
>
> *- O excelso Supremo Tribunal Federal, através do RE 596.478, reconheceu o direito aos depósitos do FGTS a trabalhadores que tiveram o contrato com o setor público declarado nulo por não terem sido aprovados em concurso público.* (TJMG, Apelação n. 1.0351.09.093534-4/001, Rel. Des. Duarte de Paula, julgado em 23/07/2014)
>
> *EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MUNICÍPIO DE DOM CAVATI - DESIGNAÇÃO TEMPORÁRIA PARA EXERCER FUNÇÃO PÚBLICA - CONTRATAÇÃO NULA - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO - FGTS - DIREITO AO RECOLHIMENTO - PRECEDENTE DO STF - AVISO PRÉVIO - MULTA SOBRE O FGTS - MULTAS PREVISTAS NA CLT - DESCABIMENTO - ENTREGA DAS GUIAS DO TRCT E CD/SD - INCLUSÃO NA RAIS - REGISTRO NA CTPS - CADASTRO NO PIS - RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO - DESCABIMENTO.*
>
> *- A declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto*

no art. 37, II, da CF/88, gera para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS, a título de indenização.

- O egrégio STF reconheceu, no RE 596478 RG/RR, o direito aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiverem o contrato de trabalho declarado nulo em função da inobservância da regra constitucional de prévia aprovação em concurso.

- A nulidade do contrato não acarreta a sujeição da relação jurídica às regras da CLT, tratando-se de vínculo estabelecido com a Administração Publica, sujeita ao regramento próprio.

- Reconhecida a nulidade do contrato, descabe indenização por aviso prévio, multas sobre o FGTS e multas específicas do processo trabalhista, não se equiparando a situação à de dispensa sem justa causa.

- Quanto às guias CD/SD e TRCT para fins de levantamento do seguro-desemprego, trata-se de obrigação própria da relação celetista.

- A anotação da CTPS, o cadastro no PIS e a inclusão do nome na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) são incabíveis, tendo em vista a impossibilidade de restituição do status quo ante.

- Recurso provido em parte. (Apelação Cível 1.0309.11.000617-3/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat , 4ª Câmara Cível, julgamento em 10/07/2014, publicação da súmula em 16/07/2014.)

A Primeira Câmara Cível deste Tribunal também já adota tal entendimento:

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. TRABALHO TEMPORÁRIO. CONTRATOS SUCESSIVOS. NULIDADE. FGTS DEVIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

São devidos os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público. (TJMS, Apelação n. 00121-27.2010.8.12.015, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 24/06/2014.)

E o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO TEMPORÁRIO SEM CONCURSO PÚBLICO. DEPÓSITO DE FGTS. OBRIGATORIEDADE. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VÍCIOS NO JULGADO.

1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omisso, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material na decisão.

2. O embargante não aponta nenhuma omissão, contradição, obscuridade ou erro material nas razões recursais, buscando apenas modificar o acórdão embargado.

3. É incabível a oposição de embargos declaratórios para prequestionamento de matéria constitucional, como forma de viabilizar a interposição de recurso extraordinário, se não há vício no acórdão embargado.

> *4. O STF entende que "é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado"* (AI 767.024-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 24.4.2012).
>
> *5. O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS* (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3.8.2009).
>
> *6. Por expressa previsão legal, é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário (art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164-41/2001).*
>
> *7. A pendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. É cabível o exame de tal pretensão apenas em eventual juízo de admissibilidade de recurso extraordinário interposto nesta Corte Superior.*
>
> *Embargos de declaração rejeitados.* (EDcl no AgRg no REsp 1440935/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 12/06/2014.)

Há, assim, obrigatoriedade de recolhimento do FGTS para os servidores contratados irregularmente pela Administração Pública, como é o caso dos autos.

De outro tanto, observa-se que todas as demais verbas devem obediência tanto à legalidade quanto ao princípio da boa-fé objetiva, devendo ser pagas ao recorrente, pena de locupletamento indevido da administração pública.

Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Maria Helena Diniz, discorrendo acerca do princípio da boa fé objetiva, explícito no art. 422 do Código Civil[1], afirma que "*as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, denoto e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc. É uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição dos riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa*"[2].

Também comentando referido dispositivo legal, Fabrício Zamprogna Matiello[3] apregoa:

> *"Desde o instante em que iniciam as negociações para o fechamento de um contrato, até o momento em que o mesmo é totalmente cumprido, exige-se das partes envolvidas que procedam com honradez, dignidade e denodo. Não devem ser toleradas condutas eivadas por má-fé, que se define como "ânimo doloso de quem age ilicitamente, sabendo que viola os direitos de terceiro e transgride as disposições da*

1 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

2 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41/42. v. 3.

3 MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado**, 3. ed. São Paulo: LTR, 2007. p. 283.

> *lei"(...). Tampouco admite-se a improbidade, que é o agir com espírito de emulação e a falta de decoro no proceder.*
>
> *"Agora as sanções específicas contidas na legislação para o caso de transgressão aos princípios da probidade e boa-fé, pode-se afirmar que ao julgador é facultado interpretar as cláusulas contratuais, nos limites impostos pelo ordenamento, mais favoravelmente a quem agiu com bom espírito, em detrimento daquele que se portou inadequadamente sob o prisma da lisura procedimental exigida dos contraentes". (grifei).*

Desse entendimento não destoa a doutrina civilista brasileira, de cujo exemplo é o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves[4], que assim trata da matéria:

> *"O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que se presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar."*

No caso presente, é óbvio que se o autor continuou a figurar nos quadros do município como funcionário dele, prestando-lhe os serviços para o qual foi inicialmente contratado, sobre esse vínculo incidirão as mesmas regras anteriormente pactuadas. Não é lícito ao Município continuar beneficiando-se do serviço contratado sem a contraprestação inicialmente pactuada.

Não há que ser falar, finalmente, no pagamento de *justa indenização*, como objetivou o autor em sua inicial. A despeito da nulidade do contrato, é certo que o autor recebeu ao longo do período trabalhado tanto o seu salário quanto as demais verbas que compunham sua remuneração, como, por exemplo, a gratificação natalina. Nada há que ser indenizado, assim, sob tal rubrica, e sua imposição se constituiria em um *bis in idem* sobre verbas já regularmente recebidas e que não podem integrar qualquer cálculo para fins de indenização, como objetivado pelo autor.

Quanto à diferença salarial entre o valor percebido e o valor do salário mínimo tal postulação é induvidosa, pelo fato de que nenhum trabalhador pode auferir quantia menor do que o salário mínimo, mesmo em se tratando de ente público, como no caso.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Aroldo Dias e lhe dou provimento para reformar a r. sentença invectivada e julgar parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, condenando o Município réu a pagar ao autor apelante o FGTS de todo período trabalhado, a saber, de 01.04.2004 a 30.06.2009, bem assim como a diferença salarial inferior ao mínimo legal. Os valores devidos deverão ser corrigidos pelo IGPM-FGV a contar da data em que cada depósito haveria de ter sido feito e acrescidos de juros moratórios de acordo com o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, contados este desde a citação.

Julgo improcedente o pedido de condenação ao pagamento de *justa indenização* por entender ser inexigível na espécie, eis que o autor já estará sendo remunerado com o pagamento do valor do FGTS e das diferenças salariais, nada havendo que ser composto sob essa rubrica.

Consequentemente, arcará o município réu com o pagamento das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação, devidamente atualizada.

4 GONÇALVES, Carlos Alberto **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33. v. 3.

Com fundamento no art. 269, I, do CPC, declaro a resolução do mérito.

Os valores devidos serão apurados em liquidação de sentença, por mero cálculo.

Empresto a mesma solução ao reexame necessário.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do vogal (Des. Amaury da Silva Kuklinski), após o relator ter negado provimento ao recurso e o revisor ter dado provimento.

VOTO (EM 28.10.2015)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski (Vogal)

Trata-se de apelação em que Policial Militar da reserva foi reaproveitado (em razão da experiência e dos diversos convênios celebrados entre os diferentes entes) como Guarda Municipal em modalidade Jurídico-Administrativa, significando a total ausência de quaisquer direitos trabalhistas regulares, mediante contraprestação módica.

A ideia do aproveitamento da mão de obra especializada na segurança pública é louvável; todavia a maneira implementada é efetivamente digna de censura pela protelação no tempo.

A contratação temporária em proveito da administração pública é admitida até constitucionalmente, mas o termo "provisória" não tem alcance *sine die* como parecem intuir os administradores.

Embora o aparato legislativo esteja conforme, como bem salientou o Des. Relator no seu voto, onde especificou o fundamento legal das contrações à exceção constitucional e demais formalidades, com a acuidade que lhe é peculiar, a violação no caso concreto é de princípio consoante deixou bem claro o eminente revisor ao mencionar que a administração pública não pode ser premiada ao não realizar concurso e utilizar-se de medida paliativa por longos anos, em perfeita analogia à situação dos professores temporários onde tenho acompanhado o entendimento majoritário no sentido de nomear o aprovado em caso de vaga pura.

Tal solução não é possível no presente caso, mas a irregularidade é semelhante, de mesma natureza e a solução preconizada pelo ilustre Des. Pavan se me afigura a mais justa, como o recolhimento retroativo do FGTS, com sua natureza de compensação à ausência de estabilidade da relação de trabalho (qualquer que seja a sua natureza).

O descumprimento dos direitos sociais não pode ser tolerado.

Desta forma, pedindo vênia ao ilustre relator, acompanho o Sr. Revisor, com a adoção da sua fundamentação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor, vencido o 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. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 28 de outubro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0065950-60.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE - RECURSO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL – INTEMPESTIVIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO.

I) O prazo para a interposição de recurso tem início a partir da data em que a parte teve ciência inequívoca do conteúdo da decisão.

II) Sendo intempestivo e não havendo o apelante demonstrado, já com as razões do apelo, causa suspensiva ou interruptiva do prazo recursal, não se deve conhecer do apelo, sob pena de violação ao artigo 508 do CPC.

III) Recurso não conhecido.

APELAÇÕES CÍVEIS DO IMPCG E DO SERVIDOR PÚBLICO E REEXAME NECESSÁRIO – IRREGULARIDADES NO AGENDAMENTO DE CONSULTAS E EXAMES EM POSTO DE SAÚDE – DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – LEGALIDADE DO ATO. SERVIDOR PÚBLICO DEMITIDO DO CARGO – SUPERVENIÊNCIA DE DIAGNÓSTICO DE ENFERMIDADE QUE NÃO EXCLUI A RESPONSABILIDADE PELAS TRANSGRESSÕES JÁ VERIFICADAS - DIREITO À APOSENTADORIA RECONHECIDO – CONDIÇÃO DE SEGURADO MANTIDA ATÉ 24 MESES APÓS O DECRETO DA DEMISSÃO – PREVISÃO EM LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL – VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE DEVE SE PAUTAR PELO § 4º DO ARTIGO 20 DO CPC, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – REMUNERAÇÃO DIGNA DO CAUSÍDICO – MONTANTE MANTIDO.

I) Tendo sido devidamente oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa, com a observância das garantias do princípio do devido processo legal, reveste-se de legalidade o ato administrativo de demissão do servidor público transgressor.

II) O diagnóstico posterior de doença psiquiátrica que leva à invalidez do servidor não tem o condão de o eximir da responsabilidade por atos ilícitos praticados em época anterior, em que seu estado de saúde era considerado hígido e normal.

III) Ainda que a doença já existisse à época dos fatos, mas não tivesse sido detectada, se seus efeitos não guardam qualquer relação com a natureza da transgressão, não há que se falar em justificativa para a ilicitude cometida ou em necessidade de instauração de incidente de sanidade.

IV) Demitido na atividade, a consequência com o reconhecimento do direito à aposentadoria por invalidez é da cassação da aposentadoria com o fim do lapso temporal concedido pela condição de segurado estendido pelo artigo 8º da Lei Complementar Municipal n. 191/2011.

V) Fixados os honorários em conformidade com o § 4º do artigo 20 do CPC, ou seja, arbitrados pelo julgador, levando-se em conta o disposto nas alíneas do § 3º do mesmo dispositivo e equidade, deve ser mantida a verba que remunera dignamente o profissional.

VI) Recurso do Município não conhecido. Recurso do autor improvido. Recurso do IMPCG parcialmente provido. Reexame necessário exercido para alterar apenas em parte a r. sentença e delimitar o período de concessão dos proventos da aposentadoria por invalidez.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Amarildo Candido de Almeida, dar parcial provimento ao recurso de Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande - IMPCG e não conhecer o recurso do Município de Campo Grande, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Amarildo Candido de Almeida apela da sentença (f. 472-475), proferida pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, Dr. Nélio Stábile, nos autos da Ação Anulatória c.c. Obrigação de Fazer c.c. Indenização por Danos Morais ajuizada em face do Município de Campo Grande e do Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande (IMPCG), que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na exordial "*para o fim de, reconhecendo a legalidade da demissão e sem que essa sofra qualquer revogação ou alteração, declarar o direito do Autor de ser aposentado por invalidez, com efeitos a partir de 11.05.2011. Por conseguinte, condeno os Requeridos no pagamento retroativo da diferença de verbas e vantagens pecuniárias em razão da aposentadoria por invalidez, a partir de 11.05.2011, devendo referida importância ser aferida mediante liquidação de sentença, corrigida pelo IGPM/FGV e acrescida de juros legais, desde o dia em que referidos pagamentos deveriam ter sido feitos, uma vez que se trata de verba de natureza alimentícia. (...) em razão da sucumbência, condeno-os no pagamento dos honorários advocatícios em favor dos advogados do Autor que, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R$1.500,00 (mil reais), que reputo adequado em virtude da falta de complexidade da causa e do trabalho desenvolvido"* (f. 474-475).

Sustenta, em resumo, a ilegalidade da sua demissão, porquanto sofreu a penalidade mesmo estando acometido da enfermidade que, posteriormente, assegurou-lhe a aposentadoria por invalidez, inclusive com recomendação da Junta Médica Oficial do Município de que fosse afastado já em 12.01.2011 diante da irreversibilidade do quadro de saúde, o que invalida o processo administrativo disciplinar instaurado em 17.06.2011 e, por consequência, a pena imposta.

Ressalta a previsão do artigo 222 do Estatuto do Servidor (Lei Complementar Municipal n. 07/1996) que impõe a abertura de incidente de sanidade pela comissão processante sempre que houver dúvida acerca da saúde mental do servidor processado. Assim não fazendo, incorreu a comissão em ofensa aos Princípios da Estrita Legalidade, da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, visto que já estava em tratamento psiquiátrico há mais de 1 (um) ano.

Afirma, dessa modo, o direito de ser reintegrado no cargo público anteriormente ocupado, nos termos do artigo 32 do Estatuto do Servidor Público Municipal.

Pleiteia também a majoração dos honorários advocatícios, visto que arbitrados em valor muito módico frente a complexidade e proveito econômico da demanda, razão por que devem ser majorados com base no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Ao final, requer o provimento recursal para decretar a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar n. 47839/2010-48, condenar os apelados em danos morais e majorar os honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 529-540 e 544-546, pugnando pelo improvimento do apelo.

Igualmente irresignado, Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande (IMPCG) interpõe recurso de apelação às f. 499-508, aduzindo que nada há de ser pago ao autor-apelado a título de proventos pela aposentadoria por invalidez do período anterior à concessão da tutela antecipada nestes autos, que ocorreu em 21 de março de 2012, porquanto a partir da homologação da aposentadoria por invalidez o apelado continuou a ser amparado pela previdência municipal com o recebimento do benefício previdenciário de auxílio-doença o que afasta por si só novo pagamento a título de proventos ou diferença de proventos, já que não há como acumular o pagamento de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Rebate, ainda, o valor dos honorários advocatícios ao argumento de exarcebado, ademais se considerado o valor do proventos de inatividade percebidos pelo apelado.

Por fim, requer o provimento do apelo.

O Município de Campo Grande também apela às f. 510-515, insurgindo-se contra a condenação de maneira retroativa dos proventos da aposentadoria por invalidez, sob o fundamento de que o apelado já se encontrava de licença médica no período apontado pelo magistrado sentenciante e em gozo do auxílio-doença.

Fustiga o montante fixado para a verba honorária e pleiteia o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 519-523.

VOTO

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

Inicialmente, impende consignar que, não obstante a falta da remessa necessária para este Tribunal pelo juízo a quo, recebo o feito também nessa condição para conferir à sentença eficácia, surtindo seus legais efeitos, em observância ao preceito estampado no artigo 475 do Código de Processo Civil.

Aliás, sobre o reexame necessário o Superior Tribunal de Justiça pacificou no julgamento do EREsp 1038737/PR, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 09/06/2011, publicado no DJe 24/06/2011, em sede de recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, CPC), o que traduz eficácia vinculativa (artigo 543-C, 7º, CPC), impondo sua adoção em casos análogos, o seguinte:

> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FAZENDA PÚBLICA. SENTENÇA ILÍQUIDA. REEXAME NECESSÁRIO OBRIGATÓRIO. CORTE ESPECIAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO SOB O REGIME DO ART. 543-C, DO CPC.*
>
> *1. A Corte Especial do STJ pacificou o entendimento de que sentença ilíquida proferida contra a Fazenda Pública, suas autarquias e fundações de direito público está sujeita ao duplo grau de jurisdição.*
>
> *2. Embargos de divergência providos.*

Inclusive dispõe a Súmula n. 423 do Supremo Tribunal Federal que: "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso 'ex officio', que se considera interposto 'ex lege'."

Evidente, então, a imprescindibilidade do reexame da sentença para produza seus efeitos legais, de modo que assim procedo de ofício.

Feito o destaque acima, por ordem de prejudicialidade, passa-se à análise dos recursos interpostos, bem como do reexame necessário.

Recurso do Município de Campo Grande

De imediato, tenho que o presente recurso não deve ser conhecido.

Primeiramente, não foi ofertado o recurso cabível contra a negativa de recebimento do recurso de apelação procedida pelo magistrado a quo à f. 516 ao fundamento de intempestividade.

Ademais, mesmo que se admita novo juízo de admissibilidade recursal perante o órgão ad quem com a apreciação das condições de procedibilidade do recurso, já que não se submetem à preclusão, sendo consideradas como de ordem pública, passíveis de conhecimento, portanto, de ofício pelo órgão julgador, é certo que realmente intempestivo o presente apelo.

Extrai-se dos autos que a apelante teve ciência da decisão atacada por meio de publicação efetuada no Diário de Justiça n. 3118 que circulou no dia 22/05/2014 (quinta-feira), e conforme se observa da certidão de f. 477.

Assim, tinha o prazo de 30 dias para a interposição do recurso de apelação, ante a conjugação dos artigos 508 e 188 do Código de Processo Civil, o qual teve início em 23/05/2014 (sexta-feira) e fim em 23/06/2014 (segunda-feira).

Todavia, o recurso foi interposto tão somente em 24/06/2014 (f. 510). E a intimação foi feita no nome de seu patrono, Dr. Rosalino Rodrigues Holsbach, como se vê na contestação de f. 328-335.

Oportuno destacar, ainda, relevante precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. NOMEAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.*
>
> *1. Hipótese em que a autarquia previdenciária pretende o reconhecimento da tempestividade do agravo em recurso especial, utilizando-se, para tanto, da cumulação das prerrogativas contidas nos arts. 188 e 191 do Código de Processo Civil, para fins de contagem em quádruplo para recorrer.*
>
> *2. A cumulação das disposições contidas nas aludidas normas mostra-se inviável, tendo em vista que o art. 188 do Código de Processo Civil é específico em conferir à Fazenda Pública e ao Ministério Público as prerrogativas de prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, os quais não podem ser, mais uma vez, ampliados mediante a cumulação com o artigo 191 do mesmo Codex.*
>
> *3. Soma-se a isso o fato de que, em princípio, quem se beneficia do prazo em dobro, previsto no artigo 191 do CPC, são os particulares, desde que, obviamente, esteja presente a diversidade de procuradores em razão da formação de litisconsórcio.*

> *4. Isto implica dizer que, quando a Fazenda Pública e/ou Ministério Público forem litisconsortes, terão prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188 do CPC), fazendo jus ao benefício do artigo 191 do CPC tão somente para os demais atos processuais, não contemplados pelo artigo 188 do CPC, ou seja, para, de modo geral, falar nos autos.*
>
> *5. Entender de modo diverso seria conferir aos referidos entes públicos (Fazenda Pública e Ministério Público) uma benesse ainda maior, o que colocaria os particulares em extrema desvantagem processual, já que, de um modo geral, estes se sujeitam ao disposto no art. 191 do CPC, isto é, dispõem da prerrogativa da contagem do prazo em dobro tão somente nas hipóteses em que houver litisconsórcio com procuradores distintos.*
>
> *6. O agravo em recurso especial é extemporâneo, tendo em vista que a juntada do mandado de intimação da decisão que não admitiu o apelo nobre em razão de sua intempestividade ocorreu em 21.1.2011 (sexta-feira), iniciando-se o prazo recursal em 24.1.2011 (segunda-feira). Contando-se em dobro o prazo para a interposição do agravo em recurso especial (art. 188 do CPC), tem-se como escoado o prazo recursal em 14.2.2011, sendo intempestivo o agravo protocolizado em 15.2.2010.*
>
> *7. Agravo regimental não provido.* (STJ, AgRg no AREsp 8.510/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 30/09/2011) (g.n.)

Como se vê o apelo é intempestivo, pois interposto apenas após expirado o prazo recursal, momento em que já havia ocorrido a preclusão do direito do apelante de recorrer da sentença de f. 472-475, não existindo causas que pudessem ter implicado na suspensão do prazo para a interposição do recurso.

Neste tópico, destaco que a Portaria n. 237 de 8 de abril de 2014 que dispôs sobre o horário de funcionamento da Secretaria do Tribunal de Justiça e da Justiça de 1º grau em dias de jogos do Brasil na Copa do Mundo de Futebol estabeleceu em seu artigo 1º:

> *Art. 1º. Durante os dias 12, 17 e 23 de junho- 1ª fase dos jogos da Copa do Mundo- o horário de funcionamento da Secretaria do Tribunal de Justiça e dos órgãos da Justiça de Primeira Instância do Estado de Mato Grosso do Sul será das 7h às 13 horas.*

Assim, no último dia do prazo para interposição do recurso de apelação, dia 23.06.2014, houve expediente forense, no horário das 7h às 13h, não havendo que se falar em suspensão ou mesmo interrupção do prazo recursal.

Portanto sendo intempestivo e não havendo a apelante demonstrado, já com a inicial, causa suspensiva ou interruptiva do prazo recursal, não se deve conhecer do presente recurso de apelação, sob pena de violação ao artigo 508 do CPC.

Reexame Necessário e Recursos do Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande (IMPCG) e de Amarildo Candido de Almeida

Consta dos autos que Amarildo Candido de Almeida ajuizou a presente Ação Anulatória c.c. Obrigação de Fazer c.c. Indenização por Danos Morais em face do Município de Campo Grande e do Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande, objetivando a anulação do Processo Administrativo Disciplinar n. 47839/2010-48 que findou com a aplicação da penalidade de demissão ao autor, bem como a concessão da aposentadoria por invalidez com efeitos a partir de 11.05.2011. Alternativamente, pleiteou a reintegração no cargo com a reparação moral pelo injusto afastamento.

Ao analisar o pleito, o magistrado singular decidiu:

> *"Ante o exposto, confirmado a tutela antecipada concedida pela v. Decisão de f. 425/436, com fundamento nos artigos 269, I e II, 330, inciso I, e 333, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedente, em parte, a presente Ação Ordinária movida por Amarildo Candido de Almeida contra o Município de Campo Grande e o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande - IMPCG, para o fim de, reconhecendo a legalidade da demissão e sem que essa sofra qualquer revogação ou alteração, declarar o direito do Autor de ser aposentado por invalidez, com efeitos a partir de 11.05.2011. Por conseguinte, condeno os Requeridos no pagamento retroativo da diferença de verbas e vantagens pecuniárias em razão da aposentadoria por invalidez, a partir de 11.05.2011, devendo referida importância ser aferida mediante liquidação de sentença, corrigida pelo IGPM/FGV e acrescida de juros legais, desde o dia em que referidos pagamentos deveriam ter sido feitos, uma vez que se trata de verba de natureza alimentícia.*
>
> *Sem custas, ante a qualidade dos Requeridos. Todavia, em razão da sucumbência, condeno-os no pagamento dos honorários advocatícios em favor dos advogados do Autor que, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R$ 1.500,00 (mil reais), que reputo adequado em virtude da falta de complexidade da causa e do trabalho desenvolvido."* (f. 474-475)

Em sequência, foram manejados os recursos *sub examine*.

Extrai-se dos autos (f. 275-277) que, após processo administrativo disciplinar, ao autor foi imputada a pena de demissão, ficando excluído do quadro permanente do Município de Campo Grande/MS, em que ocupava o cargo técnico especializado, lotado na Secretaria Municipal de Saúde.

Em razão desse fato, o autor ingressou com ação em apreço, embasando seu pedido nas assertivas de que: (a) sua exclusão do serviço público ocorreu por meio de processo administrativo sem observância das garantias constitucionais do devido processo legal; (b) o caso é de aposentadoria por invalidez, eis que, de acordo com recentes laudos médicos (anexados aos autos), ele sofre de doença irreversível (esquizofrenia) e encontra-se debilitado há mais de 1 (um) ano – antes mesmo da abertura do processo administrativo disciplinar (em junho/2011).

Nesses termos, em resumo, é que pleiteou: (a) ou a imediata concessão da aposentadoria por invalidez, com a garantia da percepção de todas as vantagens e direitos; (b) ou a imediata reintegração no cargo anteriormente ocupado, com a garantia da percepção de todas as vantagens e direitos.

Após nova análise dos autos (cópia da sindicância e do processo administrativo – f. 57-285), chego a mesma conclusão já externada quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 0049725-65.2011.8.12.0000 (f. 350-361), isto é, verifico que, de fato, o agravante praticou irregularidades no exercício de suas funções na Unidade Básica de Saúde – Jockey Club, relacionadas ao sistema de agendamento de consultas e exames, mediante solicitações irregulares de atendimento médico, em especial para pessoas não residentes em Campo Grande.

Agiu em conluio com outro servidor, Sr. Gabriel Ferreira Lopes, então lotado na Central de Regulação, o qual autorizava todas as solicitações irregulares feitas pelo Sr. Amarildo.

Foram causados prejuízos ao patrimônio municipal, uma vez que as consultas de pacientes de outras cidades são solicitadas pela respectiva Secretaria de Saúde, com ressarcimento – relativo às despesas médico-hospitalares – aos cofres do Município de Campo Grande.

Não só isso, a prática ocasionou transtornos nos procedimentos de consultas e exames, pois os pacientes de Campo Grande foram prejudicados com a falta de vagas, ocupadas por pacientes que, sem

regular autorização, vinham de outras cidades – muitas vezes, sendo de preferência pessoal e exclusiva do acusado (decisão administrativa – f. 276).

Assim, frente a tais constatações, configuradoras de falta funcional grave, foi que o Município decidiu pela aplicação da pena de demissão ao autor.

Em princípio, observo que a instauração do processo no âmbito administrativo se deu por decisão (f. 171), cujo conteúdo não só faz transparecer claramente a intenção de se deflagrar o processo, como também indica especificamente a conduta delituosa incorrido pelo servidor (art. 171, incisos I, II, IX; Art, 172, incisos VI e VIII, ambos da Lei Complementar Municipal n. 7/1996). Faz, inclusive, um resumo dos fatos motivadores, com base nos elementos colhidos na Sindicância Administrativa n. 71.727/2009-47 (f. 140-168).

Assim, quando da instauração do processo administrativo, o autor tinha pleno conhecimento dos fatos pelos quais estava sendo acusado, até mesmo porque tal ocorrência já havia sido objeto de ampla investigação na sindicância instaurada, na qual foram tomados vários depoimentos (f. 91-116), incluindo o próprio acusado (f. 101-103) – ao qual, segundo se infere, foi dada oportunidade de defesa também naquela fase (f. 97).

Instaurado o processo administrativo disciplinar, dá-se o seguimento às demais fases, cujo trâmite deverá ser compatível com as linhas delineadas pela Constituição Federal – expressa em assegurar a ampla defesa e o contraditório nos processos administrativos (artigo 5º, LV, da Constituição Federal).

Pois bem.

Resta claro do caderno processual que a Administração assegurou ao acusado o exercício do contraditório e da ampla defesa; tanto que apresentou sua defesa impugnando todos os pontos que achou necessário (f. 229-235), tendo, inclusive, constituído advogado para tal fim (procuração de f. 236).

Em momento algum lhe foi retirado o direito de produzir provas, porém, apesar de lhe ser oportunizado, deixou de arrolar testemunhas e requerer diligências, conforme documento de f. 250. Ademais, dois servidores foram chamados pela própria Comissão para prestaram informações, Sra. Alice Mitiko Sasya (f. 243-244) e Sr. Daniel Kiozo Saito (f. 245-246) – o que demonstra que medidas foram tomadas em prol da boa elucidação dos fatos.

Por fim, o acusado apresentou suas alegações finais – f. 254-256.

Ora, ao contrário do quer fazer crer o autor, a sua exclusão dos quadros da Administração Municipal se deu de acordo com as linhas delineadas pela Constituição Federal, com a observação das garantias decorrentes do princípio do devido processo legal, prestigiando-se o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal).

Verificado que o ato de punição foi levado a efeito com a estrita observância à legalidade, devidamente motivado e isento de qualquer arbitrariedade, encerra-se, pois, a atividade jurisdicional, porquanto não pode o Judiciário interferir no poder-dever que detém a Administração Pública para concluir se ocorreu ou não a falta disciplinar, visto que inadmissível qualquer incursão no mérito do ato administrativo.

Logo, mesmo face aos argumentos despendidos nas razões do apelo dão autor, nenhuma ilegalidade se vê no processo administrativo que culminou com sua demissão do serviço público, não havendo qualquer motivo autorizador para a sua desconstituição.

Por fim, é de suma importância registrar que os fatos imputados ao autor – motivo da sua demissão – remontam período anterior ao ano 2010 (segundo consta dos autos, as práticas ilícitas ocorreram no ano de 2009), que não coincide com o tempo do diagnóstico da sua doença, em agosto/2011.

Constata-se, ainda, que o autor foi submetido à junta médica do Município e esta, em agosto de 2011, concluiu pela sua invalidez (f. 52), não tendo indicação para readaptação ou reaproveitamento, mas sim para aposentadoria.

Anota-se, a teor dos documentos juntados aos autos (f. 183-189), que as licenças médicas começaram a ser requeridas de maneira reiterada pelo autor a partir de 2010.

A doença diagnosticada, segundo informação nos autos, denomina-se transtorno esquizotípico – compreendido como um transtorno do espectro da esquizofrenia.

Diante desse contexto, é certo que o estado de saúde do autor, especialmente aquele desenvolvido após os fatos imputados como desabonadores de sua conduta enquanto servidor público, não lhe socorre com relação aos atos ilícitos que praticou e isso, sob meu ponto de vista, por 2 (duas) razões:

(a) os fatos supra narrados, motivadores da instauração da sindicância e, depois, do processo disciplinar, datam do ano de 2009 – momento em que não havia qualquer notícia que sua capacidade mental estivesse comprometida.

(b) ainda que a doença já existisse, mas não tivesse sido detectada, não há razões para acreditar que, por sua influência, o autor tenha cometido os ilícitos. Isso porque, a natureza de tais condutas (fraude no agendamento de consultas e exames em posto de saúde) não guarda qualquer relação com as delimitações inerentes à patologia apresentada. Ademais, não se tem notícia nos autos de que tenha sido instaurado processo de interdição em relação ao autor.

Nos moldes transcritos pelo próprio autor em sua peça recursal, trata-se de doença que causa, por exemplo, retraimento social, idéias paranóides ou bizarras, ruminações obsessivas, ilusões intensas, etc. (f. 483).

Ora, o autor teve aptidão suficiente para participar do esquema irregular, burlar a vigilância da Central de Autorização e, com isso, conseguir obter os resultados que pretendia – transgressões que não se justificam nos efeitos da enfermidade, eis que com ela não se vê qualquer relação.

Sob outro vértice, não havia necessidade de instauração do incidente de sanidade previsto no antigo Estatuto dos Servidores Municipais (Lei Complementar Municipal n. 7/1996), artigo 222, porquanto, repise-se, a conduta do autor punida com demissão é anterior aos laudos médicos que verificaram a doença psiquiátrica sofrida, não invalidando em nada o Processo Administrativo Disciplinar instaurado.

Portanto, se se constatou que o processo administrativo não se encontra eivado pela ilegalidade, ao contrário, houve observância do princípio do devido processo legal, e que a enfermidade posteriormente diagnosticada não o exime da responsabilidade dos atos ensejadores da sua demissão, nada há que autorize a revogação da penalidade aplicada.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu que "*a circunstância de encontrar-se o impetrante (servidor público) no gozo de licença para tratamento de saúde e em vias de aposentar-se por invalidez não constituía óbice à demissão, como não constituiria a própria aposentadoria que, para tanto, estaria sujeita à cassação*" (STF, MS 22656, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1997, DJ 05-09-1997 PP-41874 EMENT VOL-01881-01 PP-00074)

Desse modo, o fato de o autor ter sido diagnosticado com a patologia que acarretou o pedido de aposentadoria por invalidez, inclusive com recomendação da junta médica oficial do Município nesse sentido (f. 52), não o exime de responder pelos atos indevidos cometidos na qualidade de servidor público, ainda mais em período anterior à doença que lhe acometeu, já que como dito, a demissão pode ser convertida em cassação da aposentadoria.

Pela intelecção sopesada acima, importa anotar que o Decreto "PE" n. 1.627, de 4 de outubro de 2011 que aplicou a pena de demissão ao autor, foi publicado em 5 de outubro de 2011 no Dioagrande n. 3.374, com a ciência nesse mesmo dia também pelo servidor (f. 279-280). Antes disso, em 11 de maio de 2011, foi homologado o pedido de aposentadoria por invalidez do mesmo servidor, segundo afirmação do próprio Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande - IMPCG na contraminuta do Agravo de Instrumento n. 2011.037819-6, que foi transcrito pelo relator designado, Desembargardor Ruy Celso Barbosa Florence, e serviu de fundamento para a concessão da tutela antecipada, in verbis (f. 356-357):

> *"(...) Conforme docs. de fls. 50/60, após permanecer afastado de suas funções laborais para tratamento de saúde por mais de 12 (doze) meses, a Junta Médica Oficial do Município, em 24/05/2011 houve por bem homologar a aposentadoria por invalidez do agravante a partir de 11/05/2011.*
>
> *Assim, o Diretor-Presidente do IMPCG encaminhou a Secretaria Municipal de Saúde Pública – SESAU, órgão de lotação do recorrente, o Boletim Médico Pericial – BOMEP exarado pela referida Junta Médica que homologou a aposentadoria por invalidez, conforme cópia do Ofício anexo.*
>
> *Registre-se que a verificação da condição de incapacidade dos servidores municipais é prerrogativa do Serviço Médico Oficial do Município, ou seja Junta Médica Oficial do Município, conforme dispõem os §§ 1º e 2º, do art. 17, da Lei Complementar n. 64/2004.*
>
> *A referida legislação dispõe ainda em seu art. 43 que o critério do Serviço Médico Oficial do Município, findo o prazo do benefício, o segurado será submetido a nova inspeção médica, de ofício, que concluirá pela volta ao serviço, pela prorrogação do auxílio-doença, pela readaptação ou pela aposentadoria por invalidez.*
>
> *No caso do agravante, após avaliação pericial, a Junta Médica concluiu pela aposentadoria por invalidez.*
>
> *Assim, causa estranheza o fato do agravante ter buscado socorro junto ao Poder Judiciário a fim de obter sua aposentadoria por invalidez, já que, sua condição de inválido foi atestada em 24 de maio de 2011 pela Junta Médica Oficial, que homologou sua aposentadoria por invalidez a partir de 11 de maio de 2011.*
>
> *Registre-se que o fato do agravante ser sido demitido do serviço público municipal em 05 de outubro de 2011 não lhe retira o direito de obter o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez perante o Instituto agravado, já que, o fato gerador do benefício ocorreu antes de sua demissão.*
>
> *E ainda que o agravante tivesse sido acometido de doença incapacitante após seu desligamento do serviço público municipal faria jus ao benefício, isso porque a lei previdenciária pertinente (Lei Complementar n. 64/2004) dispõe em seu art. 9º, II, que o servidor que for exonerado ou demitido manterá a qualidade de segurado durante 24 (vinte e quatro) meses, se contar, com no mínimo 120 (cento e vinte) contribuições ininterruptas para a previdência social municipal.*

Assim, considerando que o agravante contribui para o IMPCG desde o ano de 1978, ou seja, possui mais de 120 (cento e vinte) contribuições previdenciárias ininterruptas, faz jus a ser mantido na qualidade de segurado da previdência municipal por 24 (vinte e quatro) meses após sua demissão ocorrida em 05/10/2011.

Por tais circunstâncias é possível concluir que se o agravante faria jus a aposentadoria por invalidez após seu desligamento do serviço público municipal, faz jus a aposentadoria por invalidez pleiteada, já que, a aposentadoria por invalidez foi homologada pela Junta Médica competente antes de sua demissão.

Para que não paire dúvida acerca da intenção do legislador de conceder aposentadoria por invalidez aos servidores municipais enquanto mantidos na qualidade de segurados da previdência social, após sua exoneração ou demissão, é forçoso trazer à baila o disposto no art. 8º, I, II e §§ 1º e 2º, da nova lei previdenciária, Lei Complementar n. 191, de 22 de dezembro de 2011, publicada no DIOGRANDE, em 26 de dezembro de 2011 e republicada no DIOGRANDE n. 3.434, de 09 de janeiro de 2011, que assim estabelecem:

Art. 8º - O servidor que for exonerado ou demitido manterá a qualidade de segurado, independentemente de contribuições, durante:

I – doze meses, se contar com, no mínimo, sessenta contribuições, ininterruptas ao PREVI-CAMP.

II – vinte e quatro meses, se contar com, no mínimo, cento e vinte contribuições ininterruptas ao PREVI-CAMP.

§ 1º Durante os prazos deste artigo, são assegurados os benefícios de aposentadoria por invalidez, pensão e auxílio-reclusão. (destacamos)

§ 2º A contagem dos prazos deste artigo inicia-se a partir da data da exoneração ou demissão.

Por todas essas circunstâncias evidencia-se que a luz da legislação previdenciária aplicável ao caso em comento, o agravante faz jus a aposentadoria por invalidez." (f. 336-338)"

Destarte, consoante esclarecido pelo IMPCG e de acordo com o artigo 8º da Lei Complementar Municipal n. 191/2011, reconhecido o direito à aposentadoria por invalidez pelo autor, deve o benefício ser mantido por 24 meses a partir da data da demissão, in casu, a partir de 5 de outubro de 2011, findando em 5 de outubro de 2013.

Assim, reconhecido o direito à aposentadoria por invalidez desde 11.05.2011, esta realmente deve ser concedida desde esse momento e mantida até 5 de outubro de 2013, quando o autor perde a condição de segurado e advém inafastavelmente as consequências da penalidade aplicada.

Demitido na atividade, a consequência com o reconhecimento do direito à aposentadoria por invalidez é da cassação da aposentadoria com o fim do lapso temporal concedido pela condição de segurado, como consignado, em 5 de outubro de 2013.

Acerca do tema, objetivamente leciona José dos Santos Carvalho Filho:

"O ato de aposentadoria do servidor pode estar contaminado de vício de legalidade, como ocorre com qualquer ato administrativo. Quando tal ocorrer, o caso é de invalidação do ato, devendo o servidor retornar à atividade.

> *A cassação da aposentadoria, porém, tem natureza diversa. Cuida-se de penalidade por falta gravíssima praticada pelo servidor quando ainda em atividade. Se essa falta fosse suscetível, por exemplo, de pena de demissão, o servidor não faria jus à aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e obtido a aposentadoria, deve esta ser cassada. Trata-se, por conseguinte, de penalidade funcional, ainda que aplicada a servidor inativo.*
>
> *Registre-se, por oportuno, que não há direito adquirido do ex-servidor ao benefício da aposentadoria, se tiver dado ensejo, enquanto em atividade, à pena de demissão. Por isso, inteiramente cabível a cassação de aposentadoria. Na verdade, até mesmo a aposentadoria compulsória de magistrado, que tem natureza punitiva, está sujeita à cassação se decisão superveniente a decretar em razão de condenação à perda de cargo. Semelhante solução tende a evitar que a aposentadoria (que – devemos lembrar – enseja remuneração) sirva como escudo para escamotear infrações gravíssimas cometidas pelo ex-servidor anteriormente, sem que se lhe aplique a necessária e justa punição."*

Não há como manter a aposentadoria por invalidez pelo prazo superior àquele previsto no artigo 8º, II, da Lei Complementar Municipal n. 191/2011, ou seja, por mais de 24 meses da demissão aplicada, que se converte em cassação por aposentadoria por consectário lógico.

Robustece a conclusão acima o entendimento do Supremo Tribunal Federal a exemplo do seguinte julgado:

> *EMENTA: 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. Servidor público: legitimidade da pena de cassação de aposentadoria, por ilícito administrativo cometido pelo servidor ainda na atividade, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RMS 24.557, 2ª T., 2.9.2003, Carlos Velloso, DJ 7.12.95; MS 21.948, Pleno, 29.9.1994, Néri da Silveira, DJ 26.9.2003). 3. Recurso extraordinário: descabimento: controvérsia relativa à imposição da pena de cassação de aposentadoria à agravante, que demanda o reexame dos fatos e provas que permeiam a lide: incidência da Súmula 279.* (STF, AI 504188 ED, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 11-11-2005 PP-00029 EMENT VOL-02213-05 PP-00912 LEXSTF v. 28, n. 325, 2006, p. 142-146) (g.n.)

Assim sendo, deve ser adequada a sentença de instância singela para delimitar o interregno de pagamento dos proventos da aposentadoria por invalidez para o período de 11.5.2011 a 5.10.2013, salientando que deve ser observado no período de 11.5.2011 a 5.10.2011 se houve diferença remuneratória entre o auxílio-doença pago e os proventos da aposentadoria por invalidez, estando expressamente vedada o pagamento cumulado de ambos os benefícios. Eventuais diferenças e valores devem ser corrigidos, nos termos do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997 com a redação conferida pela Lei n. 11.960/2009, isto é, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, segundo inteligência do REsp 1270439/PR, de relatoria do Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013 sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, o que impõe adoção aos casos análogos.

Ônus sucumbenciais

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

Configura-se a verba como remuneração do profissional que despende seu tempo, trabalho e conhecimento no acompanhamento da causa, não podendo ser esta prestação subestimada.

No caso concreto, o autor ajuizou ação anulatória c.c. obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais em face da Fazenda Pública, restando vencedor em parte apenas em relação ao pedido da obrigação de fazer, de modo que cabível o arbitramento de honorários advocatícios de acordo com o preconizado no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, segundo o qual será fixada conforme a apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c " do § 3º do mesmo artigo. A propósito o teor do referido artigo e seus parágrafos:

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

Como venho reiteradamente afirmando em meus julgados, nada justifica que os honorários, embora fixados em conformidade com o § 4º do artigo 20 supra mencionado, deixem de ser arbitrados com base na valoração do trabalho do advogado e em conformidade com as diretrizes das alíneas "a" a "c" do § 3º do referido dispositivo, aproximando-se, tanto quanto possível, observada a razoabilidade, entre o percentual mínimo e máximo previsto no mesmo dispositivo.

In casu, o magistrado a quo, ao sentenciar, fixou os honorários advocatícios em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). Pelas peculiaridades da matéria, levando em consideração as diretrizes das alíneas do artigo supracitado, aplicáveis em razão das disposições contidas no § 4º do mesmo dispositivo, a repercussão econômica, o tempo da demanda, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, penso que a quantia se revela adequada para remunerar condignamente o causídico.

Em atenção ao provimento do reexame necessário, devem os ônus sucumbenciais serem redistribuídos, especialmente porque a sucumbência prevalecente é essencialmente quantitativa, ou seja, ponderada de acordo com o número de pedidos formulados e albergados judicialmente, razão por que fixo a condenação em 75% para o autor e 25% para os réus, autorizada a compensação da verba honorária, nos termos assegurados pela Súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Em razão do exposto, não conheço do recurso do Município de Campo Grande, tendo em vista sua manifesta intempestividade; nego provimento ao recurso de Amarildo Candido de Almeida; dou parcial provimento ao recurso do IMPCG para reformar em parte a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido de obrigação de fazer, condenando os requeridos à implantação do benefício aposentadoria por

invalidez a partir de 11.05.2011, estendendo-a por mais 24 meses a partir da cientificação da demissão (5.10.2011), ou seja, até 5.10.2013, momento em que deve ser definitivamente cassada, segundo previsão do artigo 8º da Lei Complementar Municipal n. 191/2011.

Eventuais diferenças e valores devem ser corrigidos, nos termos do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997 com a redação conferida pela Lei n. 11.960/2009, isto é, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09.

Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período (REsp 1270439/PR), restando expressamente vedada a cumulação dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Como consectário, redistribuo os ônus sucumbenciais, fixando a condenação pelos mesmos em 75% para o autor e 25% para os réus, autorizada a compensação da verba honorária, nos termos assegurados pela Súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça e com as ressalvas do artigo 12 da Lei n. 1.960/1950 em relação ao autor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Amarildo Candido de Almeida, deram parcial provimento ao recurso de Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande - IMPCG e não conheceram o recurso do município de campo grande, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 03 de fevereiro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0803152-08.2013.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – PROCESSO CIVIL – SEGURO PRESTAMISTA – DÉBITO POSTERIOR AO ÓBITO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – AFASTADA.

A teor da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, a oferta de seguro por companhia seguradora vinculada a instituição financeira, dentro de agência bancária, implica responsabilidade solidária da empresa de seguros e do Banco perante o consumidor, até porque não se desincumbiu do ônus probatório que lhe recaia.

PROCESSUAL CIVIL – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SEGURADORA – ARGUIÇÃO REJEITADA.

Evidenciada a afirmação da empresa do mesmo grupo econômico que foi firmado o indigitado contrato de seguro, em ratificação à assertiva da autora, nada há que autorize a exclusão da seguradora do polo passivo da lide.

PROCESSUAL CIVIL – INTERESSE DE AGIR – MATÉRIA AFETA AO MÉRITO.

Confundindo-se a matéria deduzida como preliminar e relativa a uma suposta falta de interesse de agir, examina-se a arguição como matéria de fundo, quando da análise do mérito da demanda.

MÉRITO – SEGURO PRESTAMISTA – LANÇAMENTO DE DÉBITO DAS PARCELAS POSTERIORMENTE AO ÓBITO DO CONTRATANTE – DEVER DE RESTITUIÇÃO – LIQUIDAÇÃO DO EMPRÉSTIMO QUE INCIDE A PARTIR DO FALECIMENTO.

Sendo inconteste que mesmo após a morte do contratante a instituição financeira continuou a debitar as parcelas na conta-corrente por mais de um ano depois, conforme se infere dos extratos bancários colacionados, deve ser assegurado aos beneficiários a restituição dos valores, já que o objetivo do seguro prestamista é justamente resguardar o segurado ou beneficiário em caso de invalidez, desemprego ou morte.

DIREITO CIVIL – LANÇAMENTO INDEVIDO EM CONTA CORRENTE – CIÊNCIA DO ÓBITO NÃO DEMONSTRADA – ENGANO JUSTIFICÁVEL – DEVOLUÇÃO QUE DEVE SE DAR DE FORMA SIMPLES – RECURSO ADESIVO IMPROVIDO.

Restando impossibilitado averiguar sobre a data da ciência pelo banco e seguradora do falecimento do contratante e se após isso continuou a instituição financeira a descontar indevidamente as parcelas do empréstimo da conta-corrente conjunta existente com a autora, não há como se presumir a culpa ou a má-fé na atitude perpetrada, motivo pelo qual se afasta a pretensão de restituição em dobro.

CORREÇÃO MONETÁRIA – SEGURO PRESTAMISTA – TERMO INICIAL – ATUALIZAÇÃO DE CADA PARCELA DESDE O DÉBITO INDEVIDO.

A correção monetária, enquanto instituto que serve para manter o poder aquisitivo do valor, deve incidir desde a data em que deveriam ter sido liquidadas as parcelas do empréstimo pelos réus.

JUROS DE MORA – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – RECURSO NÃO CONHECIDO QUANTO A ESTE PONTO.

Inexistente a sucumbência quanto à pretensão de modificação do termo inicial dos juros de mora, porquanto a sentença adotou o mesmo entendimento defendido no recurso, constatando-se, assim, a ausência de interesse recursal.

Recurso da seguradora parcialmente conhecido e, quanto à parte conhecida, improvido. Recursos do Banco do Brasil S.A. e adesivo da autora conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares, negar provimento aos recursos do Banco do Brasil S/A e de Tania Regina Pereira Hypolito, conhecer em parte do recurso de Companhia de Seguros Aliança do Brasil S/A e, nesta parte, negar provimento.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Banco do Brasil apela às f. 203-227 da sentença de f. 191-200, proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, Dr. Plácido de Souza Neto, nos autos da Ação de Cobrança de Repetição de Indébito ajuizada por Tania Regina Pereira Hypolito em face também de BB Seguros Companhia de Seguros Aliança do Brasil, que julgou parcialmente procedente o pedido para "*a) Condenar os réus, solidariamente, a ressarcirem a autora os valores descontados indevidamente em sua conta bancária, na forma simples, no importe de R$ 5.634,84 (cinco mil seiscentos e trinta e quatro reais e oitenta e quatro centavos) atualizado pelo INPC desde o efetivo desconto e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. b) Condenar os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono do requerente que fixo em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, considerando o grau de zelo profissional e a reduzida complexidade e a duração da demanda (CPC, art. 20, § 3º)*"

Argui, preliminarmente, ilegitimidade para figurar no polo passivo, uma vez que se qualifica na relação apenas como estipulante-mandatária na contratação do seguro, o qual se deu diretamente pela Companhia de Seguros Aliança do Brasil.

Também aventa falta de interesse processual da autora, porquanto agiu dentro das disposições legais, inexistindo conduta dolosa ou culposa de sua parte que lhe confira interesse de agir.

No mérito, sustenta a ausência de culpa e, por consequência, ato ilícito para a pretendida responsabilização, nos termos do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, até porque não participou da relação negocial, atuando como mero cobrador, isto é, no estrito cumprimento do dever legal.

Rechaça o dano moral e sua comprovação.

Por outro vértice, insurge-se contra o valor arbitrado a título reparatório, aduzindo a necessidade de ser adequado sob pena de configurar enriquecimento ilícito.

Ao final, pugna pelo provimento do apelo.

Igualmente irresignada, BB Seguros - Companhia de Seguros Aliança do Brasil interpõe recurso de apelação (f. 231-242), suscitando preliminar de ilegitimidade passiva, ventilando que não existe nenhum tipo de cobertura contratada com a seguradora, de modo que ausente uma das condições da ação e necessária a extinção do feito sem resolução do mérito nos termos do artigo 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

Meritoriamente, pondera que não há contratação pelo de cujus de nenhuma cobertura securitária que imponha à seguradora obrigação de pagar um sinistro.

Fustiga a inversão do ônus da prova aplicada na sentença, pois ausentes requisitos de verossimilhança mínimos para tanto, a teor dos artigos 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Em atenção ao Princípio da Eventualidade, defende a incidência da correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de mora desde a citação inicial.

Por fim, requer o provimento recursal.

Contrarrazões às f. 252-264.

Adesivamente, Tania Regina Pereira Hypolito também apela, aventando que não há necessidade que o fornecedor de produtos ou prestador de serviços tenha agido de má-fé na cobrança indevida para que a repetição do indébito se dê em dobro, motivo pelo qual pleiteia o provimento do recurso para que sejam os réus condenados a devolver em dobro os valores descontados.

Contrarrazões às f. 268-287 e 288-293.

VOTO

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

Trata-se de três apelações cíveis interpostas por todas as partes litigantes em face da sentença de primeiro grau de f. 191-200, proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, Dr. Plácido de Souza Neto, nos autos da Ação de Cobrança de Repetição de Indébito, com o seguinte raciocínio:

> *"Aduziu a parte autora que os réus descumpriram contrato de seguro acessório ao contrato de financiamento celebrado por seu falecido esposo, efetuando desconto indevido das parcelas do empréstimo durante os meses de janeiro a dezembro de 2011.*
>
> *A controvérsia instaurada nestes autos diz respeito à contratação de apólice de seguro junto à ré Companhia de Seguros Aliança do Brasil S/A, o que evidenciará a responsabilidade por eventuais descontos indevidos na conta da autora.*
>
> *Apesar do réu Banco do Brasil não negar em sua contestação a contratação de apólice de seguro perante a ré Companhia de Seguros Aliança do Brasil S/A, para o fim*

de se evitar futura alegação de nulidade, foi deferida a produção de prova documental nestes autos.

Diante da hipossuficiência técnica da autora e da verossimilhança das alegações, em parte confirmadas pelo banco réu, pelo extrato e anotação de f. 15, foi invertido o ônus da prova e determinado ao Banco do Brasil S/A que juntasse aos autos cópia do instrumento de contrato celebrado com o falecido marido da autora (f. 163).

(...)

In casu, intimado a trazer aos autos documentos relacionados ao contrato de financiamento e de seguro, o Banco do Brasil S/A quedou-se inerte. Diante disso, outra solução não resta senão impor-lhe as consequências daí advindas, devendo a parte ré arcar com o mau êxito na produção da prova.

(...)

Convém mencionar, neste ponto, que seguro prestamista é a modalidade de seguro que objetiva garantir a liquidação de dívida decorrente de contrato em razão de debilidade permanente, desemprego ou morte do Segurado.

(...)

Sendo o Banco do Brasil S/A a instituição financeira que divulgou o produto, negociou e recebeu o valor do prêmio, como admitiu à f. 54, responde solidariamente com a seguradora, independentemente de qual seja a instituição que entabulou o contrato de seguro.

Além disso, necessário salientar que a Companhia de Seguros Aliança do Brasil é seguradora pertencente ao mesmo grupo financeiro que o Banco do Brasil, instituição financeira do contrato de financiamento. (...)

Destarte, os réus devem ser condenado, solidariamente, a ressarcir a autora do prejuízo decorrente do não cumprimento de contrato de seguro, consubstanciado pelos descontos indevidos efetuados na conta corrente da ré, que totaliza a quantia de R$ 5.634,84 (cinco mil seiscentos e trinta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), no período indicado na Prefacial.

(...)

Ante o exposto, hei por bem julgar parcialmente procedente o pedido contido na inicial para o fim de:

a) Condenar os réus, solidariamente, a ressarcirem a autora os valores descontados indevidamente em sua conta bancária, na forma simples, no importe de R$ 5.634,84 (cinco mil seiscentos e trinta e quatro reais e oitenta e quatro centavos) atualizado pelo INPC desde o efetivo desconto e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

b) Condenar os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono do requerente que fixo em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, considerando o grau de zelo profissional e a reduzida complexidade e a duração da demanda (CPC, art. 20, § 3º)".

Contra esse teor decisório analiso, por ordem de prejudicialidade, os apelos manejados.

Do recurso do Banco do Brasil S.A.

Ilegitimidade passiva:

Argui o apelante ilegitimidade para figurar no polo passivo, porquanto se qualifica apenas como estipulante-mandatária na contratação do seguro que se deu diretamente com a Companhia de Seguros Aliança do Brasil.

Contra esse teor decisório analiso, por ordem de prejudicialidade, os apelos manejados.

nos autos quando da apresentação da contestação às f. 53-68, ocasião em que especificamente aduziu ilegitimidade passiva por esse motivo, contudo não cumpriu a determinação judicial de f. 163 para juntar a cópia do instrumento de contrato celebrado com o falecido marido da autora, inclusive suas cláusulas gerais e contrato acessório de seguro, segundo informou a certidão de f. 170.

Esse contexto aponta que o banco não se desincumbiu do ônus que lhe recaía, prevalecendo a assertiva da autora de que a apólice de seguro não foi adequadamente informada e da responsabilidade solidária das parcelas indevidamente debitadas na conta-corrente do contratante falecido.

Corroboram esse entendimento diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, *exempli gratia*:

> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA E INVALIDEZ. INTERMEDIADOR. LEGITIMIDADE PASSIVA. POSSIBILIDADE. DENUNCIAÇÃO. LIDE. ATRIBUIÇÃO. RESPONSABILIDADE. TERCEIRO. INADMISSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.*
>
> *I.* ***O agente que intermedeia a contratação de seguro é parte legítima para figurar na ação de cobrança da indenização securitária se, com seu comportamento, faz crer ao contratante que é responsável pela cobertura****.*
>
> *II. É inadmissível a denunciação da lide, com fundamento no artigo 70, III, do Código de Processo Civil, se busca o denunciante eximir-se da responsabilidade pelo fato e atribuí-la a terceiro.*
>
> *III. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.* (STJ, REsp 1041037/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 17/09/2010) (g.n.)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. COBRANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ESTIPULANTE. SEGURO RELAÇÃO DE CONSUMO. SEGURO CONTRATADO NO INTERIOR DO BANCO. SÚMULA Nº 83/STJ. QUESTÃO DECIDIDA COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA CAUSA. SÚMULA Nº 7/STJ.*
>
> *1. "****É parte legítima para responder à ação em que é cobrado o cumprimento do contrato de seguro o banco que divulga o produto, recebe o valor do prêmio, expede apólice e presta as informações necessárias ao segurado****. Precedentes do STJ"* (REsp 592.510/RO, Rel. Ministro Barros Monteiro, DJ 3/4/2006).
>
> *2. "****Na esteira de precedentes desta Corte, a oferta de seguro de vida por companhia seguradora vinculada a instituição financeira, dentro de agência bancária, implica responsabilidade solidária da empresa de seguros e do Banco perante o consumidor****"* (REsp 1.300.116/SP, Rel. Ministra Nanacy Andrighi, DJe 13/11/2012).

> *3. Estando o acórdão recorrido em perfeita harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça incide a Súmula nº 83 desta Corte, aplicável por ambas as alíneas do permissivo constitucional.*
>
> *4. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do Tribunal de origem quanto à solidariedade passiva do banco na demanda, mister se faz a revisão do conjunto fático dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado ante o óbice da Súmula nº 7 desta Corte.*
>
> *5. Agravo regimental não provido.* (STJ, AgRg no REsp 1040622/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 12/12/2013) (g.n.)

Destarte, rechaço a preliminar aventada.

Preliminar de falta de interesse processual.

O banco recorrente argumenta, ainda, que agiu dentro das disposições legais, inexistindo conduta dolosa ou culposa de sua parte, de tal sorte que à autora falta interesse de agir.

Ora, essa matéria é de mérito e não se insere dentro dos limites da preliminar deduzida, porquanto esta diz respeito apenas à aferição, in concreto, da necessidade e utilidade do uso da via eleita pela autora, na busca da concretude do seu alentado direito, posto na inicial.

Não é o caso da matéria deduzida pelo recorrente, na medida em que estabelecer se houve conduta dolosa ou culposa de sua parte é típica matéria que diz respeito ao mérito dos fatos e fundamentos expostos na inicial e na defesa, ali devendo então ser examinada a arguição dessa defesa.

Mérito:

Alega a instituição financeira a ausência de ato ilícito a amparar a pretensão ao argumento de que não participou da relação negocial, tendo atuado no estrito cumprimento do dever legal.

Sem razão, porém.

É inconteste que mesmo após a morte do contratante em 12 de novembro de 2010 (certidão de óbito à f. 13), o apelante continuou a debitar as parcelas na conta-corrente até dezembro de 2011, conforme se infere dos extratos bancários de f. 18-29.

Ademais, ao que tudo indica o seguro prestamista, ou seja, aquele que objetiva a quitação de uma dívida em caso de morte, invalidez ou desemprego, foi formalizado dentro da instituição financeira e por indicação desta, já que do mesmo conglomerado econômico, isto é, a seguradora e o banco formaram uma cadeia de fornecedores, promovendo a entidade bancária a venda de seguros em seus estabelecimentos.

Tais circunstâncias evidenciam, indene de dúvidas, que a autora deve ser restituída dos valores indevidamente debitados nesse período, até porque ausentes as condições do seguro ou qualquer outra situação que afaste o direito da autora, na medida em que invertido o ônus da prova às f. 162-163 e liquidado o contrato (f. 15) em janeiro de 2012, ou seja, antes do vencimento inicialmente avençado para o dia 02.08.2013, nos termos do comprovante de solicitação de empréstimo de f. 16-17.

Acentue-se, assim, que não se desincumbiu o apelante do ônus que lhe era afeto, conforme previsão do artigo 333, II[1], do Código de Processo Civil. Compete, então, ao condutor do processo, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza. Mesmo pleiteado e conferida a dilação de prazo para a juntada dos documentos relevantes ao deslinde do feito (f. 167-168), nada trouxe (f. 170).

Portanto, sob qualquer ângulo que se analise o pedido de cobrança, vislumbra-se irreprimível a sentença vergastada.

Do recurso de BB Seguros Companhia de Seguros Aliança do Brasil

Ilegitimidade passiva

Suscita a preliminar de ilegitimidade passiva, ventilando que não existe nenhum tipo de cobertura contratada com a seguradora, de modo que ausente uma das condições da ação.

Novamente compulsando os autos, extrai-se que ao contestar o feito, o Banco do Brasil S.A. confirmou a existência do seguro firmado pelo *de cujus* Antonio Hypolito Neto, tanto que asseverou: "a Instituição Financeira apenas figurou na mencionada relação processual como estipulante-mandatária na contratação do seguro, o qual se deu diretamente com a Companhia de Seguros Aliança do Brasil" (f. 54).

Como bem esclareceu o ilustre magistrado sentenciante (f. 197-198): "(...) necessário salientar que a Companhia de Seguros Aliança do Brasil é seguradora pertencente ao mesmo grupo financeiro que o Banco do Brasil, instituição financeira do contrato de financiamento. Com efeito, de acordo com informações disponíveis no sítio do Banco do Brasil S/A em seu sítio na internet , a Companhia de Seguros Aliança do Brasil foi criada pelo Banco do Brasil e pertence à área de seguridade do Conglomerado Banco do Brasil, o que evidencia o fato de estar vinculada à instituição financeira e confirma sua responsabilidade perante os prejuízos causados pelo não cumprimento do contrato de seguros. Especificamente sobre a relação de solidariedade entre o Banco do Brasil S/A e a Companhia de Seguros Aliança do Brasil, a jurisprudência pátria tem decidido o seguinte: (...) Evidenciada a responsabilidade solidária entre o Banco do Brasil S/A e a Companhia de Seguros Aliança do Brasil, o credor tem o direito de exigir e receber de qualquer ou de todos os devedores a dívida comum, consoante dispõe o artigo 275 do Código Civil".

Assim, existindo afirmação da empresa do mesmo grupo econômico que foi firmado o indigitado contrato de seguro, em ratificação à assertiva da autora, nada há que autorize a exclusão da ora apelante do polo passivo da lide.

Mérito

Rechaça a apelante a condenação em restituir os valores debitados indevidamente na conta-corrente conjunta do contratante falecido e da autora mesmo após a morte do primeiro.

Invoco os argumentos expendidos na análise do recurso do Banco do Brasil S.A.

Destaco, ainda, que não obstante as cópias das telas do sistema interno da seguradora afirmando a ausência de pactuação de contrato de seguro do *de cujus* consigo (f. 81), é certo que se trata de cópia produzida unilateralmente sem credibilidade para, por si só, afastar a pretensão deduzida em juízo.

1 Art. 333 do CPC: "O ônus da prova incumbe:
(...)
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

Além do mais, a questão da inversão do ônus da prova foi decidida na audiência realizada em 2 de setembro de 2014 (f. 162-163), sendo as partes intimadas já naquela oportunidade, no entanto, quedaram-se inertes, de modo que precluso o debate nessa fase processual.

Desse modo, escorreita a sentença de instância singela.

Da correção monetária e juros de mora

Insurge-se o recorrente quanto ao termo inicial dos juros moratórios, afirmando incidir desde a citação.

Porém, o que se observa é que o nobre julgador de primeiro grau aplicou o referido encargo exatamente como requerido pela seguradora em seu recurso, ou seja, a r. sentença foi favorável à suplicante nesta parte.

Carece, então, o réu de interesse recursal com relação à esta matéria, na qual não foi sucumbente, nenhuma situação mais vantajosa podendo obter com o julgamento do recurso nesta parte do decisum do que o que lhe foi concedido em primeiro grau de jurisdição.

A hipótese é típica de falta de interesse processual recursal, posto inexistir sucumbência da apelante no ponto atacado.

No tocante à correção monetária, trata-se de instituto que serve para manter o poder aquisitivo do valor, de modo que deve incidir com base no INPC desde a data em que deveriam ter sido liquidadas pelos réus.

Mutatis mutandis, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

> *RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. APÓLICE. DANOS MORAIS COM VALOR EM BRANCO. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DOS DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. ARTIGOS 46 E 47 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.*
>
> *(...)*
>
> *3. Contrato que deve ser examinado à luz dos artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor.*
>
> *4. A correção monetária incide desde a data da celebração do contrato até o dia do efetivo pagamento do seguro, pois a apólice deve refletir o valor contratado atualizado. Precedentes.*
>
> *5. Nas obrigações contratuais, os juros de mora devem incidir a partir da citação. Precedentes.*
>
> *6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.* (STJ, REsp 1447262/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 11/09/2014)

A intelecção vindicada pelo Tribunal de Cidadania é de que realmente se atualize o valor segurado de modo a garantir a contraprestação adequada do quanto pactuado. Assim sendo, correto o estipulado pela sentença de que as parcelas sejam atualizadas desde o efetivo desconto.

Do recurso adesivo de Tânia Regina Pereira Hypolito

Cinge-se a irresignação recursal quanto à forma da devolução dos valores descontados indevidamente da conta-corrente do contratante falecido, se simples ou em dobro, pois induvidosa que houve cobrança indevida e que gerou a diminuição da sua renda, gerando a obrigação de restituição desses valores.

Pois bem.

Incide, aqui, a norma do artigo 42 do CDC, segundo a qual "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

No caso apresentado, não há como se aferir se a instituição financeira e a seguradora tenham sido previamente notificadas do óbito do contratante Antônio Hypolito Neto ou quando isso se deu, razão por que prevalece a tese de engano justificável inserta no supracitado artigo apto a afastar a repetição em dobro do que foi indevidamente cobrado.

Restando impossibilitado averiguar sobre a data da ciência do falecimento e se após isso continuou a descontar indevidamente as parcelas do empréstimo da conta-corrente conjunta existente com a autora, não há como se presumir a culpa ou a má-fé na atitude perpetrada, motivo pelo qual se afasta a pretensão de restituição em dobro, de acordo com o que se extrai da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. APRECIAÇÃO DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CONSUMIDOR. VALOR PAGO INDEVIDAMENTE. CULPA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 283/STF.*
>
> *(...)*
>
> *3. Em relação à ofensa ao art. 42 do CDC,* ***este Tribunal Superior tem decidido que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor, porque "'o engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa'*** (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 9ª ed., Rio de janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 408)*"* (AgRg no AgRg no Ag 1.255.232/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/3/2011). (...)" (STJ. AgRg no Ag 1400388/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 10/11/2014).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE QUANDO NÃO COMPROVADA A MÁ-FÉ DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO NEGADO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. REVISÃO QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7 DO STJ.*
>
> *1.* ***Quanto à necessidade de devolução em dobro dos valores pagos a maior pelo mutuário, a jurisprudência deste Tribunal posiciona-se no sentido de que tal determinação só é possível em caso de demonstrada má-fé da instituição financeira.***
>
> *Na presente hipótese, o acórdão recorrido não pontou a respeito da ocorrência de má-fé, de modo que fica mantida a restituição do indébito na forma simples. Precedentes.*

(...)

4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 744.659/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015) (g.n.)

Nesse contexto, impõe-se a manutenção da sentença.

Dispositivo

Isso posto, conheço parcialmente do recurso de BB Seguros Companhia de Seguros Aliança do Brasil e integralmente do Banco do Brasil, rejeitando as preliminares de ilegitimidade passiva e negando provimento aos seus recursos. De igual forma, conheço do apelo adesivo de Tania Regina Pereira Hypolito e lhe nego provimento, mantendo incólume a r. sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares, negaram provimento aos recursos do Banco do Brasil S/A e de Tania Regina Pereira Hypolito, conheceram em parte do recurso de Companhia de Seguros Aliança do Brasil S/A e, nesta parte, negaram-lhe provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 03 de fevereiro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0001363-98.2008.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA (PRAD) – FIXAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA PARA O CASO DE INADIMPLEMENTO – LIMITADA EM 30% SOBRE O VALOR REAL DO IMÓVEL RURAL – FINALIDADE COERCITIVA – RESPEITO AO COMANDO JUDICIAL – MANUTENÇÃO DA MULTA – RECURSO DESPROVIDO.

A finalidade da multa coercitiva (astreintes) é pressionar o réu a cumprir a determinação judicial. Havendo descumprimento injustificado, impõe-se a aplicação da multa, sob pena de esvaziamento e perda de eficácia das decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

Tendo em vista que não houve cumprimento pela proprietária das condições avençadas no Termo de Ajustamento de Conduta e tampouco dos prazos concedidos para a restauração da área degradada no imóvel rural, é de ser mantida a multa diária limitada em 30% (trinta por cento) da referida área rural visando compelir a apelante ao cumprimento das determinações impostas na sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor, com o parecer.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Gracinda Ferreira de Almeida Prado interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ivinhema, nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para determinar à requerida a implantação do Cadastro Ambiental Rural (CAR), mediante protocolização de requerimento perante o órgão ambiental estadual em 60 (sessenta) dias. "*No mesmo prazo deverá indicar o programa de recuperação ambiental, qual o profissional contratado, estudos em andamento, tudo provado nos autos. Efetivado o cadastro ambiental, o polo passivo terá mais 60 dias para comprovar homologação do programa de recuperação ambiental ou pelo menos seu protocolo no órgão competente. Quanto à multa em uferms, penso que tal medida tumultua o cálculo, por isso, atento às diretivas do art. 461, §§ do CPC, delimito que a obrigação imposta, depois de tanto prazo concedido, implicará em multa de R$ 300,00 (trezentos reais) por dia*

de descumprimento." O valor da multa foi limitado em 30% do valor real do imóvel rural, podendo tal valor ser majorado em caso de reiterado descumprimento.

Alega que a limitação da multa em 30% do total da propriedade se mostra uma medida leonina e extremamente onerosa, pois a reserva legal que resta a recuperar é de pouco mais de 30 hectares, não guardando a multa qualquer proporcionalidade com a área a ser restaurada.

Afirma que quando da aquisição da propriedade já não possuía a totalidade da reserva legal, de modo que a apelante não praticou qualquer crime ambiental.

Argumenta que vem tentando resolver o problema há algum tempo, mas que somente não conseguiu em razão das diversas modificações das normas ambientais. Assim, não pode se conformar com uma multa tão elevada, pois não deu causa à irregularidade e tampouco à demora na regularização da situação.

Pleiteia a redução da multa para 20% (vinte por cento) sobre o valor apenas da área de reserva legal que remanesce ser regularizada, e não sobre a totalidade da propriedade.

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Gracinda Ferreira de Almeida Prado interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ivinhema, nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para determinar à requerida a implantação do Cadastro Ambiental Rural (CAR), mediante protocolização de requerimento perante o órgão ambiental estadual em 60 (sessenta) dias, fixando para tanto multa diária no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), limitada a 30% (trinta por cento) do valor real do imóvel, cujo valor poderá ser majorado em caso de reiterado descumprimento.

Segundo a inicial, a autora é proprietária do imóvel rural denominado Fazenda Santa Catarina, com área de 833,00 hectares, localizada na Gleba Alice (Rodovia BR 376, Km 130, Ivinhema/Nova Andradina, 08 Km à esquerda), no Município de Ivinhema/MS.

Consta que a referida proprietária se comprometeu a resgatar a área degradada em sua propriedade rural, bem como apresentar e realizar "Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD)", conforme Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduto. Contudo, não cumpriu com a obrigação assumida.

Assim, o Ministério Público Estadual ingressou com a presente ação Civil Pública visando a compelir a requerida ao cumprimento da obrigação de reparação de dano ambiental, apresentando o Projeto de Recuperação de Área Degradada- PRAD.

Em contestação, a requerida manifestou pela improcedência do pedido (f. 44-46).

Em audiência realizada às f. 66, a requerida se comprometeu a formalizar acordo perante o Ministério Público. Contudo, ao ser intimada para se manifestar em face do acordo de f. 72-81, proposto pelo *Parquet*,

a requerida informou ser desnecessária tal medida, já que estava empreendendo esforços para cumprir o Termo de Ajustamento de Conduta anteriormente firmado (f. 87/88).

Às f. 97-101, o autor pugnou pelo julgamento antecipado da lide. Já a requerida pleiteou pela suspensão do processo sob a alegação de que o cumprimento da obrigação "*não depende exclusivamente de sua pessoa, mas do próprio Estado, que demonstra total ineficiência, não realizando o geo-referenciamento e vistoria da área*" (f. 106/107).

Diante da entrada em vigência do Novo Código Florestal, o Ministério Público autor pleiteou incidentalmente o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 61-A da Lei 12.651/2012 e a consequente condenação da requerida nos termos da inicial (f. 121-150). Em vista disso, e considerando a existência de Ação Direta de Inconstitucionalidade tramitando perante o Supremo Tribunal Federal, o magistrado *a quo* suspendeu o andamento da presente ação (f. 154-156).

Pela decisão de fls. 160-165, o magistrado *a quo* determinou a intimação da requerida para informar nos autos: "*o tamanho da propriedade atualmente; -se efetuou o cadastro ambiental rural; como está a recuperação da área degradada (provas); - indique efetivação do PRA junto ao órgão ambiental estadual, ou naqueles casos de dispensa do PRA, deverá comprovar que procurou o órgão ambiental e elaborou cronograma de recuperação ambiental*". Foi também determinada a expedição de ofício à Secretaria Estadual de Meio Ambiente para informação acerca da constituição do Cadastro Ambiental Rural (CAR).

A requerida informou que juntou aos autos mapa atualizado da propriedade rural, mas no tocante à restauração da área degradada, informou que o IMASUL não estava recebendo qualquer pedido de registro no Cadastro Ambiental Rural e o PRAD só poderia ser realizado após a instauração desse registro (f. 168-169).

Às f. 172, consta ofício do IMASUL informando sobre a implantação do Cadastro Ambiental Rural no Estado de Mato Grosso do Sul.

O autor pugnou pela procedência dos pedidos (f. 176-178).

Na sentença o juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para determinar à requerida o cumprimento da legislação ambiental, fixando prazo de 60 (sessenta) dias a fim de que se comprove nos autos a protocolização de requerimento para implantação do CAR – Cadastro Ambiental Rural junto ao órgão ambiental estadual, indicando também o "*programa de recuperação ambiental, qual o profissional contratado, estudos em andamento, tudo provado nos autos*". Efetivado o cadastro ambiental rural, a requerida terá mais 60 (sessenta) dias para comprovar a homologação do programa de recuperação ambiental ou pelo menos seu protocolo no órgão competente, sob pena de multa diária de R$ 300,00, limitada a 30% (trinta por cento) do valor real do imóvel rural, que pode ser majorada em caso de reiterado descumprimento.

Irresignada a requerida apela a esta Corte objetivando a redução da multa para 20% (vinte por cento) sobre o valor apenas da área de reserva legal que remanesce ser regularizada, e não sobre a totalidade da propriedade.

A requerida não se insurge contra o valor diário da multa fixada (R$ 300,00), mas somente no que tange ao percentual de limitação de tal valor e a base de cálculo utilizada.

Logo, no presente recurso cabe perquirir se a multa diária limitada em 30% (trinta por cento) do valor real do imóvel rural deve ser mantida.

Tenho que sim.

Com efeito, segundo dispõe o art. 11 da Lei nº 7.357/1985, na ação civil pública que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva. Para tanto cominará multa diária compatível e suficiente ao cumprimento da prestação.

Vê-se, portanto que para estimular o cumprimento da obrigação imposta na sentença, aplica-se a multa em valor expressivo com o fim de exercer um papel coercitivo no ânimo do devedor. Assim, é inconteste que o seu valor não pode ser irrisório, sob pena de não caracterização do temor necessário.

Realmente, o que se busca com a fixação das *astreintes* na presente ação civil pública é justamente compelir a requerida ao cumprimento da obrigação específica, e não puni-la por sua desídia.

A propósito:

> *"EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. DESCUMPRIMENTO DE SUAS CONDIÇÕES. APLICAÇÃO DE MULTA. Recurso parcialmente provido o objetivo da multa ("astreintes") é obrigar o devedor ao cumprimento da obrigação específica definida no tac, impondo-se a sua aplicação. Tendo sido pactuada multa diária no tac, não há que se falar em arbitramento de multa com fundamento no art. 645 do CPC, sob pena de bis in idem".* (TJMG; AI 1.0223.14.009039-8/001; Rel. Des. Belizário Antônio de Lacerda; Julg. 24/02/2015; DJEMG 03/03/2015)

> *"Embargos à Execução. Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental. Título executivo extrajudicial. Execução da multa cominatória e da obrigação de fazer. Possibilidade. Valor da multa. Compatível com o prazo do inadimplemento. Manutenção. 1. O compromisso ou termo de ajustamento de conduta, nos termos do artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, reveste-se da natureza de título executivo extrajudicial. E a cominação de que trata o mesmo § 6º visa de forma clara a prevenir a ocorrência do inadimplemento em relação à obrigação assumida no compromisso firmado. Assim, a multa fixada no termo de ajustamento de conduta tem caráter de preceito cominatório, destinada a compelir o compromitente a cumprir a obrigação assumida, não se confundindo com cláusula penal compensatória, destinada a indenizar o credor de uma prestação por seu descumprimento. Logo, é possível a cumulação da execução da obrigação de fazer avençada e da multa quando não há o adimplemento. 2. Mantém-se o valor da multa diária estabelecida no termo de ajustamento de conduta quando, além de não ser exorbitante, representa o período de inadimplemento da obrigação. Ainda que represente quantia superior ao valor da obrigação, revela-se adequada a exigência, pois a multa não toma por parâmetro o custo para o cumprimento da obrigação, seu valor é estipulado a fim de constituir em estímulo ao obrigado para não deixar de cumprir a obrigação. Apelação não provida".* (TJ-PR 7616924 PR 761692-4 (Acórdão), Relator: Hamilton Mussi Correa, Data de Julgamento: 04/04/2012, 15ª Câmara Cível)

Desta forma, ao contrário do afirmado pela apelante, a multa diária fixada em R$ 300,00 (trezentos reais) terá mais poder de coerção tendo por base a limitação do seu valor em 30% (trinta por cento) do valor real da propriedade rural, e não sobre a área de reserva legal, sob pena de não atender a sua função precípua.

Ora, a redução do valor da multa para 20% (vinte por cento) e da sua base de cálculo (incidência apenas sobre área de reserva legal), como pretendido pela apelante, somente retardaria a recuperação da área degradada, o que não se pode tolerar, pois como se denota dos autos a requerida se comprometera perante o Ministério Público a regularizar a área de reserva legal da Fazenda Santa Catarina, de sua propriedade, no ano de 1998. Contudo, não cumpriu as condições avençadas no Termo de Ajustamento de Conduta de fls. 24-28, e de lá pra cá vem descumprindo todos os prazos concedidos com essa finalidade. Assim, não vejo razões jurídicas para acolher a sua pretensão recursal.

Aliás, tal situação inclusive foi considerada ao ser fixada a multa, pois o juiz singular ao estabelecer os critérios para limitação das *astreintes* em "*30% do valor real do imóvel rural*" destacou inclusive que "*a atual situação fática é de absoluta anarquia, porque o proprietário rural alega que a lei nova trouxe novos prazos, permitiu a contagem da área de APP (Área de Preservação Permanente) no cômputo da reserva legal (art. 15), mas não cumpre nenhuma das regras, nem a antiga, muito menos a nova*" (f. 181).

De outro vértice, não haverá a incidência da multa caso a requerida cumpra as determinações no prazo deferido na sentença. Aliás, não há dizer que eventual mora do órgão ambiental a impedirá de cumprir o comando sentencial, justamente porque a fluência da multa se dará somente em caso de sua inércia. Isso é assim porque ela deverá, no prazo de 60 (sessenta) dias, comprovar que efetuou o requerimento para implantação do Cadastro Ambiental Rural (CAR) perante o órgão ambiental estadual, juntando o protocolo nos autos, e indicar o programa de recuperação ambiental, mencionando o profissional contratado, estudos em andamento (f. 186). Após o cadastro ambiental rural, a requerida terá mais 60 (sessenta) dias para comprovar nos autos a "homologação do programa de recuperação ambiental ou pelo menos seu protocolo no órgão competente." (f. 186)

Sobreleva considerar também que somente será atingido o percentual de 30% (trinta por cento) do valor real do imóvel rural caso a apelante descumpra as determinações impostas na sentença, situação que inclusive foi objeto das contrarrazões ofertadas pelo Ministério Público. Confira-se:

> *"A multa que, obviamente, só será aplicada no caso de descumpridas as obrigações, apenas alcançará a quantia referente a 30% do valor real do imóvel rural, se o descumprimento for reiterado, sendo estabelecida tal porcentagem com quantum máximo, não havendo porque se preocupar a recorrente, já que afirma com certeza que irá cumprir integralmente os comandos da r. sentença, nos prazos nela fixados*." (f. 205)

Nessa medida, tenho que não há que se falar em modificação da multa fixada pela sentença recorrida, sob pena de desnaturação da finalidade daquela medida de apoio.

Cumpre salientar ainda, que o valor das *astreintes* pode ser alterado a qualquer tempo, quando se verificar que esta se tornou excessiva ou se modificar a situação em que foi cominada a multa, já que esta não caracteriza pena perpétua.

Aliás, este é o entendimento jurisprudencial do STJ:

> *"PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. ALTERAÇÃO DO VALOR. EXECUÇÃO. COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NO STJ. SÚMULA 7. JUROS DE MORA. SÚMULA 54.*
>
> *- O valor das astreintes pode ser alterado a qualquer tempo, quando se modificar a situação em que foi cominada a multa. (...)* (REsp 763975 / RS - Recurso Especial n.º 2005/0108036-8 Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros - Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma - Data do Julgamento 13/02/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 19.03.2007 p. 330 Ementa)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. MULTA. TERMO FINAL. CUMPRIMENTO INTEGRAL. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *I - Esta Corte Superior tem jurisprudência firmada no sentido de que, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao Juiz, de ofício ou a requerimento da*

parte, a imposição de multa cominatória ao devedor (astreintes), mesmo que seja contra a Fazenda Pública.

Não há razão para se estabelecer exceção onde o legislador não o fez.

II - Se a obrigação é de fazer ou não fazer, a multa diária deixa de correr, assim que o devedor cumpre aquilo que foi ordenado, também deixa de correr se e quando o credor requer a conversão da obrigação em perdas e danos, ou tornar-se impossível o cumprimento da obrigação específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

III- O termo inicial, para incidência da multa, será o dia subsequente ao prazo designado pelo juiz para o cumprimento da ordem e o termo final o dia anterior ao do efetivo e integral cumprimento do preceito, ou do dia em que for pedida a conversão em perdas e danos IV - Agravo interno desprovido.(AgRg no REsp 1213061/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011) (g.n.) (grifei)

"PROCESSO CIVIL - OBRIGAÇÃO DE FAZER – ASTREINTES - FIXAÇÃO DE TERMO FINAL. IMPOSSIBILIDADE.

- É lícito ao juiz modificar o valor e a periodicidade da astreinte (CPC, Art. 461, § 6º). Não é possível, entretanto fixar-lhe termo final, porque a incidência da penalidade só termina com o cumprimento da obrigação." (REsp 890900/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 17/03/2008, DJe 13/05/2008).

Destarte, impõe-se a manutenção da multa diária fixada, porquanto revela-se como única forma de dar efetividade ao comando sentencial.

Ante o exposto, conheço do recurso e, com o parecer, nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Revisor)

Peço vênia ao Ilustre Relator para dissentir do entendimento esposado por Vossa Excelência, e dar provimento ao Recurso da Apelante.

O TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) não é título executivo.

Trata-se de uma Ação Civil Pública, mas o Magistrado anota que o descumprimento da legislação não é ponto controvertido, conforme Decisão de f. 160/165, dando a entender (e não dizendo expressamente) que o TAC representa prova inequívoca. Todavia, o TAC não se constitui em prova inequívoca, até porque feito de forma impositiva; ou seja, não é um acordo propriamente dito mas determinada a adesão a ele sob pena de consequências ainda piores.

Dessa forma, entendo que a fixação da consequência do descumprimento, que é a multa, numa ação civil pública que toma por prova inequívoca o TAC, não seria sequer possível.

Ante o exposto, rogo licença ao eminente Relator para dar provimento ao presente Recurso, para, em reformando a Sentença apelada, reduzir a multa aplicada ao patamar de 20% sobre o valor da área de reserva legal, como requerido no Apelo.

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

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor, com o parecer.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação/Reexame Necessário nº 0801878-34.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS COLETIVOS – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA – REJEITADA – MÉRITO – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – OBRAS DE ESCOAMENTO DE ÁGUAS PLUVIAIS – OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO – INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES – CHUVAS QUE PROVOCAM A INUNDAÇÃO DE RESIDÊNCIAS – DANOS MORAIS E MATERIAIS COLETIVOS DEMONSTRADOS – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – MULTA COMINATÓRIA – VALOR MANTIDO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

A Defensoria Pública possui legitimidade para propor ação civil pública na qual se busca a tutela de interesses coletivos, conforme previsão contida no artigo 5º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985.

O Município tem o dever de adotar políticas urbanas no sentido de fiscalizar e promover o desenvolvimento organizado das cidades, realizando obras de infra-estrutura que evitem a exposição da população a riscos de desastres.

Constatada a omissão do Poder Público em promover obras de melhoramento do escoamento de águas pluviais, ocasionando a inundação de residências em dias de fortes chuvas, permite-se a ingerência do Poder Judiciário sem que haja violação ao princípio da separação dos poderes.

Demonstrados os requisitos da responsabilidade civil subjetiva, impõe-se ao Município o dever de indenizar pelos danos morais e materiais causados à população em decorrência da inundação de suas residências ou estabelecimentos.

Verificado que o valor das astreintes foi fixado de forma razoável e condizente com a urgência que o caso reclama, mostra-se imperiosa a sua manutenção.

É desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS COLETIVOS – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – MAJORAÇÃO – ARTIGO 20, §§ 3º E 4º, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Devem ser majorados os honorários de sucumbência quando a sua fixação não atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade bem como aos parâmetros delineados no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar. Por maioria, vencido o Revisor, dar parcial provimento ao apelo da Defensoria Pública e negar provimento ao recurso Município e ao reexame, nos termos do voto do Relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Trata-se de reexame necessário e de dois recursos voluntários, estes interpostos pela Defensoria Publica do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Município de Três Lagoas contra a sentença prolatada pela Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação civil pública que proposta pela primeira recorrente em face do segundo.

No recurso de apelação manejado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 201-210), foi argumentada a necessidade de majoração do valor dos honorários arbitrados em apenas R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Asseverou que o arbitramento feito na sentença não observou os comandos insertos no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Justificou que a verba honorária deve ser arbitrada no valor mínimo de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ao final, pediu o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar em parte a sentença apelada, majorando o valor da verba honorária.

Intimado, o Município de Três Lagoas deixou de apresentar contrarrazões (f. 233).

O Município de Três Lagoas também recorreu (f. 212-221) afirmando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da Defensoria Pública, uma vez que não restou demonstrada a real necessidade ou hipossuficiência do assistido.

No mérito, alegou que o pedido formulado na demanda consiste em impor à administração a adoção de obras físicas afetas ao exercício de discricionariedade administrativa, forçando a despesa orçamentária sem a necessária indicação de receita.

Destacou que a ordem imposta na sentença viola a autonomia municipal, ferindo o princípio da tripartição dos poderes e causando discriminação entre as urgências da comunidade.

Reverberou que a desobstrução das bocas de dragão é medida que já foi implementada, conforme demonstram documentos encartados aos autos.

Prequestionou toda a matéria debatida nos autos.

Ao final, requereu o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença apelada, reconhecendo a ilegitimidade ativa da Defensoria Pública ou, quanto ao mérito, julgando improcedente a pretensão inaugural.

Intimada, a Defensoria Pública apresentou contrarrazões (f. 226-232) pedindo o desprovimento do recurso.

A sentença também foi submetida ao reexame necessário (f. 196).

Em parecer (f. 242-266), a PGJ opinou pela rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública e, no mérito, pelo não provimento do apelo do Município de Três Lagoas e pelo provimento do apelo da Defensoria Pública Estadual, majorando os honorários de sucumbência.

VOTO (EM 26.01.2016)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de reexame necessário e de dois recursos voluntários, estes interpostos pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Município de Três Lagoas contra a sentença prolatada pela Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação civil pública proposta pela primeira recorrente em face do segundo.

Consta dos autos que a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul propôs ação civil pública em face do Município de Três Lagoas (f. 01-28) afirmando que em meados de 2007 foram realizadas obras de infra-estrutura na cidade, fechando parcialmente a galeria pluvial existente na Rua Jarí Mercante, no Bairro Jardim Alvorada, o que provocou o desvio de água para este logradouro, ocasionando enorme diminuição da capacidade de escoamento das águas pluviais e gerando inundação em dias de fortes chuvas. Também foi noticiado que os moradores da região sofreram grandes prejuízos com a inundação de suas residências e que nos autos de n.º 0006613-51.2009.8.12.0021 havia sido concedida tutela antecipada no sentido de determinar a promoção de obras de desobstrução das bocas de dragão, o que seria suficiente para a solução do problema de drenagem, mas que a determinação judicial não foi atendida.

Finalmente, a autora pretendeu fosse imposta ao Município a obrigação de fazer consistente na promoção de obras de desobstrução das bocas de dragão, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias e realize, se necessário, outras obras úteis e imprescindíveis ao aumento da capacidade de drenagem de águas pluviais na região afetada, sob pena de multa diária de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Pleiteou-se, também, a condenação do Município ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais coletivos causados ao interesse individual homogêneo.

Citado, o Município de Três Lagoas apresentou contestação (f. 159-163), agitando a preliminar de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública e, quanto ao mérito, insurgiu-se contra os pedidos formulados na peça inaugural.

Na sentença, a magistrada *a quo*, após afastar a preliminar suscitada na contestação, julgou procedentes os pedidos nos seguintes moldes (f. 182-196):

> *"(...)*
>
> *Pelo exposto, julgo procedente a presente ação, confirmando a antecipação de tutela deferida, para os fins de:*

1. Determinar ao requerido que, no prazo máximo de sessenta dias, promova as obras de desobstrução das bocas de dragão mencionadas no relatório de vistoria de fls. 67/108 suficientes à resolução do problema de drenagem, sem se descurar da devida manutenção e colocação de apetrechos que minimizem o ruído provocado pela passagem de veículos, bem como que realize, se necessário, outras obras úteis e imprescindíveis ao aumento da capacidade de drenagem de águas pluviais na região tratada nestes autos, suficientes para acabar com o problema de inundações em residências, sob pena de multa, no caso de inundação com danos para os moradores, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a cada evento.

2. Condenar o requerido no pagamento de valor indenizatório por danos morais e materiais sofridos pelos moradores lesados, a ser aferido e comprovado em liquidação de sentença por artigo.

No caso em exame a liquidação, na forma do art. 475-E do Código de Processo Civil, dar-se-á por artigos, eis que há a necessidade de comprovação de fato novo, qual seja, o real dano material e moral sofrido por cada um dos moradores lesados.

Condeno o requerido no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, a serem depositados no Fundo Especial para o Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Defensoria Pública – FUNADEP, estando isento das custas processuais.

Ex vi do inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil, determino que, decorrido o prazo de recurso voluntário, sejam os autos encaminhados ao Egrégio Tribunal de Justiça para reexame necessário, observadas as cautelas legais.

(...)".

Inconformadas, ambas as partes recorreram e a sentença também foi submetida ao reexame necessário.

Por ordem de prejudicialidade, analiso, simultaneamente, o reexame necessário e o recurso voluntário interposto por Município de Três Lagoas.

Reexame necessário e recurso de apelação interposto por Município de Três Lagoas.

O Município de Três Lagoas recorreu afirmando, resumidamente: (i) a preliminar de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública, uma vez que não restou demonstrada a real necessidade ou hipossuficiência do assistido; (ii) quanto ao mérito, que o pedido formulado na demanda consiste em impor à administração a adoção de obras físicas afetas ao exercício de discricionariedade administrativa, forçando a despesa orçamentária sem a necessária indicação de receita; (iii) que a ordem imposta na sentença viola a autonomia municipal, ferindo o princípio da tripartição dos poderes e causando discriminação entre as urgências da comunidade; (iv) que a desobstrução das bocas de dragão é medida que já foi implementada, conforme demonstram documentos encartados aos autos. Ainda, prequestionou toda a matéria debatida nos autos.

Preliminar

Ilegitimidade ativa da Defensoria Pública

Segundo afirma o Município, a Defensoria Pública não goza de legitimidade ativa para as demandas desta espécie, porquanto não demonstrada a real necessidade ou hipossuficiência do assistido.

Sabidamente são três as condições que permitem a regular admissibilidade da ação, quais sejam, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade das partes.

No tocante à legitimidade *ad causam*, para que o autor e o réu sejam partes legítimas é fundamental que, quanto ao primeiro, haja uma ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo, ou seja, em princípio deve ser titular da situação jurídica afirmada em juízo, conforme disposto no artigo 6º, do CPC.

Com relação ao requerido, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão formulada pelo autor. Logo, como regra, parte legítima para exercer o direito de ação é aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional (legitimidade ativa) bem como aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito (legitimidade passiva), ou seja, são os titulares dos interesses em conflito.

No caso dos autos, está evidenciada a legitimidade ativa da Defensoria Pública.

Sobreleva destacar que a presente ação civil pública foi proposta objetivando a implementação de política pública consistente na melhoria da drenagem de água pluvial em determinada localidade, bem como condenar o Município ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais causados à coletividade.

Nota-se, então, que a matéria envolve o restabelecimento da ordem urbanística, havendo genuíno interesse difuso que evidencia a legitimidade da Defensoria Pública.

A propósito, a Constituição Federal estabelece as funções da Defensoria Pública nos seguintes moldes:

> *"Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal".*

De acordo com o regramento constitucional, a Defensoria Pública figura como instituição essencial à justiça, exercendo papel de extrema notoriedade para o ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme o novo paradigma de assistência judiciária, a Defensoria Pública é o órgão responsável pela defesa e representação judicial e extrajudicial dos necessitados. E com relação às funções institucionais deste órgão, podemos citar o dever de prestar orientação jurídica aos necessitados (artigo 134, da CF). Já o artigo 5º, inciso LXXIV, da CF diz que tal assistência jurídica será prestada aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Ambos os dispositivos constitucionais não devem ser interpretados sob um aspecto literal como forma de definir o papel da Defensoria Pública no ordenamento jurídico. Se assim o fosse, suas atribuições ficariam limitadas àqueles hipossuficientes de recursos econômicos ou financeiros, ou seja, àquelas pessoas que não podem custear as despesas processuais tampouco contratar um advogado particular.

Na realidade, a doutrina orienta-se no sentido de interpretar o artigo 5º, inciso LXXIV e o artigo 134, da CF sob um enfoque jurídico-teleológico, considerando a realidade social contemporânea.

Baseado nessa interpretação teleológica, a função da Defensoria divide-se em duas hipóteses: (i) função típica, que é aquela desempenhada na defesa dos interesses dos hipossuficientes financeiros, situação em que a assistência jurídica ocorrerá tão somente em razão da capacidade econômica do cidadão;

(ii) função atípica, que são as atribuições da Defensoria Pública definidas pelo legislador ordinário, já que o texto constitucional não trouxe um rol exaustivo, permitindo a ampliação das hipóteses de atuação daquele órgão.

Nesse contexto, a Lei Complementar n.º 80/1994, que dispõe sobre as funções institucionais da Defensoria Pública, teve o rol de seu artigo 4º estendido pela Lei Complementar n.º 132/2009, passando à conferir-lhe atuação mais ampla. Vejamos:

> *"Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:*
>
> *(...)*
>
> *VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;*
>
> *(...)".*

A confirmação da ampliação da atuação da Defensoria Pública foi sedimentada com a alteração do artigo 5º, da Lei n.º 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), promovida pela Lei n.º 11.448/2007, passando a vigorar com a seguinte redação:

> *"Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:*
>
> *(...)*
>
> *II - a Defensoria Pública;*
>
> *(...)".*

Após muita discussão sobre a inovação legislativa que conferiu legitimidade à Defensoria Pública para propor ação civil pública, a questão restou superada com o julgamento da ADIn.º 3.943 ajuizada pela CONAMP, na qual se questionava a validade constitucional do artigo 5º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 e que permitiu que a Defensoria Pública proponha, sem restrição, ação civil pública afeta diretamente as atribuições do Ministério Público.

Em acórdão publicado em 06.08.2015, o Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade do artigo 5º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985. Vejamos:

> *"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE"* (STF; ADI 3943, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, Acórdão Eletrônico DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015).

Oportunamente, transcrevo trechos do voto proferido pela ilustre relatora da ADI n.º 3.943, Ministra Cármen Lúcia, *verbis*:

> *"(...)*
>
> *A percepção de que essas leis não seriam aplicadas sem que as medidas nelas previstas pudessem ser tomadas e exigidas por quem de direito justificou o movimento de ampliação do rol de legitimados inicialmente excluídos.*
>
> *24. Para Barbosa Moreira:*
>
> *'legitimação é a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimamente prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretenda assumir. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas in statu assertionis – isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará -, coincidem com as respectivas situações legitimantes' (MOREIRA, Barbosa. Ensaios e pareceres de direito processual civil – Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 59).*
>
> *25. A modernização dos instrumentos de tutela jurídica dispostos às instituições, em especial as responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais, foi também passo importante na construção desse sistema de processo coletivo que se pretende ver organizado e eficiente. Para a Autora, a Defensoria Pública não poderia defender, por ação civil pública, direitos coletivos (difusos e coletivos estrito senso – transindividuais) tampouco direitos individuais homogêneos porque a atuação da Defensoria está condicionada à identificação dos que comprovarem a insuficiência de recursos. Partindo da afirmativa de que, em ação civil pública, não são identificáveis e individualizáveis os hipossuficientes que poderiam se beneficiar dos serviços da Defensoria, esse instrumento processual não se adequaria aos limites impostos à instituição pela Constituição da República, pelo que a norma impugnada deveria ser declarada inconstitucional.*
>
> *Parece-me equivocado o argumento, impertinente à nova processualística das sociedades de massa, supercomplexas, surgida no Brasil e no mundo como reação à insuficiência dos modelos judiciários convencionais. De se indagar a quem interessaria o alijamento da Defensoria Pública do espaço constitucional-democrático do processo coletivo.*
>
> *A quem aproveitaria a inação da Defensoria Pública, negando-se-lhe a legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública?*
>
> *A quem interessaria restringir ou limitar, aos parcos instrumentos da processualística civil, a tutela dos hipossuficientes (tônica dos direitos difusos e individuais homogêneos do consumidor, portadores de necessidades especiais e dos idosos)? A quem interessaria limitar os instrumentos e as vias assecuratórias de direitos reconhecidos na própria Constituição em favor dos desassistidos que padecem tantas limitações? Por que apenas a Defensoria Pública deveria ser excluída do rol do art. 5º da Lei n. 7.347/1985?*
>
> *A ninguém comprometido com a construção e densificação das normas que compõem o sistema constitucional de Estado Democrático de Direito.*
>
> *(...)*

> *A despeito das diferenças funcionais e de organização entre essas duas instituições, como vem sendo confirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Defensoria Pública e Ministério Público têm atuado harmonicamente sempre em respeito e segundo as respectivas atribuições constitucionais. Representam ambas instituições assecuratórias dos direitos e garantias previstos na Constituição da República.*
>
> *(...)*
>
> *30. Em Estado marcado por inegáveis e graves desníveis sociais e pela concentração de renda, uma das grandes barreiras para a implementação da democracia e da cidadania ainda é o efetivo acesso à Justiça.*
>
> ***Estado no qual as relações jurídicas importam em danos patrimoniais e morais de massa devido ao desrespeito aos direitos de conjuntos de indivíduos que, consciente ou inconscientemente, experimentam viver nessa sociedade complexa e dinâmica, o dever estatal de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir essas enormes diferenças passa pela criação e operacionalização de instrumentos que atendam com eficiência as necessidades dos seus cidadãos****.*
>
> *38. Não se está a afirmar a desnecessidade de observar a Defensoria Pública o preceito do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição, reiterado no art. 134 (antes e depois da Emenda Constitucional n. 80/2014). No exercício de sua atribuição constitucional, deve-se sempre averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a instituição protege com os possíveis beneficiários de quaisquer das ações ajuizadas, mesmo em ação civil pública.*
>
> ***À luz dos princípios orientadores da interpretação dos direitos fundamentais****, acentuados nas manifestações do Congresso Nacional, da Advocacia-Geral da União e da Presidência da República,* ***a presunção de que, no rol dos afetados pelos resultados da ação coletiva, constem pessoas necessitadas é suficiente a justificar a legitimidade da Defensoria Pública, para não "esvaziar, totalmente, as finalidades que originaram a Defensoria Pública como função essencial à Justiça****" (fl. 550, manifestação da Advocacia-Geral da União).*
>
> ***Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública*** *(conforme determina a Lei n. 7.347/1985)* ***parece-me incondizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado****, menos ainda com a norma do art. 3º da Constituição da República: (...)"* – destacado.

Conclui-se, então, que a Defensoria Pública goza de legitimidade para a propositura de ação civil pública na qual se objetive a implementação de políticas públicas e a indenização pelos danos morais e materiais coletivos, sem que seja necessária a demonstração da hipossuficiência financeira do público-alvo.

Logo, rejeito esta preliminar.

Mérito

Quanto ao mérito do recurso voluntário e do reexame necessário, o cerne da questão posta em debate limita-se em saber: (i) se o Poder Judiciário pode determinar que a administração implemente obras físicas, uma vez que se trata de atividade discricionária; (ii) se há violação ao princípio da tripartição dos poderes; (iii) se restaram demonstrados os danos materiais e morais causados à coletividade; (iv) se deve ser reduzida a multa cominatória.

Da ordem de implementação de políticas públicas

O artigo 1º, inciso III, da CF inseriu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito Brasileiro, norma esta com *status* constitucional formal e material, alcançando a condição de valor jurídico fundamental.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema:

> *"(...) quando se fala – no nosso sentir equivocadamente - em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana. (...)*
>
> *Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica* (constitucional e infraconstitucional)" (Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 71-72).

Estribado no princípio da dignidade da pessoa humana e no valor e função sócio-integradora do Direito, é que o Administrador Público tem o dever de adotar políticas urbanas no sentido de fiscalizar o desenvolvimento organizado das cidades.

Não é por outra razão que a Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) dispõe que:

> *"Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:*
>
> *I – **garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito** à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, **à infra-estrutura urbana**, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;*
>
> *(...)*
>
> *VI – **ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar**:*
>
> *a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;*
>
> *b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;*
>
> *c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;*
>
> *d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;*
>
> *e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;*
>
> *f) a deterioração das áreas urbanizadas;*
>
> *g) a poluição e a degradação ambiental;*
>
> *h) **a exposição da população a riscos de desastres.***
>
> *(...)"* – destacado.

Na realidade, o Estatuto da Cidade apenas regulamentou direitos assegurados na Constituição Federal, segundo a qual *"a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes"* (artigo 182).

Comentando o artigo 182, da CF, Uadi Lâmmego Bulos sustenta que:

> *"A Constituição direcionou a política de desenvolvimento a objetivos intraurbanos. Por isso mencionou o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, com vista à garantia do bem-estar de seus habitantes. Ao fazê-lo, situou-se no estrito âmbito da competência municipal"* (Constituição Federal anotada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.372).

Portanto, é atribuição do Município o desenvolvimento e aprovação de obras de infraestrutura que assegurem o bem estar e a segurança coletiva.

Na hipótese dos autos, ficou evidenciado que o Município, em decorrência de obras anteriores, promoveu a obstrução parcial da galeria pluvial existente na Rua Jari Mercante, provocando a diminuição na capacidade de escoamento de águas pluviais, conforme demonstra o Relatório de Vistoria n.º 085-10 DAEX/CORTEC – PGJ (f. 67-99).

Inclusive, referido relatório, subscrito por dois engenheiros civis, pontuou o seguinte:

> *"(...)*
>
> *Desde a vistoria executada pelo DAEX (RELATÓRIO DE VISTORIA N.º 126-05DAEX/CORTEC – PGJ) até esta, a qual estamos avaliando, houve mudanças significativas na obra implantada, mudanças estas que presumimos estar afetando negativamente a boa utilização do sistema de drenagem implantado, sendo elas:*
>
> *1 – Fechamento das seções das bocas de dragão (BD2 e BD3) de captação do escoamento superficial;*
>
> *2 – Redução das áreas das bocas de dragão (BD5 e BD6) principalmente as duas localizadas no fundo de 'vertente' da Avenida Jary Mercante;*
>
> *3 – Possível aumento da área de influência e/ou velocidade de captação que é recebida pela drenagem da Avenida Jary Mercante.*
>
> *4 – Possível chuva atípica, embora segundo relato de moradores chuvas com duração de mais de 1 hora, sempre tem inundação, depois de tampadas as bocas de dragão da Av. Jary M. e aberto o canal na Rua Visconde de Tamandaré de modo a favorecer a vazão pluvial do bairro Vila Nova conforme constatado in loco.*
>
> *(...)*
>
> *NA AVENIDA JARY MERCANTE*
>
> *Nesta avenida houve duas alterações significativas que influenciam negativamente na dinâmica das águas pluviais, principalmente na captação, que está relacionada a pode estar contribuindo consideravelmente com as enchentes no local.*
>
> *(...)*

> ***Recomendamos, ao município que providencie a reconstituição do projeto original, elaborado pela AGESUL, segundo dados técnicos do município de Três Lagoas, refazendo a seção transversal das quatro bocas de dragão (BD2 e BD3, BD5 e BD6) nos mesmos locais.***
>
> *(...)"* – destacado.

Não obstante o relatório ter sido confeccionado em maio de 2010, até a propositura desta ação civil pública (22.11.2012), persistia a omissão do poder público em promover obras eficazes no sentido de fazer cessar as constantes inundações nas residências da Rua Jari Marcante e adjacentes.

Oportuno frisar que é cada vez mais frequente a atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, ainda que de forma cautelosa, uma vez que deve ser evitada a violação de princípios constitucionais, mormente o da separação dos poderes.

Apenas para relembrar, a teoria da separação dos poderes defendida por Montesquieu estabeleceu uma divisão entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, onde cada qual conta com órgãos específicos, compostos por pessoas diferentes, tudo para se evitar o abuso de poder. Assim, um poder serviria para barrar outro poder.

A Constituição Federal de 1988 sofreu grande influência deste pensamento, estabelecendo inclusive que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei"* (artigo 5º, inciso II).

Hodiernamente, a atividade estatal é assim dívida: ao Poder Legislativo é atribuída a função típica de elaboração das leis; ao Poder Judiciário cabe a tarefa de aplicar a lei aos litigantes, estabelecendo regras concretas e produzindo coisa julgada; ao Poder Executivo incumbe a função administrativa.

Ademais, não se pode perder de vista que a atuação da Administração Pública, direta ou indireta, é limitada pelas determinações legais, por força do princípio da legalidade.

Hely Lopes Meirelles conceitua Administração Pública nos seguintes sentidos:

> *"Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do governo; em sentido material, é o conjunto de funções necessárias aos serviços em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da comunidade"* (Direito administrativo brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 60).

Nesse contexto, em razão do regime jurídico a que está submetida a Administração Pública, o agir do administrador público sofre restrições e, ao mesmo tempo, reveste-se de prerrogativas que colocam suas atividades em posição privilegiada ante o particular.

Em razão da ausência de codificação do direito administrativo, as prerrogativas e restrições a que se submetem a Administração Pública apresentam-se, muitas vezes, sob forma de princípios dentre os quais podemos citar o da indisponibilidade do interesse público, da supremacia do interesse público sobre o privado, da razoabilidade e da proporcionalidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Na hipótese em exame, interessa-nos apenas o princípio da legalidade, segundo o qual a atividade administrativa está previamente prevista na lei. Qualquer ação estatal sem a correspondente previsão legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.

Contudo, existem casos em que a lei autoriza que o administrador escolha entre uma conduta ou outra, havendo uma margem de liberdade de optar pelo caminho a ser seguido para chegar ao fim almejado. Nestes casos, diz-se que a atuação administrativa é discricionária.

E com relação ao controle judicial dos atos discricionários, apesar de haver alguma divergência a respeito do tema, fato é que não há qualquer proibição, devendo ser admitida a intervenção do Poder Judiciário, desde que observado o princípio da proporcionalidade (legalidade em sentido amplo).

Também será lícito o controle judicial do ato administrativo discricionário quando restar caracterizada a omissão da Administração com relação a preceitos determinados pelo constituinte, mormente se tal omissão diz respeito a direito fundamental.

No caso *sub examine*, não restam dúvidas de que a determinação contida na sentença encontra guarida na Carta Magna, notadamente porque há evidente omissão da administração, admitindo-se a intervenção do Poder Judiciário sem que haja violação ao princípio da separação dos poderes.

A propósito, esse vem sendo o posicionamento dos Tribunais pátrios:

> *"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SANTA MARIA. IMPLEMENTAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ESTRUTURA DE ESCOAMENTO DE ÁGUAS PLUVIAIS. LIMPEZA DE BOCAS DE LOBO. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. SENTENÇA EXTRA PETITA. Não é extra petita a sentença, pois a determinação de limpeza rotineira de bocas de lobo situa-se nos limites do pedido. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO.* ***De regra, não compete ao Judiciário, à luz do Princípio da Separação dos Poderes, tutelar a realização de obras de infraestrutura, a não ser em casos excepcionais****, por envolver mérito administrativo.* ***Em razão da omissão, cabe determinação ao ente público de realização de melhorias na estrutura de escoamento de águas pluviais, que não configura mera comodidade aos cidadãos. Trata-se de questão diretamente ligada à saúde e à moradia digna dos habitantes da área, com estrutura precária no local****.* ***Omissão que viola núcleo essencial de direitos fundamentais, sendo também ofensiva ao meio ambiente****. Considerando-se os trâmites burocráticos e o grande impacto das obras na trafegabilidade da região, deve ser dilatado o prazo concedido em sentença para um ano. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE EM REEXAME NECESSÁRIO"* (TJRS; Apelação e Reexame Necessário Nº 70064155583, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 02/09/2015) – destacado.

> *"EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTO E ESCOAMENTO DE ÁGUAS PLUVIAIS - OBRAS PARALISADAS EM VIRTUDE DE ORDEM JUDICIAL - AUSÊNCIA OMISSÃO IMPUTÁVEL AO PODER PÚBLICO - INTERVENÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) - OCUPAÇÃO ANTRÓPICA CONSOLIDADA EM ÁREA URBANA - MANUTENÇÃO DAS EDIFICAÇÕES - DEMARCAÇÃO E PRESERVAÇÃO DOS LOCAIS NÃO OCUPADOS - DESPESAS PREPARATÓRIAS AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 19 E 20 DO CPC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1.* ***Em regra, é defeso ao Poder Judiciário adentrar no mérito dos atos administrativos de efetivação de políticas públicas, cabendo-lhe unicamente examiná-los sob o aspecto de legalidade e moralidade. Tal entendimento tem como fundamento básico o princípio da separação dos Poderes****.*

> *2.* ***Todavia, não constitui ingerência indevida a atuação do Judiciário quando impõe ao Executivo o cumprimento de obrigação constitucional e legal, relativamente à qual se posta manifestamente omisso o administrador, notadamente quando a inação estatal implica violação a direito fundamental do indivíduo ou da coletividade****.*
>
> *3. Para tanto, a omissão deve decorrer de absoluta inércia da Administração Pública na consecução de seu objetivo de cumprir suas obrigações legais e constitucionais.*
>
> *4. Não verificação de omissão, na espécie, em que há constatação da existência de contrato e projeto de realização de obras de complementação do sistema de esgoto, as quais foram suspensas em virtude de liminar concedida judicialmente em outra ação.*
>
> *5. A Lei Estadual n. 20.922/2013, na mesma linha da antiga Lei Estadual n. 14.309/02, prevê a anistia de determinadas interferências antrópicas erguidas até 22 de julho de 2008, inclusive localizadas em áreas de preservação permanente.*
>
> *6. Loteamento autorizado em 1991, sinalizando que a intervenção antrópica está consolidada há duas décadas. Possibilidade apenas de determinar a demar cação e delimitação das áreas de preservação permanente não ocupadas.*
>
> *7. O laudo de vistoria realizado no inquérito civil público preparatório ao ajuizamento da ação não constitui ato processual, não estando, assim, englobado nas determinações dos arts. 19 e 20 do CPC, que dizem respeito apenas aos atos praticados no curso do feito. Inexistência de dever do vencido de reembolsar as despesas com atos de instrução pré-processuais.*
>
> *8. Confirmação da sentença, em reexame necessário conhecido de ofício. Apelo parcialmente provido"* (TJMG - Apelação Cível 1.0625.12.006816-2/001, Relator(a): Des. (a) Áurea Brasil , 5ª Câmara Cível, julgamento em 02/10/2014, publicação da súmula em 14/10/2014) – destacado.

Ademais, apesar de o Município alegar que a sentença força uma despesa orçamentária sem a necessária indicação de receita, também afirma que já houve a desobstrução das bocas de dragão, argumentações estas que, de certa forma, se contrapõem. Ora, se inexistente receita, não poderia ter sido executada a obra; em contrapartida, se foi executada a obra, é porque havia receita orçamentária.

Danos morais e materiais

Também deve ser mantida a condenação do Município ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais coletivos.

A responsabilidade civil do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é objetiva e baseia-se na teoria do risco administrativo. *In verbis*:

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

Hely Lopes Meirelles ensina que:

> *"O § 6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do*

> *Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo"* (Direito Administrativo Brasileiro, 35ª ed., Editora Malheiros, p. 660).

Contudo, se o dano decorrer de uma omissão estatal, a responsabilidade do Estado torna-se subjetiva, havendo necessidade de se perquirir a existência de culpa pelo evento danoso.

A falta de qualquer dos elementos da responsabilidade subjetiva (conduta omissiva, culpa/dolo, nexo causal e dano), inviabiliza a responsabilização e a almejada reparação pelos danos materiais e/ou morais supostamente sofridos.

Nesse sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *"Quando do dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado(embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva"* (Curso de direito administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 871).

Sobre o tema, colhe-se julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. (...)"* (RE 382054, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 01-10-2004 PP-00037 EMENT VOL-02166-02 PP-00330 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 157-164 RJADCOAS v. 62, 2005, p. 38-44 RTJ VOL 00192-01 PP-00356).

> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. SÚMULA 83/STJ. ANÁLISE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE MOROSIDADE. DOLO OU CULPA INEXISTENTE. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência, tanto a do STF como a do STJ, é firme no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva nos casos de ato omissivo estatal. (...)"* (AgRg no AREsp 243.494/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 19/02/2013).

Este Tribunal de Justiça não destoa:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA AFASTADO. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. DANOS DECORRENTES DE ALAGA- MENTOS NA RESIDÊNCIA DO AUTOR. INADEQUADO ESCOAMENTO DAS ÁGUAS PLUVIAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO. FALTA DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. (...) A responsabilidade civil do estado por omissão é subjetiva, ou seja, sua caracterização depende da apuração de culpa. A culpa de que se trata, contudo, não é a culpa pessoal do direito privado (negligência, imperícia ou imprudência), mas a chamada culpa do serviço ou falta de serviço, que ocorre quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. (...)"* (Apelação n. 0124610-52.2008.8.12.0001, Rel. Des. Vilson Bertelli, j. 04/03/2015).

Sendo assim, para a caracterização da responsabilidade civil do Município e consequente surgimento do dever de indenizar, é necessária a comprovação do dano (conduta comissiva/omissiva), do nexo causal e do dolo ou culpa, tendo em vista que sua responsabilidade é subjetiva.

O conjunto probatório dos autos autoriza concluir que houve sim um ato ilícito cometido pelo Município de Três Lagoas que, agindo de forma imprudente (o que caracteriza a culpa), realizou o fechamento de pontos de escoamento de água pluvial e, mesmo após constatar as enchentes na região, deixou de promover o melhoramento do escoamento, provocando a inundação de diversas residências em dias de chuvas mais fortes.

Tanto o Relatório de Vistoria realizado pelo Departamento Especial de Apoio às Atividades de Execução da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado (f. 67-109) quanto as fotografias (f. 29-33) e matérias jornalísticas (f. 34-49) são suficientes para comprovar o ato ilícito, a conduta culposa, os danos materiais e morais causados aos habitantes da região afetada.

Inclusive, em casos análogos, os Tribunais pátrios vêm se posicionando no sentido de admitir a indenização pelos danos materiais e morais. Vejamos:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES. OBRAS REALIZADAS PELO MUNICÍPIO.* ***INSUFICIÊNCIA DO ESCOAMENTO DE ÁGUAS PLUVIAIS. ALAGAMENTO DE TERRENO PARTICULAR. DANOS MATERIAIS OCORRIDOS NA PLANTAÇÃO DA PARTE AUTORA. PROVA SUFICIENTE A ENSEJAR A CONDENAÇÃO.*** *INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO EM ATO DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO MUNICÍPIO. INOCORRÊNCIA. O feito deve ser analisado sob a ótica da responsabilidade civil do município, pois não se está perquirindo a ilegalidade ou mérito do ato administrativo, mas a omissão do poder público, relacionada ao evento danoso, o qual foi devidamente comprovado, devendo ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva do ente público. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. À UNANIMIDADE, DESPROVERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES"* (TJ-RS - EI: 70057923807 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Data de Julgamento: 16/05/2014, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/06/2014) – destacado.

> *"ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA, ESGOTO E SANEAMENTO - AUTARQUIA DO MÚNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO - REFLUXO DO ESGOTO SANITÁRIO -INFILTRAÇÃO POR ÁGUAS PLUVIAIS - ALAGAMENTO DA RESIDÊNCIA DOS AUTORES - DANOS MORAIS E MATERIAIS - NEXO DE CAUSALIDADE - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - OMISSÃO - AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO E MANUTENÇÃO DA REDE PÚBLICA DE ESGOTO- NEGLIGÊNCIA NA PROMOÇÃO DE OBRAS DE INFRA ESTRUTURA - PROVAS - DEVER DE INDENIZAR - VERBA INDENIZATÓRIA - ""QUANTUM""*

ADEQUADO. - ***Evidenciados o nexo de causalidade entre o refluxo do esgoto sanitário advindo da tubulação defeituosa da via pública e os danos materiais e morais causados aos proprietários do imóvel, a culpa da autarquia municipal por omissão e negligência na fiscalização e manutenção da rede de esgotos, impõe-se sua condenação ao pagamento de indenização****, em sede de responsabilidade subjetiva, quando afastadas as hipóteses de caso fortuito e de culpa exclusiva das vítimas. - O dano moral deriva do próprio fato da lesão na esfera interna do indivíduo, não se exigindo a comprovação de sua existência concreta. Presume-se a existência do dano moral na hipótese de inundação de residência, mais de uma vez, por esgoto sanitário. - Na fixação do ""quantum"" indenizatório, deve ser levada em conta a extensão do dano, proporcionando à vítima uma satisfação econômica na justa medida do abalo sofrido, não se configurando fonte de enriquecimento sem causa, nem se apresentando inexpressiva"* (TJ-MG 106370503141440021 MG 1.0637.05.031414-4/002(1), Relator: Armando Freire, Data de Julgamento: 17/02/2009, Data de Publicação: 03/04/2009) – destacado.

"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALAGAMENTO. INSUFICIÊNCIA DA VAZÃO DO SISTEMA DE ESCOAMENTO DE ÁGUA PLUVIAL. CHUVAS. INOCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ENTE MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DOS APELADOS. DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS. DANOS MORAIS. REDUÇÃO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO, APENAS PARA AJUSTAR O PERCENTUAL DOS JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. O caso em tela ***trata-se de hipótese de responsabilidade subjetiva, vez que a situação danosa teria decorrido de omissão do ente público (má conservação do sistema de escoamento de água pluvial)****. Não se trata de caso fortuito ou força maior, vez que na data do fato houve precipitação pluviométrica menos expressiva de que outros dias. Não restou comprovada nos autos a argüição de entupimento da tubulação de esgoto do imóvel dos apelados, não se podendo falar em culpa concorrente ou exclusiva destes.* ***Os danos materiais foram devidamente comprovados, sendo devida indenização a tal título. Os danos morais são devidos na hipótese em apreço, haja vista os transtornos decorrentes do alagamento, com perda de bens e inúmeros incômodos para buscar o ressarcimento do prejuízo, sendo presumíveis****. A indenização por danos morais deve ser reduzida, em razão do grau de culpabilidade da conduta, da condição econômica dos envolvidos, bem como dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Tanto em relação à indenização por danos materiais como morais deverão incidir juros moratórios no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês a contar da data do evento danoso (Súmula nº 54, do Superior Tribunal de Justiça), sendo que a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11 de janeiro de 2003), deverá incidir no percentual de 1% (um por cento) ao mês até a data do efetivo pagamento, nos termos do art. 406, do Código Civil de 2002"* (TJ-PR - APCVREEX: 4192610 PR 0419261-0, Relator: Luiz Mateus de Lima, Data de Julgamento: 18/12/2007, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7535) – destacado.

Também mostra-se acertada a sentença na parcela que postergou a quantificação dos danos materiais e morais para a fase de liquidação de sentença. É que, em se tratando de ação coletiva, pode haver uma variação nos danos morais e materiais, incumbindo a cada uma das pessoas afetadas com as inundações, o ônus de provar o *quantum debeatur* nas liquidações individuais a serem propostas.

Multa cominatória

Com relação à multa cominatória, a magistrada *a quo* a arbitrou em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a cada evento (inundação).

A fixação de *astreintes* tem por finalidade garantir a eficácia da determinação judicial anteriormente proferida, bem como se qualifica como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação, conforme preceitua o artigo 461, do CPC.

Nesse sentido, destaca-se o escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"Imposição da multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz"* (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 858).

No mesmo diapasão, vejam-se os ensinamentos de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

> *"A multa tem caráter coercitivo. Nem é indenizatória, nem é punitiva. Isso significa que o seu valor reverterá à parte adversária, mas não a título de perdas e danos. (...) A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento. Também por ser coercitiva, a priori ela não tem teto, não tem limite, não tem valor pré-limitado. Se fosse punitiva, teria, como ocorre com a cláusula penal (art. 412 do Código Civil)"* (Curso de direito processual civil. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 408-409. v. 2.).

Assim é o entendimento jurisprudencial desta Corte:

> *"RECURSO DA AUTORA - FIXAÇÃO DE ASTREINTES PARA O CASO DE ATRASO NO FORNECIMENTO POSSIBILIDADE RECURSO PROVIDO As astreintes têm caráter sancionatório-coercitivo e seu objetivo é assegurar a efetividade das decisões judiciais e compelir o devedor a cumprir exação imposta em sede de antecipação de tutela ou em sentença, no processo de conhecimento ou no cautelar"* (Apelação - Nº 0001188-14.2012.8.12.0029, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j., 9 de julho de 2013).

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – DEPÓSITO NO VALOR CONTRATADO PARA LIBERAÇÃO DA MORA E POSSIBILIDADE DE RETIRADA DO NOME DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – MULTA DIÁRIA PARA EVENTUAL DESCUMPRIMENTO – DECISÃO MANTIDA – REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) A imposição de multa diária é um meio coercitivo, que tem por fim compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Assim, a insurgência não merece amparo, mormente pela garantia de dar efetividade à determinação judicial"* (Agravo Regimental em Agravo - N. 2011.033447- 9/0001, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Quinta Turma Cível, j., 08/12/11).

Logo, deve ser mantido o valor da multa cominatória na forma fixada na sentença, o qual atende ao caráter sancionatório-coercitivo.

Prequestionamento

Finalmente, com relação ao prequestionamento feito pelo Município de Três Lagoas, destaco que é desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito. Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Por essa razão que Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, em seu livro "A técnica de elaboração da sentença civil", 2ª edição, São Paulo, 1997, sustenta que *"a sentença não é parecer e por essa razão, o juiz não está obrigado a manifestar artigo por artigo da lei"*.

Aliás, esta Corte tem decidido que:

> *"E M E N T A - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO - CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO - MORA NÃO AFASTADA - MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL - EMBARGOS REJEITADOS. A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza"* (Embargos de Declaração - Nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013).
>
> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS - DESNECESSIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS - SUFICIÊNCIA QUANDO HÁ DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA A QUE SE PRETENDE RECORRER - EMBARGOS REJEITADOS"* (Embargos de Declaração - Nº 0046224-37.2010.8.12.0001/50000, Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013).

Desta forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pelas partes.

Sendo assim, é o caso de desprovimento do reexame necessário e do apelo do Município de Três Lagoas.

Passo, então, à análise do recurso manejado pela Defensoria Pública.

Recurso de apelação interposto pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul

A requerente pleiteia a modificação dos honorários de sucumbência fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), majorando-os para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Preceitua o artigo 20, § 4º do CPC que *"nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior"*.

Por sua vez, as alíneas do § 3° dispõem:

> *"Art. 20. (...)*
>
> *§ 3º - Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação,atendidos:*

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço."

Theotônio Negrão, ao comentar o artigo 20, do Código de Processo Civil, leciona que:

> *"O arbitramento da honorária, em razão do sucumbimento processual, está sujeito a critérios de valoração, perfeitamente delineados na lei processual (art. 20, §3º do CPC); e sua fixação é ato do juiz e não pode ser objeto de convenção das partes" (RT 509/169)"* (Legislação processual em vigor de Theotônio Negrão, 36ª edição, p. 132).

Igualmente, Nelson Nery Júnior:

> *"São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não reside, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pela quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária"* (Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 313-314).

Pelo que se observa dos dispositivos acima citados, nas causas em que não houver condenação, nas execuções, embargadas ou não, naquelas em que for vencida a Fazenda Pública, são devidos os honorários advocatícios.

Por outro lado, a verba honorária terá de ser fixada segundo apreciação equitativa, levando-se em consideração o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, ou seja, em conformidade com o § 3º do artigo 20 do CPC.

E mais, de acordo com a atual jurisprudência do STJ, nas lides em que for sucumbente a Fazenda Pública, o Juiz pode fixar os honorários advocatícios em um valor fixo ou em percentual incidente sobre o valor da causa ou da condenação, sempre de forma equitativa.

Confira o referido entendimento:

> *"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO NO STJ. DESNECESSIDADE. OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97). NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. DESCABIMENTO. RENÚNCIA DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC. AGRAVOS NÃO PROVIDOS. (...) 6. 'Nas lides em que for sucumbente a Fazenda Pública, o Juiz, mediante apreciação equitativa e atendendo às normas estabelecidas nas alíneas do art. 20, § 3º do CPC, poderá fixar os honorários advocatícios em um valor fixo ou em percentual incidente sobre o valor da causa ou da condenação, não estando vinculado aos limites estabelecidos no referido dispositivo' (AgRg no REsp 1.331.281/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/09/13). 7. Agravos regimentais não providos"* (AgRg no REsp 1331500/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 09/04/2014).

No caso em tela, a Defensoria Pública Estadual ingressou com ação coletiva pretendendo a implementação de obras de infraestrutura e a condenação do Município ao pagamento de indenização por danos morais e materiais causados à coletividade, atribuindo à causa o valor de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O magistrado singular, julgou procedentes os pedidos e fixando honorários em favor da Defensoria no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais). Contudo, os honorários devem ser majorados para R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC, atendido o disposto nas alíneas do § 3°.

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO AÇÃO DE COBRANÇA IRRESIGNAÇÃO QUANTO AOS FUNDAMENTOS DA CONDENAÇÃO MANIFESTA INADMISSIBILIDADE INOVAÇÃO RECURSAL MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CABIMENTO FIXAÇÃO POR EQUIDADE CONSIDERAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DA CAUSA, PELA RELEVÂNCIA ECONÔMICA, E DO GRAU DE ZELO DO ADVOGADO DECISÃO MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. (...)* ***A fixação de honorários com base na equidade não implica que a respectiva verba seja estabelecida em patamar irrisório. Mesmo que os honorários advocatícios, quando devidos pela Fazenda Pública, devam ser fixados com base na equidade (art. 20, §4º, do CPC), merece ser considerado, além do elevado grau de zelo do profissional e a duração do processo, a expressão econômica da ação, representativa da importância da causa, para efeito de majoração do quantum*** *estabelecido na sentença"* (Agravo Regimental - Nº 0380276-54.2008.8.12.0001/50000, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j., 27 de maio de 2014) – destacado.

> *"EMENTA - RECURSO ADESIVO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FAZENDA PÚBLICA VENCIDA ARBITRAMENTO MAJORAÇÃO DA VERBA RECURSO PROVIDO. I) De acordo com o § 4º do artigo 20 do CPC, os honorários advocatícios, quando vencida a Fazenda Pública, devem ser arbitrados equitativamente pelo juiz, levando-se em conta, à luz das diretrizes contidas no § 3º do mesmo dispositivo, o grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, além do trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço. II) Honorários majorados proporcionalmente às particularidades da demanda e ao valor do interesse econômico contido na demanda. Recurso provido"* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.010591-9, Des. Dorival Renato Pavan, Quarta Turma Cível, j., 22.11.2011).

Na hipótese dos autos, considerando a natureza e a complexidade da causa, o zelo do profissional, o tempo de trabalho exigido, dentre outros critérios, evidencia-se a necessidade de majoração da verba honorária, a fim de bem remunerar o serviço prestado pela Defensoria.

Ante o exposto, conforme o parecer ministerial, conheço do reexame necessário e do recurso voluntário interposto por Município de Três Lagoas, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública e, quanto ao mérito, nego-lhes provimento.

Quanto ao recurso de apelação manejado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, conheço-o e dou-lhe parcial provimento, reformando em parte a sentença recorrida, apenas para majorar o valor dos honorários de sucumbência para R$ 10.000,00 (dez mil reais). Com o parecer.

O Sr. Des. Nélio Stábile (Revisor)

Acompanho o Eminente Relator quanto a rejeitar a preliminar suscitada.

Quanto ao recurso da Defensoria Pública, peço venia para divergir; voto pelo improvimento do recurso. Quando em ação é vencido ente público, no caso o Município de Três Lagoas, os honorários advocatícios de sucumbência são fixados de acordo com o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, ou seja, em quantia fixa após prudente análise do Magistrado conforme os parâmetros das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

Concluo que os honorários fixados pela Magistrada atendem aos requisitos de adequação e suficiência, nos exatos termos da Lei, pelo que concluo devem ser mantidos por remunerarem adequadamente o trabalho da Defensoria Pública. Reputo relevante anotar que o Defensor Público recebe seus estipêndios diretamente do Estado, não dependendo evidentemente dos honorários de sucumbência para seu sustento; aliás, a percepção de honorários em proveito próprio é expressamente vedado. Os honorários são creditados a Fundo da Defensoria (Funadep), que igualmente percebe fundos diretamente do Estado.

Assim, voto por negar provimento ao recurso da Defensoria Pública.

No que pertine ao recurso do Município de Três Lagoas, voto por dar provimento parcial para o fim de excluir a condenação por danos morais.

Nos exatos termos da própria Sentença apelanda, os munícipes que teriam sofrido danos são incertos, não individualizados, mas apenas referidos como os moradores da Rua Jari Mercante *"e adjacências"*, no Jardim Alvorada. Além de serem os sujeitos passivos incertos, por evidente que a ação e ou omissão do Município não se dirigiu especificamente contra eles (mesmo porque são inespecíficos).

Se é certo que os danos materiais podem ser constatados, em liquidação de sentença, especificamente quanto a cada munícipe *"da Rua Jari Mercante e adjacências"*, o mesmo se torna inexequível e inapurável quanto a alegados danos morais.

A conclusão da sentença é que os danos morais seriam incontestáveis, embora presumidos, mas que se constatariam simplesmente em face das consequências fáticas do ato danoso. Todavia, as consequências objetivas do ato danoso correspondem exatamente aos danos materiais (a serem demonstrados em liquidação de sentença) e não podem servir, concomitantemente, para estabelecimento dos danos morais. Ou o dano é material, ou é moral.

Prosseguindo, a sentença anota que *"... é inegável que a enchente causada pela desastrada ação e omissão municipal trouxe abalos psíquicos aos moradores. A perda dos móveis e depreciação do imóvel em que residiam acarretaram frustração, aborrecimento. Além disso, verifica-se que o risco de doenças é condição inerente a tal situação, o que abala frontalmente a dignidade da pessoa. ... ... Nesse contesto, a situação dolorosa vicenciada pelos moradores da Rua Jary Mercante, do Bairro Jardim Alvorada, e adjacências, resultante da invasão de suas casas por águas barrentas de chuva, provocando grande devastação, comporta efetivamente uma reparação satisfativa."*

Todavia, as alegadas perda de móveis, depreciação de imóvel e invasão de casas por águas barrentas, poderiam constituir-se e se constituíram em dano material, o que afasta a incidência concomitante de dano moral.

Já quanto a "frustração", "risco de doenças" e a "situação dolorosa vivenciada pelos moradores", incabível e descabida a pretendida verificação de dano moral exatamente por serem incertos e não individualizados cada um ou qualquer um dos moradores atingidos.

Em suma, não existe a possibilidade lógica de se apurar e estabelecer ocorrência de dano moral ou psicológico incerto, de pessoas incertas, ou seja, de quem nem sequer se sabe a identidade e nem sequer

foi individualizado, não havendo como perquirir-se de sua *psique* naquele momento. Não é concebível, igualmente, um eventual "dano moral ou psicológico" social, incerto e inespecífico.

Por essas razões, voto pelo provimento do recurso interposto por Município de Três Lagoas para o fim de excluir a condenação por danos morais, mantida no mais a sentença.

Por unanimidade, afastaram a preliminar. No mérito, a conclusão do julgamento foi adiada, em face do pedido de vista do vogal (Des. Fernando), após o relator dar parcial provimento ao apelo da DPGE, negar provimento ao recurso do município e ao reexame. O revisor negava provimento ao recurso da DPGE e dava parcial provimento ao apelo do município, para excluir os danos morais.

VOTO (EM 16.02.2016)

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação/Reexame Necessário interposto por Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, Juiz Ex Officio e Município de Três Lagoas, contra sentença proferida pela MM. Juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação civil pública com pedido de danos materiais e morais movida por Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em face o Município de Três Lagoas.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, propôs a presente demanda em face do Município de Três Lagoas, requerendo: I) desobstrução das bocas de dragão localizadas na Rua Jarí Mercante e adjacências, Bairro Jardim Alvorada, implementação de obras para aumentar a capacidade de drenagem de águas pluviais naquela região; II) colocação de apetrechos que minimizem o ruído provocado pela passagem de veículos sobre a grade de ferro que cobre as entradas das bocas de dragão, sob pena de multa diária de R$ 20.000,00 e; III) condenação no pagamento de danos materiais e morais causados ao interesse individual homogêneo. A juíza da causa, julgou procedente a demanda (f. 182/196):

> *"Determinar ao requerido que, no prazo máximo de sessenta dias, promova as obras de desobstrução das bocas de dragão mencionadas no relatório de vistoria de fls. 67/108 suficientes à resolução do problema de drenagem, sem se descurar da devida manutenção e colocação de apetrechos que minimizem o ruído provocado pela passagem de veículos, bem como que realize, se necessário, outras obras úteis e imprescindíveis ao aumento da capacidade de drenagem de águas pluviais na região tratada nestes autos, suficientes para acabar com o problema de inundações em residências, sob pena de multa, no caso de inundação com danos para os moradores, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a cada evento.*
>
> *2. Condenar o requerido no pagamento de valor indenizatório por danos morais e materiais sofridos pelos moradores lesados, a ser aferido e comprovado em liquidação de sentença por artigo.*
>
> *No caso em exame a liquidação, na forma do art. 475-E do Código de Processo Civil, dar-se-á por artigos, eis que há a necessidade de comprovação de fato novo, qual seja, o real dano material e moral sofrido por cada um dos moradores lesados.*
>
> *Condeno o requerido no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, a serem depositados no Fundo Especial para o Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Defensoria Pública FUNADEP, estando isento das custas processuais.*

> *Ex vi do inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil, determino que, decorrido o prazo de recurso voluntário, sejam os autos encaminhados ao Egrégio Tribunal de Justiça para reexame necessário, observadas as cautelas legais."*

Inconformados com a sentença de primeiro grau, ambas partes recorreram a este Tribunal de Justiça (f.201/210 e 212/221).

O i. Relator Desembargador Eduardo Machado Rocha, negou provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Município de Três Lagoas. E deu provimento parcial ao recurso de apelação manejado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, reformando em parte a sentença recorrida, apenas para majorar o valor dos honorários de sucumbência para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Por sua vez, o eminente Desembargador Revisor Desembargador Nélio Stlábie, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e deu provimento parcial ao recurso de apelação interposta pelo Município de Três Lagoas.

Peço vênia aos entendimentos contrários, mas entendo ser o caso de acompanhar o eminente desembargador relator, já que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a presente demanda, conforme entendimento do STF, no julgamento da ADI n.º 3.943 ajuizada pela CONAMP, na qual se questionava a validade constitucional do artigo 5º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 e que permitiu que a Defensoria Pública proponha, sem restrição, ação civil pública afeta diretamente as atribuições do Ministério Público.

No mesmo sentido, evidenciado o nexo de causalidade entre a inércia do município de não promover as obras de desobstrução das bocas de dragão, evidente a culpa da autarquia municipal aos proprietários do imóvel por omissão e negligência na fiscalização e manutenção da rede de esgoto, impondo sua condenação ao pagamento de indenização materiais e morais.

Como se vê, tanto o Relatório de Vistoria realizado pelo Departamento Especial de Apoio às Atividades de Execução da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado (f. 67-109) quanto as fotografias (f. 29-33) e matérias jornalísticas (f. 34-49) são suficientes para comprovar o ato ilícito, a conduta culposa, os danos materiais e morais causados aos habitantes da região afetada.

A propósito:

> *"EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Prequestionamento. Ausência. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido." (AI 829984 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, Processo Eletrônico DJe-154, DIVULG 07-08-2013 PUBLIC 08-08-2013)*

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO. INUNDAÇÃO EM RESIDÊNCIA. FALHA NA REDE PLUVIAL. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO COMPROVADA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DANO MORAL. QUANTUM. I - O autor é parte legítima para compor o polo ativo da presente relação processual, tendo em vista o óbito de sua genitora, proprietária do imóvel. II - Estando presentes os requisitos do art. 282 do CPC e sendo possível identificar-se o pedido, a causa de pedir e seus fundamentos,*

> *não há falar em inépcia da petição inicial. III - Não se configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, haja vista ser dever do juiz, se presentes as condições que o ensejam, assim proceder. IV - A intervenção do Ministério Público, em segundo grau de jurisdição, com a apreciação do mérito da demanda, tem o condão de suprir a ausência de manifestação no primeiro grau. V - Em se tratando de omissão da administração pública, exige-se a prova da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ou seja, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva. VI - Evidente a conduta omissiva do Município, pois comprovada a deficiência da rede e pluvial da região, dando causa as inundações ocorridas na residência do autor, provocando diversos danos. VII - Os danos morais suportados pelo autor são evidentes diante da situação caótica de ter a sua residência inundada pela água da chuva. Trata-se, por óbvio, de situação absolutamente desconfortável, que fugiu à normalidade, e se constituiu como agressão à sua dignidade. VIII - Manutenção do montante indenizatório, considerando o ato ilícito praticado pelo réu, o aborrecimento e o transtorno sofridos pelo demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. Indenização mantida em R$ 15.000,00, consoante os parâmetros utilizados por esta Câmara Cível em situações análogas. IX - Arbitramento dos honorários advocatícios segundo dispõe o art. 20, § 3º do CPC. Remuneração compatível com a complexidade da causa e trabalho desenvolvido pelo advogado. Preliminares Recursais Rejeitadas E Apelações Desprovidas."* (Apelação Cível Nº 70054841085, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 01/08/2013).

Inclusive, na jurisprudência do STJ, já há enfrentamento da questão quanto ao dano moral coletivo, tendo asseverado a Ministra Eliana Calmon no julgamento do Resp 1.057.274-RS:

> *ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO – APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. 2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos. 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstancias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido.* (2ª Turma, julgado em 01.12.2009, publicado em 26.02.2010).

Por fim, na hipótese os autos, considerando a natureza e a complexidade da causa, o zelo do profissional, o tempo de trabalho exigido, dentre outros critérios, evidencia-se a necessidade de majoração da verba honorária, a fim de bem remunerar o serviço prestado pela Defensoria, sendo justo o valor arbitrado pelo Desembargador relator, no patamar de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Posto isso, acompanho o relator Desembargador Eduardo Machado Rocha, para negar provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Município de Três Lagoas. E dar provimento parcial ao recurso de apelação manejado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, reformando em parte a sentença recorrida, apenas para majorar o valor dos honorários de sucumbência para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar. Por maioria, vencido o revisor, deram parcial provimento ao apelo da defensoria pública e negaram provimento ao recurso município e ao reexame, nos termos do voto do relator. Decisão em parte com o parecer.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0804991-85.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – PREJUÍZOS DECORRENTES DAS RESERVAS MATEMÁTICAS PREVIDENCIÁRIAS SUB-AVALIADAS – ACORDO REALIZADO SOMENTE COM OS EX-PARTICIPANTES QUE NÃO HAVIAM AJUIZADO AÇÕES – PRESCRIÇÃO – FLUÊNCIA DO PRAZO A PARTIR DO MOMENTO EM QUE O AUTOR FOI PRETERIDO NA REALIZAÇÃO DO ACORDO – PRAZO QUINQUENAL – SÚMULA 291 DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A pretensão surge quando violado o direito pretendido e, no caso é, a data em que o apelante teve ciência da intenção da Fundação Enersul em não entabular o acordo, nas mesmas bases que vinha sendo realizado com os demais participantes do plano de previdência, gerando-lhe prejuízos de ordem material. Sendo assim, a contagem do prazo para a propositura da demanda reparatória iniciou-se com a lesão ao seu direito de receber tratamento isonômico àquelas em idêntica situação jurídica. Assim, mantém-se a sentença que reconheceu a prescrição.

Segundo a Súmula nº 291/STJ: "*A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos.*"

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Virgílio Rabacov interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Indenizatória que move em face de Fundação Enersul, que julgou extinto o processo ante o acolhimento da prescrição da pretensão indenizatória, nos termos dos artigos 269, IV c/c 329, ambos do Código de Processo Civil.

Alega que a pretensão indenizatória não está prescrita, pois embora a Fundação apelada tenha iniciado a proposta de acordo em 29.08.2008, este dependia da homologação da Superintendência Nacional da Previdência Complementar, ou seja, tinha uma condição suspensiva. Assim, o termo inicial do prazo prescricional iniciou-se em 26.02.2010.

Afirma que a Superintendência esclareceu ser vigente o novo regulamento do Plano II somente após a publicação da portaria de homologação no DOU, que ocorreu em 26.02.2010. Assim, entende que não pode iniciar o perecimento ou ser violado o direito antes de seu nascimento.

Assevera que, à luz da Súmula 321 do STJ, aplica-se o prazo quinquenal do Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica entre as entidades de previdência privada e seus participantes, e não o prazo do art. 206 do Código Civil.

No mérito, afirma que a Fundação ao firmar acordo de migração do plano de previdência complementar com um participante do Plano II criou para si obrigação de firmar com todos em idêntica situação, não sendo uma faculdade da Fundação, conforme estipula o art. 17 da Lei Complementar 109/2001 e o item 10.9 do Regulamento do Plano de Benefício II, aprovado pela Superintendia Nacional da Previdência Complementar.

Assevera que não estender o acordo previsto no Regulamento do Plano II para determinados participantes unicamente por vontade do administrador do plano, é restrição de acesso ao Judiciário e contraria o princípio da isonomia, criando discriminação e restrição ao acesso à Justiça, comportamento repudiado pela Constituição e contrário ao ideal de Justiça.

Esclarece que não houve neste processo pedido para recomposição de reservas matemáticas do Plano II, como constou na sentença, pois tal fato já é certeza diante da homologação da alteração do Regulamento do Plano II para o acordo de pagamento, mas sim em pretensão indenizatória por ter sido tolhido o seu direito de celebrar o acordo de migração de plano.

Infirma a quitação alegada pela apelada, bem como enuncia que os danos que suportou não decorreram da falta de oferecimento de acordo, mas da impossibilidade obter o que os outros participantes também obtiveram, a despeito de estarem em situação jurídica semelhante.

Argumenta que o dano material consubstancia no montante estabelecido e nas condições previstas para o acordo, havendo o nexo causal por ser o dano decorrente do comportamento da apelada, que não proporcionou acordo com o apelante, causando-lhe prejuízo.

Sustenta que "*o valor de reparação do dano moral deverá ser fixado considerando o sofrimento do apelante, a mágoa causada, o sentimento de perda e impotência diante da soberba da apelada, a diminuição e humilhação perante os antigos colegas de trabalho e de participação no Plano II*".

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Virgílio Rabacov interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Indenizatória que move em face de Fundação Enersul, que julgou extinto o processo ante o acolhimento da prescrição da pretensão indenizatória, nos termos dos artigos 269, IV c/c 329, ambos do Código de Processo Civil.

O autor alegou que foi empregado da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul-Enersul, e na ocasião aderiu ao Plano de Benefícios I da previdência complementar oferecido pela requerida, entidade fechada de previdência complementar.

Informou que com a implantação do Plano de Benefícios II, no ano de 2001, os participantes que fizeram a migração para o referido plano tiveram suas reservas matemáticas previdenciárias sub-avaliadas e diminuídas, em decorrência da vigência do Decreto nº 3.721/2001, revogado pelo Decreto nº 4.206/2002.

Argumentou que os recursos individuais que deixaram de integrar as reservas individuais teriam sido indevidamente transferidos para o Fundo Previdenciário Patronal. Assim, em razão dos prejuízos suportados com a migração dos planos, o Conselho Deliberativo da Fundação, em reunião realizada em 03/05/2006, teria acatado recomendação de transferência de numerário constante do Fundo Previdenciário Patronal para contas individuais dos participantes, a fim de efetuar a recomposição das reservas. Ressalta, porém, que a Enersul não teria determinado o cumprimento da referida recomendação.

Sustentou que, a partir de 2006, os ex-empregados da Enersul e participantes do Plano de Benefícios II teriam ajuizado ações trabalhistas visando o recebimento das diferenças de resgate (decorrente do cálculo atuarial realizado a pedido do Conselho Deliberativo da Fundação), no entanto, tais ações teriam sido julgadas improcedentes, segundo alega porque "*a recomposição das reservas matemáticas dos participantes migrantes do Plano para o Plano II, dependia de prévia anuência da Enersul. E além disso prescindia de aprovação da Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social*".

Informou que a Fundação Enersul procedeu a alteração de seu regulamento, reconhecendo o direito dos participantes que migraram para o Plano II, processo esse que se iniciou no ano de 2008 encerrando em 2010. Contudo, ao realizar acordos com ex-participantes, preteriu aqueles que haviam ingressado com ação perante a Justiça do Trabalho.

Informou que tanto ele como alguns outros participantes, que haviam ajuizado ação em face da Fundação, tentaram efetuar o acordo, tendo o seu direito negado, em nítida afronta ao princípio da isonomia.

Assim, ingressou com a presente demanda visando a condenação da requerida ao "pagamento de uma indenização por dano material (dano emergente), no valor (an debeatur) constante dos cálculos atuariais realizados para fins dos referidos acordos autorizados pela Secretaria de Previdência Complementar do MPS e promovidos pela Fundação, somente com aqueles participantes que não ajuizaram ação individual em face da mesma", a serem apurados em liquidação da sentença.

Na contestação a requerida suscitou, preliminarmente, a coisa julgada, a existência de quitação por parte do autor e a prescrição da pretensão indenizatória. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

Na sentença, a magistrada *a quo* afastou as preliminares de coisa julgada e de quitação outorgada pelo autor. Contudo, acolheu a prescrição da pretensão indenizatória, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos dos arts. 269, IV c/c 329, ambos do Código de Processo Civil.

Irresignado o autor apela a esta Corte visando a reforma da sentença.

Para tanto, alega que a pretensão indenizatória não está prescrita, pois embora a Fundação apelada tenha iniciado a proposta de acordo em 29.08.2008, este dependia da homologação da Superintendência Nacional da Previdência Complementar, ou seja, tinha uma condição suspensiva. Assim, o termo inicial do prazo prescricional iniciou-se em 26.02.2010; afirma que a Superintendência esclareceu ser vigente o novo regulamento do Plano II somente após a publicação da portaria de homologação no DOU, que ocorreu em 26.02.2010. Assim, entende que não pode iniciar o perecimento ou ser violado o direito antes de seu nascimento; assevera que, à luz da Súmula 321 do STJ, aplica-se o prazo quinquenal do Código de Defesa

do Consumidor na relação jurídica entre as entidades de previdência privada e seus participantes, e não o prazo do art. 206 do Código Civil.

No mérito o apelante afirma que: a) a Fundação requerida ao não estender o acordo previsto no Regulamento do Plano II para determinados participantes cometeu ilicitude, violando o princípio da isonomia e criando discriminação e restrição ao acesso a Justiça, comportamento repudiado pela Constituição e contrário ao ideal de Justiça; b) não houve neste processo pedido para recomposição de reservas matemáticas do Plano II, como constou na sentença, pois tal fato já é certeza diante da homologação da alteração do Regulamento do Plano II para o acordo de pagamento, mas sim formulou pretensão indenizatória por ter sido tolhido o seu direito de celebrar o acordo de migração de plano; c) infirma a quitação alegada pela apelada, bem como enuncia que os danos que suportou não decorreram da falta de oferecimento de acordo, mas da impossibilidade obter o que os outros participantes também obtiveram, a despeito de estarem em situação jurídica semelhante; d) o dano material consubstancia no montante estabelecido e nas condições previstas para o acordo, havendo o nexo causal por ser o dano decorrente do comportamento da apelada, que não proporcionou acordo com o apelante, causando-lhe prejuízo; e) pleiteia dano moral ante o sofrimento, *"a mágoa causada, o sentimento de perda e impotência diante da soberba da apelada, a diminuição e humilhação perante os antigos colegas de trabalho e de participação no Plano II*".

Preliminar de mérito

O apelante sustenta que a pretensão indenizatória não está prescrita, pois embora a Fundação apelada tenha iniciado em 29.08.2008 a proposta de acordo com os participantes do Plano II, em razão das alterações implementadas no novo regulamento, somente em 26.02.2010 a Superintendência Nacional da Previdência Complementar homologou o aludido regulamento. Assim, entende que a homologação era causa suspensiva do prazo prescricional, de modo que a partir de tal ato é que deve fluir o aludido prazo.

Contudo, sem razão.

Dispõe o artigo 189 do Código Civil que "*Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".*

No caso analisado, ao contrário do afirmado pelo apelante, a violação do seu direito surgiu quando ele teve ciência da intenção da Fundação Enersul em não entabular o acordo envolvendo as diferenças na avaliação das reservas matemáticas, nas mesmas bases que vinham sendo realizado com os demais participantes do plano de previdência.

Tal ciência se deu por meio da Carta nº 179/2008, da Presidência da Fundação Enersul, emitida em 29/08/2008, na qual restou clara a intenção da apelada em não realizar acordo com aqueles beneficiários que haviam ajuizado ações judiciais envolvendo os Planos de Benefícios, o que era o caso do apelante, conforme se vê às f. 17-20.

Por aí se vê que a lesão ao direito do autor surgiu ao ser impedido de entabular acordo com a Fundação apelada nos mesmos moldes dos demais colegas (ex-participantes do plano de benefício de previdência), pois foi o momento em que ocorreu a violação ao princípio da isonomia. É dizer que, a partir daquele instante passou a fluir o prazo prescricional da pretensão indenizatória.

Nessa medida, o ato administrativo praticado pela Superintendência Nacional da Previdência Complementar que, no ano de 2010, aprovou as alterações implementadas no regulamento do Plano II de previdência da Fundação requerida, não configura causa suspensiva do prazo prescricional, pois, nesta demanda o autor não se questiona o conteúdo de tal regulamento, mas sim pleiteia indenização sob a

alegação de violação à isonomia já que teria sido impedido de efetuar acordo à semelhança dos demais ex-participantes do plano de previdência.

Logo, ante a inexistência de causa suspensiva da fluência do prazo prescricional (art. 199, inciso I, do Código Civil), o termo *a quo*, de fato, é o estabelecido pela sentença recorrida, ou seja, a data do suposto ilícito civil (29/0/2008).

Nesse sentido esta Corte inclusive já assentou entendimento:

> *E M E N T A - EMBARGOS INFRINGENTES - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - FUNDAÇÃO ENERSUL - MIGRAÇÃO DO PLANO DE BENEFÍCIOS I PARA O PLANO DE BENEFÍCIOS II - PREJUÍZOS DECORRENTES DAS RESERVAS MATEMÁTICAS PREVIDENCIÁRIAS SUB-AVALIADAS - ACORDO REALIZADO SOMENTE COM OS EX-PARTICIPANTES QUE NÃO HAVIAM AJUIZADO AÇÕES - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - VIOLAÇÃO DO DIREITO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA - EMBARGOS PROCEDENTES. A pretensão surge quando violado o direito pretendido e, no caso é, a data em que a embargante teve ciência da intenção da Fundação Enersul em não entabular o acordo, nas mesmas bases que vinham sendo realizado com os demais participantes do plano de previdência, gerando-lhe prejuízos de ordem material.* ***Sendo assim, a contagem do prazo para a propositura da demanda reparatória iniciou-se com a lesão ao seu direito de receber tratamento isonômico àquelas em idêntica situação jurídica, ou seja, com a preterição.*** *Logo, não ocorreu a prescrição.* (Embargos Infringentes nº 0036617-63.2011.8.12.0001, Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Seção Cível; Data do julgamento: 06/10/2014; Data de registro: 09/10/2014; Outros números: 36617632011812000150001) (grifei)

> *E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA – NÃO CONFIGURAÇÃO – PEDIDO DA AÇÃO PARADIGMÁTICA DIVERSO DA DEMANDA ATUAL – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA EM RAZÃO DA QUITAÇÃO – IMPROCEDENTE – POSSIBILIDADE DE DISCUTIR DIREITOS COM BASE EM OUTROS FUNDAMENTOS – COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DO AUTOR – NÃO CONFIGURADO – REGULARIDADE, VANTAGENS AOS BENEFICIÁRIOS E ALEGADO RISCO AO PLANO DE BENEFÍCIO NO CASO DE PROCEDÊNCIA – TEMAS ESTRANHOS AO PROVIMENTO JURISDICIONAL – RECURSO IMPROVIDO.[...]****Adotado como marco inicial da contagem do prazo prescricional a data em que a violação do direito ocorreu (a preterição na realização de acordo), verifica-se que, no caso, concreto, a prescrição trienal do art. 206, §3º, V, do Código Civil, não restou configurada.*** *A quitação oferecida pelo segurado, quanto ao recebimento de contribuições de plano de benefícios de previdência complementar, não o impede de discutir eventuais diferenças ou outros direitos. Recurso improvido. [...]* (TJMS, Apelação - Nº 0036612-41.2011.8.12.0001. REL. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Quarta Câmara Cível. Data de Julgamento: 23/10/2012) (grifei)

> *PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – RECURSO INTERPOSTO PELO AUTOR – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES AFASTADA – MÉRITO – MIGRAÇÃO DO PLANO DE BENEFÍCIOS I PARA O PLANO DE BENEFÍCIOS II – PREJUÍZOS DECORRENTES DAS RESERVAS MATEMÁTICAS PREVIDENCIÁRIAS SUB-AVALIADAS – ACORDO REALIZADO SOMENTE COM OS EX-PARTICIPANTES QUE NÃO HAVIAM AJUIZADO AÇÕES – HOSTILIZADOS OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E ACESSO AO JUDICIÁRIO – ATO ILÍCITO QUE GERA O DEVER DE INDENIZAR OS DANOS MATERIAIS – JUROS DE MORA FIXADOS A PARTIR DO ATO ILÍCITO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO PARCIALMENTE*

PROVIDO. ***Na pretensão de reparação civil, cujo prazo prescricional é de 3 (três) anos, sua contagem tem início a partir do suposto ato ilícito que provoca a violação do direito; no caso a data em que o autor teve ciência da intenção da ré em não entabular o acordo nas mesmas bases que vinham sendo realizados com os demais participantes do plano de previdência, gerando-lhe prejuízos de ordem material. Viola o princípio da isonomia e do livre acesso ao Judiciário a realização de acordo com aqueles que não ajuizaram ações na justiça, configurando ato ilícito passível de ser indenizado.*** *Os juros de mora por ato da parte (ex persona) se contam a partir do ato ilícito praticado. Meros aborrecimentos não configuram danos morais.* (TJMS, AC. – Nº 0035003-23.2011.8.12.0001. Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva. Quinta Câmara Cível. Data de julgamento. 07/11/2013) (grifei)

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – FUNDAÇÃO ENERSUL – PRELIMINARES – NULIDADE DA SENTENÇA PELO CERCEAMENTO DE DEFESA – COISA JULGADA – PRESCRIÇÃO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – ATO ILÍCITO – REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. O juiz é o destinatário da prova, competindo-lhe proferir sentença tão logo maduro o seu convencimento. Inteligência do art. 130 do CPC. [...] ***A pretensão de reparação civil, cujo prazo prescricional é de 3 (três) anos, tem inicio sua contagem, a partir do suposto ato ilícito que provoca a violação do direito, neste caso, a data em que o autor teve ciência da intenção da requerida em não entabular o acordo, nas mesmas bases que vinham sendo realizados com os demais participantes do plano de previdência, gerando-lhe prejuízos de ordem material.*** *Viola o princípio da isonomia e o livre acesso ao Judiciário a realização de acordo apenas com aqueles que não ajuizaram ações na justiça, configurando ato ilícito passível de ser indenizado. Caracterizada a sucumbência recíproca, devem as partes arcarem com o pagamento das custas e despesas processuais na proporção de suas perdas.* (TJMS, AC n. 0036604-64.2011.8.12.001. Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. Segunda Câmara Cível. Data de julgamento: 06/08/2013) (grifei)

E M E N T A AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE COBRANÇA CONDENAÇÃO POR DANO MATERIAL FUNDAÇÃO ENERSUL ***PRESCRIÇÃO A PARTIR DO MOMENTO EM QUE O AUTOR FOI PRETERIDO NA REALIZAÇÃO DE ACORDOS*** *DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE, QUE LEVASSE O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO PROLATADA RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se decisão prolatada em recurso de apelação cível, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada.* (TJMS, AC. Nº 0036619-33.2011.8.12.0001/50000. Rel. Des. João Maria Lós. Primeira Câmara Cível. Data de julgamento: 26/11/2013) (grifei)

Assim, ainda que seja aplicado o prazo quinquenal previsto no enunciado da Súmula 291 do Superior Tribunal de Justiça[1], como inclusive já decidido nesta Corte[2], e não o trienal considerado na sentença (art. 206, § 3º, do CC), a pretensão indenizatória deduzida na inicial encontra-se fulminada pela prescrição, pois o suposto ilícito ocorreu em 29/08/2008, enquanto que a demanda foi proposta apenas em 19/02/2014.

Destarte, não havendo motivos para reforma ou anulação da sentença, impõe-se a sua manutenção, com o desprovimento do recurso interposto.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

1 Súmula nº 291/STJ: "A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos".

2 Embargos Infringentes - Nº 0036617-63.2011.8.12.0001/50001, Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Seção Cível; Data do julgamento: 06/10/2014

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0037492-04.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDORES PÚBLICOS – GRUPO DA SAÚDE – PROGRESSÃO FUNCIONAL – LEGALIDADE – CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DE TODOS OS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DO DIREITO – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – PRESCRIÇÃO – CINCO ANOS – QUINQUÊNIOS COMPLETADOS ANTERIORMENTE À ENTRADA EM VIGOR DA LEI ESTADUAL 2.157/2000 – DIREITO ADQUIRIDO QUANTO À FORMA DE CÁLCULO – PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

De acordo com a Lei Estadual nº 2.065/99 o servidor não tem direito à progressão funcional pelo simples decurso do tempo de serviço, pois além deste requisito existem outros critérios a serem observados no caso, a exemplo da existência de vaga, do resultado da avaliação de desempenho anual e do atendimento dos requisitos de experiência e ou capacitação estabelecidos em regulamento específico.

A Lei 2.157/00 alterou a forma de incidência do adicional de tempo de serviço, não ocasionando, porém, a extinção do benefício. com a manutenção do pagamento mensal do referido adicional, resta incontroverso o fundo de direito e caracterizado o trato sucessivo, motivo pelo qual a única prescrição incidente é a de cinco anos a contar da data do ajuizamento da ação.

Reconhecido o direito à percepção do adicional por tempo de serviço na vigência da lei anterior (Lei Estadual n. 1.102/90), evidente que o referido adicional deve continuar a ser calculado nos exatos termos estabelecidos em suas regras, sob pena de violação aos princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos.

A modificação na forma de cálculo do adicional por tempo de serviço introduzida pela Lei Estadual n. 2.157, de 26 de outubro de 2000, somente poderá ser aplicada em relação aos servidores que ainda não completaram o primeiro quinquênio, ou para os que se vencerem após essa data, de modo que seja preservado o direito adquirido daqueles que já tiveram incorporado ao seu patrimônio a vantagem pecuniária calculada sobre a remuneração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Helizene Moreira da Silva, Landisneide Luiza da Silva, Maria Isabel de Sant ana Silva, Ricardo Alexandre Soares do Amaral e Valdir da Silva, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, nos autos da ação de ação declaratória com cobrança, movida em face do Estado de Mato Grosso do Sul, que acolheu a preliminar de prescrição, para extinguir o feito em relação às prestações pertinentes ao período anterior a 30 de setembro de 2004 e que julgou improcedentes os pedidos, relativos aos períodos supervenientes (f. 173-179).

Alegam, em síntese, que (f. 183-202):

1) a sentença de primeiro grau deve ser reformada para que o recorrido seja compelido a proceder ao correto enquadramento funcional dos apelantes, uma vez que são servidores da área de saúde e a cada cinco anos têm direito à promoção na carreira, com a mudança da 'letra' e esta modificação não tem sido feita pelo Estado na forma da Lei n. 2.781/03 e Decreto n. 11.562/04;

2) também que o Estado seja condenado a pagar o adicional de tempo de serviço, nos termos da lei n. 1.102/90, ou seja, sobre a totalidade de seus vencimentos, e não na forma estipulada pela Lei n. 2.157/00 – vencimento base -, uma vez que a nova legislação não pode atingir situações já consolidadas, bem como, que seja retificada a forma de cálculo adicional por tempo de serviço e gratificação pelo exercício de atividades de saúde e dedicação exclusiva.

Em contrarrazões, o recorrido pugnou pelo desprovimento do recurso (f. 207-220).

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Helizene Moreira da Silva, Landisneide Luiza da Silva, Maria Isabel de Sant ana Silva, Ricardo Alexandre Soares do Amaral e Valdir da Silva, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, nos autos da ação de ação declaratória com cobrança, movida em face do Estado de Mato Grosso do Sul, que acolheu a preliminar de prescrição, para extinguir o feito em relação às prestações pertinentes ao período anterior a 30 de setembro de 2004 e que julgou improcedentes os pedidos, relativos aos períodos supervenientes (f. 173-179).

Alegam, em síntese, que (f. 183-202):

1) a sentença de primeiro grau deve ser reformada para que o recorrido seja compelido a proceder ao correto enquadramento funcional dos apelantes, uma vez que são servidores da área de saúde e a cada cinco anos têm direito à promoção na carreira, com a mudança da 'letra' e esta modificação não tem sido feita pelo Estado na forma da Lei n. 2.781/03 e Decreto n. 11.562/04;

2) também que o Estado seja condenado a pagar o adicional de tempo de serviço, nos termos da lei n. 1.102/90, ou seja, sobre a totalidade de seus vencimentos, e não na forma estipulada pela Lei n. 2.157/00 - vencimento base -, uma vez que a nova legislação não pode atingir situações já consolidadas, bem como, que seja retificada a forma de cálculo adicional por tempo de serviço e gratificação pelo exercício de atividades de saúde e dedicação exclusiva.

Em contrarrazões, o recorrido pugnou pelo desprovimento do recurso (f. 207-220).

Nesse norte, observo que os recorrentes, servidores públicos estaduais da área da saúde, buscam a reforma da decisão de primeiro grau, para que seja reconhecido seu direito de progressão funcional, recebimento do adicional por tempo de serviço, de acordo com a legislação aplicável ao caso, bem como às diferenças pretéritas advindas do reconhecimento de tais direitos.

No que pertine ao pedido de enquadramento funcional correto, afirmam que são servidores da área de saúde e têm direito de, a cada cinco anos, serem promovidos na carreira com a mudança da 'letra', sendo que isso não tem sido feito pelo Estado de Mato Grosso do Sul, na forma da Lei n. 2.781/03 e Decreto n. 11.562/04.

Considerado tal, não se pode olvidar que a cada quinquênio deve haver a promoção funcional do servidor estadual da área da saúde, na forma da Lei n. 2.781/03 e Decreto n. 11.562/04.

No entanto, o legislador não atribui este direito a todos os servidores de forma irrestrita, já que o dispositivo legal indicado pelos recorrentes, como base para o reconhecimento do seu direito ao reenquadramento funcional - art. 3º da Lei Estadual n. 2.781/03 – contempla somente parte dos servidores da área da saúde.

Isso porque, o art. 1º da Lei n. 2.781/03 divide as categorias funcionais integrantes da carreira em quem recebe por 'subsidio' (inciso I) e aqueles que percebem por 'vencimentos' (inciso II).

Para a categoria do inciso I (subsídio), tem aplicação o art. 3º, da norma suso mencionada, onde se assegura a progressão automática, que não é o caso dos recorrentes, já que sua categoria se enquadra no inciso II (vencimentos), o que determina que os critérios para a progressão funcional estão disciplinados pelo art. 4º, que não prevê a progressão de uma classe à outra pelo exercício do quinquênio, mas sim, pelo critério ali estipulado.

Assim, dispõe a norma citada, *in verbis:*

> *"Art. 1º Os vencimentos e subsídios das categorias funcionais integrantes das carreiras discriminadas no art. 11 da Lei nº 2.065, de 29 de dezembro de 1999, com redação dada pela Lei nº 2.599, de 26 de dezembro de 2002, e destacadas a seguir, passam a corresponder aos valores fixados nos seguintes Anexos:*
>
> *I – Anexo I - Subsídios de Cargos de Carreiras Instrumentais: a) Tabela A: Nível Fundamental Incompleto; b) Tabela B: Nível Fundamental; c) Tabela C: Nível Médio;*
>
> *II - Anexo II - Vencimentos de Cargos de Carreiras Institucionais: a) Tabela A: Nível Fundamental; b) Tabela B: Nível Médio; c) Tabela C: Nível Superior;*
>
> *Art. 3º Os subsídios, fixados no Anexo I, passam a constituir o sistema remuneratório das carreiras instrumentais, identificadas no Anexo VI, substituindo a remuneração composta pelo vencimento mais o adicional e a gratificação previstos nas alíneas "b" e "d" do inciso I e alínea "l" do inciso III, do art. 105 da Lei nº 1.102, de 10 de outubro de 1990, e as vantagens financeiras instituídas pelos arts. 2º e 3º da Lei nº 2.129, de 2 de agosto de 2000, que não serão mais devidas aos ocupantes dos cargos por força do disposto no § 4º do art. 39 da Constituição Federal.*
>
> *§ 1° Os subsídios na linha horizontal, definidos em oito níveis salariais mediante acréscimos sucessivos ao subsídio imediatamente anterior, identificam a escala de progressão funcional na carreira, determinada pela experiência acumulada no exercício do cargo.*

§ 2º O servidor mudará de subsídio, por promoção de uma classe para a outra, com base na posição hierárquica no cargo, e por progressão, mediante mudança de nível, a cada quinquênio de efetivo exercício no cargo. (...)

Art. 4º O sistema remuneratório dos cargos e funções integrantes das carreiras cujos vencimentos são fixados nas Tabelas dos Anexos II e III, será integrado pelo vencimento e vantagens financeiras discriminadas nas alíneas "a" a "h" e "l" do inciso III do art. 105 da Lei nº 1.102, de 10 de outubro de 1990, com redação dada pela Lei nº 2.157, de 26 de outubro de 2000, conforme a natureza das atribuições inerentes à função ocupada. (...)

§3º O vencimento do servidor corresponderá ao da classe em que se encontra posicionado, definida quando da transformação do seu cargo, nos termos da Lei nº 2.065, de 29 de dezembro de 1999, ou redistribuição por força de disposições da Lei nº 2.152, de 26 de outubro de 2000. ""

De acordo com o art. 37 da Lei Estadual n. 2.065/99, alterada em parte pela Lei 2.59902:

"Art. 37. Promoção é a passagem do servidor de uma posição no cargo para outra imediatamente superior dentro da mesma carreira ou categoria funcional pelos critérios de antiguidade ou merecimento e dependerá, cumulativamente:

I – da existência de vaga;

II – do cumprimento de interstício;

III – do resultado da avaliação de desempenho anual;

IV – do atendimento dos requisitos de experiência e ou capacitação estabelecidas em regulamento específico.

§1º O interstício para movimentação na categoria funcional ou carreira terá por base o tempo de efetivo exercício na classe ou posição equivalente e será de cinco anos, na movimentação por antiguidade, e de três anos na promoção por merecimento, conforme regulamento aprovado pelo Governador do Estado.

(...)"

De acordo com o dispositivo acima, os servidores públicos enquadrados nessa situação somente têm direito à progressão funcional se atendidos os requisitos legais, quais sejam, a existência de vaga, o cumprimento do interstício, o resultado da avaliação de desempenho anual e o atendimento dos requisitos de experiência e/ou capacitação estabelecidos em regulamento específico, ou seja, não basta o mero decurso do tempo de serviço, para que os servidores tenham direito à progressão funcional, deve haver a conjugação de todos os requisitos legais.

Da análise dos autos, nota-se que somente ficou comprovado um dos critérios necessários para a progressão funcional, qual seja, o cumprimento do interstício.

Ademais, não se aplica a progressão na forma prevista no § 2.º do art. 3.º da Lei Estadual n.º 2.781/03, pois as disposições da referida Lei, como já afirmado, se aplicam tão somente aos servidores que percebem subsídios, não beneficiando aqueles outros que percebem vencimentos, categoria em que se enquadram os recorrentes.

Desse modo, o dispositivo supracitado não contempla a progressão funcional pretendida pelos recorrentes.

Esta Corte já se posicionou em outras oportunidades, em situações análogas à tratada nestes autos, conforme segue:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS. GRUPO DA SAÚDE. PROGRESSÃO FUNCIONAL. LEGALIDADE. CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE TODOS OS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DO DIREITO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. CUMPRIMENTO DO INTERSTÍCIO NA VIGÊNCIA DA LEI ESTADUAL Nº 1.102/90. DIREITO ADQUIRIDO. VANTAGEM CALCULADA SOBRE O VENCIMENTO DO CARGO EFETIVO ACRESCIDO DAS VANTAGENS DE CARÁTER PERMANENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. De acordo com a Lei estadual n.º 2.065/99 o servidor não tem direito à progressão funcional pelo simples decurso do tempo de serviço, pois além deste requisito existem outros critérios a serem observados no caso, a exemplo da existência de vaga, do resultado da avaliação de desempenho anual e do atendimento dos requisitos de experiência e ou capacitação estabelecidos em regulamento específico. Em respeito ao direito adquirido daqueles que haviam cumprido o interstício necessário para o recebimento do adicional por tempo de serviço. Antes da entrada em vigor da nova Lei (2.157/2000), deve permanecer a fórmula de incidência prevista anteriormente, ou seja, a gratificação deve incidir sobre o vencimento do cargo efetivo acrescido das vantagens de caráter permanente."* (TJMS; APL 0062360-46.2009.8.12.0001; Campo Grande; Terceira TJ-MS FL.1375 0060267-13.2009.8.12.0001 Câmara Cível; Rel. Des. Eduardo Machado Rocha; DJMS 19/08/2014; Pág. 16).

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS. GRUPO SAÚDE. PROMOÇÃO COM BASE NO ARTIGO 3º DA LEI N. 2.781/2003. PROMOÇÃO POR INTERSTÍCIO NÃO APLICÁVEL AOS SERVIDORES REMUNERADOS POR VENCIMENTO. DIFERENÇAS NO VENCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. O artigo 3.º da Lei n. 2.781/2003 não é aplicável aos servidores remunerados por vencimentos, não sendo o caso, portanto, de se determinar a promoção por cumprimento de interstício prevista no referido dispositivo. Precedentes desta corte.* (TJMS; APL 0035387-88.2008.8.12.0001; Campo Grande; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson; DJMS 18/06/2014; Pág. 19).

Assim, não comprovados que todos os requisitos legais foram satisfeitos, bem como por receberem vencimentos e não subsídios, a pretensão dos autores não encontra respaldo na legislação pertinente e, portanto, a pretensão de mudança de "letra" não merece acolhimento.

Do adicional por tempo de serviço.

Com relação ao adicional por tempo de serviço, os apelantes afirmam que têm direito ao recebimento de tal acréscimo sobre seus vencimentos totais, por terem adquirido o direito muito antes da publicação da Lei n. 2.157/00.

Assim, há que se perquirir se os recorrentes possuem direito adquirido em relação à forma de cálculo sobre os quinquênios já incorporados durante a vigência da lei anterior, isto é, se o valor deste adicional deve incidir sobre a remuneração, conforme a legislação revogada, ou sobre o vencimento base, nos termos da lei revogadora.

O art. 111, da Lei n.º 1.102/90, em sua redação original, assim preceituava:

> *"Art. 111. O adicional por tempo de serviço é devido por quinquênio de efetivo exercício prestado ao Estado, incidente sobre a remuneração de que trata o art. 73 § 3.º, desta Lei."*

No entanto sua redação foi alterada pela Lei Estadual n.º 2.157/2000, que passou a vigorar com a seguinte redação:

> *"Art. 111. O adicional por tempo de serviço é devido por quinquênio de efetivo exercício prestado ao Estado, incidente sobre o vencimento base do cargo."*

Tal importa que a sistemática do cálculo do adicional por tempo de serviço do art. 111 da Lei n. 1.102/90 sofreu alterações, com o advento da Lei n. 2.157/00, sendo que, incialmente, o seu percentual incidia sobre a remuneração (vencimento + vantagens - §3º do art. 73) e com a alterações que foram introduzidas, o valor do adicional por tempo de serviço passou a ser sobre o vencimento base e não mais sobre a remuneração.

Certo que o entendimento dos Tribunais Superiores, já consolidado, é de que não há direito adquirido a regime jurídico. No entanto, em respeito ao direito adquirido daqueles que já haviam completado o interstício necessário, para o recebimento da referida vantagem, antes da entrada em vigor da Lei 2.157/00, torna-se correto também afirmar que as novas regras não incidem sobre as vantagens já implementadas antes da vigência da Lei nova, porque o direito já foi incorporado ao patrimônio dos servidores, conforme preconiza o art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal.

Nesse contexto, os apelantes possuem o direito de receberem o adicional por tempo de serviço das parcelas incorporadas até 26.10.2000, sobre a remuneração total, conforme dispunha o art. 111, da Lei n.º 1.102/90, bem como às diferenças não pagas, desde que não acobertadas pela prescrição.

Entendimento diverso viola o princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

Gizo que tais diferenças somente são devidas sobre os quinquênios efetivamente incorporados (completados) até o advento da Lei 2.157/2000, sendo certo que, a partir de então, o cálculo dos novos quinquênios passará a ser feito de acordo com as estipulações da nova legislação, ou seja, deve ser calculado apenas sobre o vencimento base.

A propósito os precedentes desta Corte:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA COM PRECEITO COMINATÓRIO – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO = BASE DE CÁLCULO – REMUNERAÇÃO – LEIS ESTADUAIS N. 1.102/90 E 2.157/2000- DIREITO ADQUIRIDO – PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – IRRETROATIVIDADE DA LEI – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1- Os adicionais por tempo de serviço adquiridos anteriormente à vigência da Lei n. 2.157/2000 devem ser calculados sobre a remuneração, restando prescrita a pretensão de reaver as diferenças encontradas anteriormente ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, por força do disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/32. (...)"* (TJ/MS – Apelação Cível n. 0051985-25.005.8.12.000- Terceira Câmara Cível – Relator Marco André Nogueira Hanson – 22.04.2010).

Outro precedente, em voto de nossa Relatoria – Apelação Cível n. 0035382-03-2007.8.12.0001:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA COM PRECEITO CONDENATÓRIO – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – PRESCRIÇÃO – CINCO ANOS – QUINQUENIOS COMPLETADOS ANTERIORMENTE À ENTRADA EM VIGOR*

DA LEI ESTADUAL 2.157/2000 – FORMA DE CÁLCULO – DIREITO ADQUIRIDO – PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – JUROS DE MORA – 6% AO ANO – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC – RECURSO PROVIDO.

1. A Lei 2.157/00 alterou a forma de incidência do adicional de tempo de serviço, não ocasionando, porém, a extinção do benefício. Dessa forma, com a manutenção do pagamento mensal do referido adicional, além de restar incontroverso o fundo de direito, também ficou caracterizado o trato sucessivo, motivo pelo qual a única prescrição incidente é a de cinco anos a contar da data do ajuizamento da ação.

2. Se os servidores adquiriram o direito à percepção do adicional por tempo de serviço na vigência da lei anterior (Lei Estadual n. 1.102/90), evidente que o referido adicional deve continuar a ser calculado nos exatos termos estabelecidos em suas regras, sob pena de violação aos princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos.

3. A modificação na forma de cálculo do adicional por tempo de serviço introduzida pela Lei Estadual n. 2.157, de 26 de outubro de 2000, somente poderá ser aplicada em relação aos servidores que ainda não completaram o primeiro quinquenio, ou para os que se vencerem após essa data, de modo que seja preservado o direito adquirido daqueles que já tiveram incorporado ao seu patrimônio a vantagem pecuniária calculada sobre a remuneração.

4. Por se tratar cobrança de dívidas contra a Fazenda Pública, o INPC deve ser utilizado como indexador de correção monetária, e deve incidir a partir da data em que as parcelas deveriam ter sido pagas.

5. Os juros moratórios devem incidir no percentual de 6% ao ano, tendo como termo inicial para sua incidência a data em que deveriam ter sido pagos os adicionais, em razão da natureza da verba devida."

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 563.708/MS, por maioria de votos, deu parcial provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do voto da Relatora Min. Cármen Lúcia, para manter o acórdão na parte que reconheceu que a remuneração dos servidores públicos deveria ser adotada como base de cálculo para o adicional por tempo de serviço, até o advento da Lei estadual n. 2.157/2000, não em razão do direito adquirido ao regime remuneratório, como constou do acórdão, mas sim por força do princípio da irredutibilidade de vencimentos. Confira-se:

"(...) O acórdão recorrido, entretanto, ***há ser mantido na parte em que reconheceu a aplicação da Lei estadual n. 1.102/1990, segundo a qual a remuneração dos Recorridos deveria ser adotada como base de cálculo para o adicional por tempo de serviço, com vigência até o advento da Lei estadual n. 2.157/2000. É que a alteração na forma de cálculo da remuneração e do adicional por tempo de serviço devido aos Recorridos naquele período importaria em contrariedade ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, o que não é admitido pela pacífica jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.*** *Como fixado no acórdão recorrido, cumpre destacar que a forma de cálculo de remuneração então admitida não mais prevalece desde a promulgação da Lei estadual n. 2.157/2000, que, em harmonia com a Emenda Constitucional n. 19/1998 alterou a Lei estadual n. 1.102/1990. 10. Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso extraordinário."*

Assim, correta a conclusão de que os autores têm direito às diferenças de adicionais por tempo de serviço incorporados antes da vigência da Lei 2.157/2000, em razão do direito adquirido à forma de cálculo estabelecida pela Lei 1.102/90 até a entrada em vigor da Lei n. 2.157/2000.

Verifico que o STF apesar de negar o direito adquirido, pois, como alhures mencionado, já assentou entendimento acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico remuneratório, reconheceu o direito ao adicional por tempo de serviço na forma da Lei n. 1.102/90 até o advento da Lei estadual n. 2.157/2000, sob o fundamento de que negá-lo naquele período importaria em contrariedade ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Ora, se os apelantes adquiriram o direito à percepção do adicional por tempo de serviço na vigência da lei anterior (Lei Estadual n. 1.102/90), evidente que o referido adicional deve continuar a ser calculado nos exatos termos estabelecidos nas transcritas regras, sob pena de violação aos princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos.

Assim, não restam dúvidas quanto ao direito do apelantes (forma de cálculo anterior à Lei n. 2.157/00) e os prejuízos decorrentes do equívoco cometido pela Administração (redução de vencimento) ao calcular o adicional por tempo de serviço, parcela de caráter permanente e definitivo, incorporada ao vencimento daquele antes da vigência da Lei n. 2.157/00, nos termos previstos na nova redação do art. 111 da Lei n. 1.102/90, em violação às garantias constitucionais previstas no art. 5º, XXXVI e no art. 37, XV.

Ressalte-se que a modificação na forma de cálculo do adicional por tempo de serviço introduzida pela Lei Estadual n. 2.157, de 26 de outubro de 2000, somente poderá ser aplicada em relação aos servidores que ainda não completaram o primeiro quinquênio, de modo que seja preservado o direito adquirido daqueles que já tiveram incorporado ao seu patrimônio a vantagem pecuniária calculada sobre a remuneração.

Portanto, evidente que a Lei Estadual n. 2.157/00 somente pode ser utilizada para os qüinqüênios que se realizarem após a sua entrada em vigor, não podendo retroagir àqueles anteriores à sua vigência, pois estaria ferindo os princípios da irretroatividade da norma e da irredutibilidade dos vencimentos, e o direito adquirido.

Sobre o direito adquirido a Constituição Federal estipula, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que: "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*;"

A doutrina de Alexandre de Morais, *in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A. p. 298:

> *"De difícil conceituação, o direito denomina-se adquirido quando consolidada sua integração ao patrimônio do respectivo titular, em virtude da consubstanciação do fator aquisitivo (requisitos legais e de fato) previsto na legislação. Como salienta Limongi França, "a diferença entre a expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo".*

Também no mesmo sentido, o sempre lembrado Gabba, em sua obra Teoria da retroatividade das leis, elaborou o seguinte conceito de direito adquirido:

> *"É adquirido todo direito que a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei no tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; e que b) nos termos da lei sob cujo império se firmou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de que o adquiriu"* (GABBA, Carlos Francesco. Teoria della retroattivita delle legge. Roma: UTET, 1884. v.4).

Ademais, insisto, não se pode esquecer das garantias constitucionais atinentes ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, já que, tratando-se o adicional por tempo de serviço de vantagem adquirida pelo trabalho já feito (*pro labore facto*) não pode ser retirado e, como leciona Hely Lopes Meirelles, *"é uma vantagem pessoal, um direito adquirido para o futuro. Sua conditio juris é apenas e tão-somente, o tempo*

de serviço já prestado, sem se exigir qualquer outro requisito da função ou do servidor. (...) Sua adoção fica inteiramente a critério e escolha da Administração, que poderá concedê-lo, modificá-lo ou extinguí-lo a qualquer tempo, desde que o faça por lei e respeite as situações jurídicas anteriores, definitivamente constituídas em favor dos servidores que já completaram o tempo necessário para a obtenção da vantagem". (Direito administrativo brasileiro. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 405-406).

Nesse sentido é a jurisprudência dominante nesta Corte:

> *"EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ADICIONAL POR TEMPO SERVIÇO. LEI ESTADUAL N. 2.157/2000. FORMA DE CÁLCULO. DIREITO ADQUIRIDO. QUINQUÊNIOS JÁ INCORPORADOS. RECURSO ACOLHIDO COM ATRIBUIÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO.*
>
> *A modificação na forma de cálculo, introduzida pela Lei Estadual n. 2.157, de 26 de outubro de 2000, somente poderá ser aplicada em relação aos servidores que ainda não completaram o primeiro quinquênio, ou para os quinquênios que se vencerem após essa data, de modo que reste preservado o direito adquirido daqueles que já tiveram incorporado ao seu patrimônio a vantagem pecuniária calculada sobre a remuneração."* (TJMS- Embargos de Declaração - Nº 0000323-46.2010.8.12.0001/50000 - Campo Grande -Relator – Des. Sérgio Fernandes Martins -18.08.2015).
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – PRELIMINAR – DIALETICIDADE – REJEITADA – PROMOÇÃO COM BASE NO ARTIGO 3º DA LEI Nº 2.781/2003 – NÃO APLICÁVEL – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – LEI ESTADUAL 2.157/2000 – FORMA DE CÁLCULO – DIREITO ADQUIRIDO AOS QUINQUÊNIOS JÁ INCORPORADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Tendo o apelante demonstrado, satisfatoriamente, as razões pelas quais a decisão contra a qual se insurge é ilegal ou injusta, afasta-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.*
>
> *O artigo 3º da Lei n. 2.781/2003 não é aplicável aos servidores remunerados por vencimentos, não sendo o caso, portanto, de se determinar a promoção por cumprimento de interstício prevista no referido dispositivo.*
>
> *Se os servidores adquiriram o direito à percepção do adicional por tempo de serviço (quinquênios) na vigência da lei anterior (Lei Estadual n. 1.102/90), o referido adicional deve continuar a ser calculado nos exatos termos estabelecidos em suas regras, sob pena de violação ao art. 5º, XXXVI, da CF.*
>
> *A modificação na forma de cálculo, introduzida pela Lei Estadual n. 2.157, de 26 de outubro de 2000, somente poderá ser aplicada em relação aos servidores que ainda não completaram o primeiro quinquênio, ou para os que se vencerem após essa data, de modo que seja preservado o direito adquirido daqueles que já tiveram incorporado ao seu patrimônio a vantagem pecuniária calculada sobre a remuneração."* (Apelação - nº 0058650-18.2009.8.12.0001 - Campo Grande Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte -31.03.2015).
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDORES PÚBLICOS – GRUPO DA SAÚDE – PROGRESSÃO FUNCIONAL – LEGALIDADE – CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DE TODOS OS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DO DIREITO – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – CUMPRIMENTO DO INTERSTÍCIO NA VIGÊNCIA DA LEI ESTADUAL Nº 1.102/90 – DIREITO ADQUIRIDO – VANTAGEM*

CALCULADA SOBRE O VENCIMENTO DO CARGO EFETIVO ACRESCIDO DAS VANTAGENS DE CARÁTER PERMANENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

De acordo com a Lei Estadual nº 2.065/99 o servidor não tem direito à progressão funcional pelo simples decurso do tempo de serviço, pois além deste requisito existem outros critérios a serem observados no caso, a exemplo da existência de vaga, do resultado da avaliação de desempenho anual e do atendimento dos requisitos de experiência e ou capacitação estabelecidos em regulamento específico.

Em respeito ao direito adquirido daqueles que haviam cumprido o interstício necessário para o recebimento do adicional por tempo de serviço – ATS antes da entrada em vigor da nova lei (2.157/2000), deve permanecer a fórmula de incidência prevista anteriormente, ou seja, a gratificação deve incidir sobre o vencimento do cargo efetivo acrescido das vantagens de caráter permanente." (Apelação Cível n. 0062360-46.2009 -Relator –Des. Eduardo Machado Rocha- 12.08.2014).

E ainda, necessário esclarecer que, uma vez que o apelado foi admitido como servidor público antes da alteração do artigo 37, inciso XIV, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, possui o direito adquirido de ver o adicional por tempo de serviço regulamentado pelo texto anterior que estabelecia: *"XIV – os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento"*.

Dessa maneira, o adicional por tempo de serviço não está sendo cumulado sob o mesmo título ou idêntico fundamento, mas sobre as vantagens permanentes e temporárias (artigo 73, § 3º, da Lei n. 1.102/90), não havendo falar em ofensa ao artigo 37, inciso XIV, da Constituição Federal.

Destaco que, como visto alhures, as diferenças das parcelas anteriores a 29.05.2002 encontram-se prescritas, sendo devidas as diferenças apenas com relação aos cinco anos anteriores a propositura da presente ação, que se deu em 23.06.2009.

Por sua vez, a correção monetária e os juros de mora sobre o direito de recebimento das diferenças pretéritas não atingidas pela prescrição serão calculados da forma a seguir exposta.

Quanto aos juros de mora, estes serão devidos desde a citação, nos termos da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Com relação à correção monetária, deve ser aplicado o índice do IGPM a partir de cada pagamento indevido, no período anterior a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, ou seja, até 29/06/2009.

No período posterior, ou seja, a partir de 30/06/2009, deve ser aplicado o índice do IPCA, em razão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIN (s) 4357/DF e 4425/DF, ocorrido em 14/03/2013, de algumas expressões constante na redação do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao referido dispositivo legal.

Pelo que se depreende do julgamento das ADIN (s), não foi declarada a inconstitucionalidade da integralidade do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da lei 9.494/97, mas apenas das expressões *"índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança"* e *"independentemente de sua natureza"*.

Transcrevo a redação do mencionado dispositivo legal:

"Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais

de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança." (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009)

Por força desse julgamento e na ausência de índice de correção, os Tribunais do País passaram a utilizar índices diversos para atualização dos débitos da Fazenda Pública, como o INPC, IGP-M, IPCA, sendo este último o índice utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, fato que ocasionou o ajuizamento no Supremo Tribunal Federal das Reclamações Constitucionais nºs 16.745 e 16.651, tendo os Ministros Teori Zavascki e Dias Toffoli, relatores respectivamente daquelas ações, em sede de liminar, determinado que a correção das dívidas da Fazenda Pública não poderá ser feita por índice diverso daquele fixado pelo art. 100, §12 da Constituição Federal, que representa a mesma regra inserta no art. 1º-F da Lei 9.494/97, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1.270.439/PR, assentou que, a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei n. 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

E, no tocante à Reclamação Constitucional nº 16.745, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no AgRg no AREsp nº 288.026/MG, publicada no dia 20/02/2014, entendeu que não configura desobediência à determinação do Pretório Excelso a fixação dos consectários legais da condenação diversamente dos previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei 11.960/2009, mantendo-se o IPCA como melhor índice de correção, conforme decisão abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º- F DA LEI N. 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA. ART. 5º DA LEI N. 11.960/09. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL: IPCA. JULGAMENTO DE ADI NO STF. SOBRESTAMENTO. INDEFERIMENTO.

1. A Corte Especial do STJ, no julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.205.946/SP, assentou a compreensão de que a Lei n. 11.960/09, ante o seu caráter instrumental, deve ser aplicada de imediato aos processos em curso, à luz do princípio tempus regit actum, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

2. O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade parcial por arrastamento do art. 5º da Lei n. 11.960/09, no julgamento da ADI 4357/DF, Rel. Min. Ayres Brito, em 14.3.2013.

3. A Primeira Seção, por unanimidade, na ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.270.439/PR, assentou que, nas condenações impostas à Fazenda Pública de natureza não tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação da Lei n. 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei n. 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

4. A pendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. Cabível o exame de tal pretensão somente em eventual juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário interposto nesta Corte Superior.

5. A correção monetária e os juros de mora, como consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até

mesmo de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida na Corte de origem. Logo, não há falar em reformatio in pejus.

6. Por fim, com relação à liminar deferida pelo eminente Ministro Teori Zavascki na Reclamação 16.745-MC/DF, não há falar em desobediência desta Corte em cumprir determinação do Pretório Excelso, haja vista que não há determinação daquela Corte para que o STJ e demais tribunais pátrios se abstenham de julgar a matéria relativa aos índices de juros de mora e correção monetária previstos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, na redação da Lei n. 11.960/2009. Tampouco se extrai comando para que as Cortes do País aguardem ou mantenham sobrestados os feitos que cuidam da matéria até a modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI. Agravo regimental improvido". (AgRg no AREsp 288026/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 20/02/2014)

Assim, tenho que o IPCA deve ser aplicado como índice de correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública, no período posterior à entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, por se tratar de índice fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1.270.439/PR.

Por todas essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para o fim de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul: a) – no pagamento aos apelantes do adicional por tempo de serviço – ATS, adquirido anteriormente à vigência da Lei n. 2.157/2000, sobre o vencimento do cargo efetivo acrescido das vantagens de caráter permanente, ou seja, calculado na forma do Art. 73, § 3º, da Lei Estadual nº 1.102/90; b) – no pagamento das diferenças pretéritas advindas do direito ora reconhecido, não atingidas pela prescrição, acrescidas de juros de mora de acordo com o art. 1º-F da Lei 9.494/97, a partir da citação, e de correção monetária a partir de cada pagamento indevido, pelo índice do IGPM no período anterior a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, e pelo índice do IPCA no período posterior.

Em razão do provimento parcial deste recurso e da verificação de sucumbência recíproca, aplico o art. 21, *caput*, do CPC, e determino a distribuição das verbas sucumbências fixadas na sentença na proporção de 50% (setenta por cento) para cada parte.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0802201-38.2014.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTRATO OBJETO DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – DESCONTOS INDEVIDOS NA CONTA DA AUTORA ONDE RECEBE PENSÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANDO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO – DANO MORAL PRESUMIDO – INDENIZAÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – APLICAÇÃO DO ART. 20, § 3° DO CPC – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA – RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DO RÉU DESPROVIDO.

1. A instituição bancária tem o dever de conferir os documentos apresentados com a assinatura do portador, inibindo as ações de estelionatários e na condição de fornecedora de serviços, responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

2. Reconhecido que a autora não fez parte do vínculo contratual não há falar em débito por parte dela, restando abusivo e indevidos os descontos em sua conta corrente.

3. A indenização por dano moral deve ser fixada de maneira equitativa e em conformidade com as circunstâncias do caso, não podendo ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, nem exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima.

4. O desconto em conta corrente de parcelas dos empréstimos não contraídos pela autora, mesmo após ser a instituição financeira informada sobre suposta fraude perpetrada por terceiro, impõe a repetição em dobro do indébito, de acordo com o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não se trata de engano justificável.

5. As custas processuais e os honorários de advogado devem ser suportados por quem deu causa à propositura da ação, consoante o princípio da causalidade.

6. Deve ser revisto o valor arbitrado aos honorários advocatícios de forma desarrazoada, sob pena de distanciamento do juízo de equidade insculpido no art. 20, § 4º, do CPC e consequente desqualificação do trabalho desenvolvido pelo advogado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares, dar parcial provimento ao apelo de Leonarda Almeida e negar provimento ao recurso de Banco do Brasil S/A, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 8 de março de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimentos recursais de apelação cível interposto por Banco do Brasil S.A. e Leonarda Almeida contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Única da Comarca de Caarapó que, na ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e danos morais movida contra a instituição financeira, julgou parcialmente procedentes os pedidos para o fim de declarar inexistente a relação jurídica entre as partes de empréstimo bancário com desconto no benefício previdenciário da autora e condenou o requerido à devolução dos valores descontados, em relação aos fatos descritos na inicial, atualizados a partir de cada desconto, com juros legais de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM (FGV), até a data do efetivo pagamento e ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em uma única parcela, a ser corrigido monetariamente a partir da citação e atualizado com juros simples no percentual de 1% ao mês a partir da sentença.

Leonarda Almeida alega, em síntese, preliminarmente o deferimento de assistência judiciária gratuita e no mérito: que a devolução dos valores descontados seja em dobro e não de forma simples, diante da má fé do requerido; a majoração do valor fixado a título de indenização por danos morais eis que insuficientes bem como do valor fixado para os honorários de sucumbência.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso para condenar o réu à devolução em dobro de cada parcela descontada, e aumentar o valor da indenização fixando-a na quantia equivalente à R$ 30.000,00 (trinta mil reais), bem como aumentar o valor fixado a título de honorários de sucumbência, majorando o para 20% do valor da condenação.

Banco do Brasil S.A. Alega, em síntese, que:

> *1) Falta de interesse de agir da autora, pois agiu em estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular do direito, inexistindo de ato ilícito imputável;*
>
> *2) Se a abertura de crédito foi efetuada por terceiro fraudados, houve caso fortuito e não há que se falar em responsabilidade do apelante pelos danos ocasionados eis que ausente o nexo causal;*
>
> *3) Inexistência de dano moral e sua comprovação, contudo se condenado o valor deve ser reduzido, pois fixado em quantia excessiva;*
>
> *4) É descabida a restituição de valores já que não houve má-fé mas somente o exercício regular de um direito;*
>
> *5) Houve sucumbência recíproca e não mínima, conforme 21, caput, do CPC.*

Requer, *in fine*, o provimento do recurso para afastar a indenização ou reduzir o seu valor, declarar indevida a restituição de valores e modificar o ônus de sucumbência.

Contrarrazões pela rejeição do recurso da parte adversa.

VOTO

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

Trata-se de procedimentos recursais de Apelação Cível interposto por Banco do Brasil S.A. e Leonarda Almeida contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Única da Comarca de Caarapó que,

na ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e danos morais movida contra a instituição financeira, julgou parcialmente procedentes os pedidos para o fim de declarar inexistente a relação jurídica entre as partes de empréstimo bancário com desconto no benefício previdenciário da autora e condenou o requerido à devolução dos valores descontados, em relação aos fatos descritos na inicial, atualizados a partir de cada desconto, com juros legais de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM (FGV), até a data do efetivo pagamento e ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em uma única parcela, a ser corrigido monetariamente a partir da citação e atualizado com juros simples no percentual de 1% ao mês a partir da sentença.

Os recursos serão analisados juntos.

Preliminar

Primeiramente analiso a prejudicial, alegada pela instituição financeira, de falta de interesse de agir, eis que agiu em estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular do direito, inexistindo de ato ilícito imputável.

Sobre o interesse de agir, ressalte-se que este está associado à necessidade, utilidade e adequação do pedido.

> *Daniel Amorim Assunção Neves, em sua obra* "Manual de direito processual civil", Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 78-79, elucida, in verbis:
>
> *"A ideia do interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será o suficiente para justificar o tempo, energia e dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda.*
>
> *Não se deve analisar se o autor tem efetivamente o direito que alega ter e que, portanto, se sagrará vitorioso na demanda, porque esse é tema pertinente ao mérito e não às condições da ação. O juiz deve analisar em abstrato e hipoteticamente se o autor, sagrando-se vitorioso, terá efetivamente a melhora que pretendeu obter com o pedido de concessão de tutela jurisdicional que formulou por meio do processo. Ter ou não razão em suas alegações e pretensões é irrelevante nesse tocante, não afastando a carência da ação por falta de interesse de agir."*

In casu, não há que se falar em falta de interesse de agir quando a autora tem o seu nome indevidamente negativado pelo requerido e não conseguiu resolver a celeuma administrativamente.

Ante tal, torna-se evidente a necessidade e utilidade do uso da Jurisdição no presente caso, adotada, ainda, a via adequada, pois o provimento jurisdicional pretendido será capaz de proporcionar uma melhora na situação fática da requerente se vencedora da demanda.

O argumento de que o Banco agiu no estrito cumprimento do dever legal ou de que não cometeu qualquer ilícito, por certo que reside na aferição do mérito da demanda. Jamais no campo da falta de uma das condições da ação.

Portanto, rejeito a preliminar de falta de interesse de agir.

Passo à análise do mérito.

Do dano moral

A presente ação foi proposta sob a alegação de que a autora não fez e nem autorizou fazer em seu nome qualquer empréstimo bancário. O réu limitou-se a alegar que tomou todas as precauções possíveis na celebração do negócio.

Pela análise dos autos, tem-se que o requerido não conseguiu desempenhar seu encargo probatório, ônus que lhe incumbia, nos termos do inciso II, do artigo 333, do CPC:

> *"Art. 333. O ônus da prova incumbe:*
>
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*
>
> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

Moacyr Amaral Santos, "Prova judiciária no cível e comercial", vol.I, São Paulo: Max Limonad, p.105-106, elucida que o ônus da prova incube tanto ao autor que apresenta um pedido ou pretensão, como ao réu, que solicita seja o pedido ou pretensão rejeitado.

Ao transcrever o entendimento de Chiovenda sobre o tema, aponta que *"às partes cabe a tarefa de preparar o material necessário à instrução do processo, bem como a de deduzir e provar ao juízo aquilo que desejam seja por este ponderado ao proferir o julgamento"*.

Ante tal, é mister que o juiz não pode considerar circunstâncias que não resultem de fatos provados (*judicet secundum allegata e probata; quod non est in actis non est in mundo*).

Se a instituição financeira não comprovou suas alegações e resolveu assumir os riscos inerentes à ausência de provas cabais, terá de suportar as consequências de um julgamento desfavorável.

Assim, diante da ausência de provas de que houve a contratação dos empréstimos de forma legítima e através da apresentação de documentos pessoais, há de ser rechaçada a tese do requerido, eis que diante da alegação da ilicitude da cobrança feita pelo consumidor, caberia à Instituição Financeira comprovar a existência de um contrato válido de empréstimo, pois somente ela poderia ter acesso a essas informações em seus cadastros.

Vale lembrar que o banco, na condição de fornecedor de serviços, responde, segundo disposição do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, o que é evidente no presente caso, pois a ele cabia zelar pela integridade do serviço prestado

Insta consignar que não é crível que o sistema organizacional de uma instituição de grande porte, que exerce atividade profissional altamente especializada, desconte valores da conta do consumidor como forma de cobrança, sem tomar as mínimas precauções cabíveis para comprovar a efetivação correta do empréstimo feito.

Dentro desta perspectiva, se a cobrança foi feita de forma indevida e que ocasionou a retirada de dinheiro na conta-corrente da autora para pagamento de dívida que não contratou, resta patente a ocorrência do dano moral.

O desconto sobre valor que a requerente aufere por mês, o descaso da instituição financeira em resolver o problema e a necessidade de busca da tutela jurisdicional para solucionar a questão, são fundamentos bastantes para configurar o abalo moral apto a gerar indenização.

O ressarcimento do dano moral decorrentes de ato lesivo praticado contra o consumidor deve servir não só como reparação à vítima, mas como desestímulo a comportamentos da mesma natureza, levando os fornecedores de produtos e serviços, que detém o poderio econômico, a atuar com maior cuidado, bom senso e prudência, evitando a prática de atos que gerem danos como os deste caso.

Uma vez reconhecido que a autora não fez parte do vínculo contratual não há falar em débito por parte dela, restando abusiva e indevida os descontos feitos em sua renda financeira de subsistência.

O Banco assumiu o risco ao contratar sem o devido zelo, desrespeitando as normas de proteção dos direitos dos consumidores, inexistindo hipótese de excludente de responsabilidade. Se houve contratação pelo Banco com terceiros em que foram utilizados dados como sendo pessoais da autora, isto não elide a responsabilidade da instituição financeira, que, no caso, é objetiva.

Descurou-se do cuidado objetivo exigível no caso concreto, nascendo daí a inexistência da relação jurídica, que retirou a legitimidade ou legalidade da inscrição do nome da requerente nos cadastros dos órgãos de restrição ao crédito.

Nesse sentido, já decidiu o STJ, penalizando a instituição bancária por negligência na prestação de seus serviços:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CADASTRO DE INADIMPLENTES. INSCRIÇÃO INDEVIDA. FRAUDE PRATICADA POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRECEDENTES. DANO MORAL. VALOR. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. NÃO PROVIMENTO.*
>
> *"O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a pactuação de contrato bancário mediante fraude praticada por terceiro estelionatário, por constituir risco inerente à atividade econômica das instituições financeiras, não elide a responsabilidade destas pelos danos daí advindos." (AgRg no Ag 1148316/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 09/08/2011, DJe 06/09/2011) 2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado."* (AgRg no Ag 1318080/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 30/11/2011)
>
> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.*
>
> *Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.*
>
> *2. Recurso especial provido."* (REsp 1199782/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011)

Sendo os serviços prestados regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pelo fato do serviço é objetiva, o que torna induvidoso que o pedido formulado na inicial tem procedência, devendo assim ser paga a indenização pelos danos morais causados.

O que se demonstra transcendental na hipótese é que a autora não participou da relação jurídica que o requerido permitiu que fosse realizada, e pior ainda quando, em que pese tal fato, descontou os valores da renda da autora, gerando o dano moral passível de indenização, o qual prescinde da demonstração de qualquer prejuízo.

Fica evidente que o próprio banco foi quem cometeu o ato ilícito e tem a obrigação de indenizar, sendo o responsável pela intranquilidade da autora, abalando-a emocionalmente com perda do dinheiro que a mantém, que por si só já causa abalo e constrangimento.

Portanto, não há falar em ausência do dano moral suportado, tampouco em ausência de culpa da instituição financeira.

Da valoração da indenização

A reparação do dano moral não passa de uma compensação que se faz em face da dor sofrida, do abalo no ânimo. O que se busca com a reparação não é afastar, nem substituir a dor, e sim colocar ao lado deles, em benefício de quem vive essa experiência, para que se desfaça a situação criada ou se encontre uma outra motivação em sua vida, e, assim, retome a normalidade dentro do possível.

Para a quantificação dessa compensação, não existe uma regulamentação específica, ou um critério que imponha valores.

Dessa forma, para se definir o valor do dano moral, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, devendo, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade.

Contudo, a reparação do dano moral não tutela tão somente o interesse particular, mas também todo o meio social, porquanto, a partir do momento que se pune uma pessoa por violação previamente estabelecida em lei, tal sanção passa a tutelar repressivamente o caso concreto e preventivamente em relação aos demais membros da sociedade.

Carlos Alberto Gonçalves em sua obra "Responsabilidade civil", 14. ed. SP: Saraiva, 2012, p. 504/505, elucida a matéria, *in verbis*:

> *"(...) a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem."*

Assim, a fixação do dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o seu arbitramento e, portanto, deve-se levar em contra os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização.

Rui Stoco, em sua obra elucida, (Tratado de responsabilidade civil. Rui Stoco. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 128). *in verbis*:

> *"Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido."*

Em suma, para o causador do dano, o valor da indenização tem de ser relevante, atentando-se à sua capacidade econômica. E para a vítima, não pode esse valor ser desproporcional ao seu sofrimento (nem para menos, nem para mais).

Nesse contexto, entendo que para a controvérsia examinada, adequada se mostra a fixação da indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), montante que não se mostra nem tão baixo – assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais – nem tão elevado – a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Da devolução dos valores

A cobrança indevida dos valores, com o desconto na renda da autora, ofende o princípio da boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil, segundo o qual, "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*".

Daí ter Nelson Rosenvald em sua obra "Código Civil Comentado", Coordenador Ministro Cezar Peluso, 3ª. Edição, Editora Manole, 2009, p. 458/459, elucida que "*o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão de todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros da honestidade e retidão*".

Maria Helena Diniz, sobre a matéria consigna em sua obra "Curso de direito civil brasileiro", 3º volume. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. Editora Saraiva, p. 41/42, *"que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, denoto e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc. É uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição dos riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa"*.

A conduta da requerida certamente não obedeceu a regra em tela já que não solucionou o problema assim que informada pela autora, sendo devida a condenação de repetição em dobro do indébito.

Neste sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONDENAÇÃO DEVIDA – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – DATA DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA DO ARBITRAMENTO – DEVOLUÇÃO EM DOBRO DE VALORES – DESCONTOS INDEVIDOS NO PROVENTO DE APOSENTADORIA DO AUTOR – AUSÊNCIA DE ARGUMENTO CAPAZ DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *(...) Os descontos indevidos nos proventos de aposentadoria do autor, em razão da negligência da instituição financeira, ensejam a devolução em dobro de tais Valores."* (Agravo Regimental - Nº 0800071-67.2013.8.12.0045/50000 – Sidrolândia - Relator – Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte 4ª Câmara Cível - 17 de fevereiro de 2016)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADA – CONTRATAÇÃO NÃO DEMONSTRADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – REPETIÇÃO DEVIDA EM DOBRO. JUROS DE*

MORA – A PARTIR DO EVENTO DANOSO. CORREÇÃO MONETÁRIA – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. DANOS MORAIS CONFIGURADOS – VALOR MAJORADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORADOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

"As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias." (Súmula 479, Segunda Seção, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012)

Não demonstrada a contratação do serviço descontado em benefício previdenciário de aposentado, é devida a repetição do indébito em dobro. (...)" (Apelação - Nº 0800769-60.2014.8.12.0038 - Nioaque - Relator – Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - 4ª Câmara Cível - 2 de dezembro de 2015)

Pontuado tal, inegável reconhecer-se devida a devolução em dobro dos valores retirados indevidamente da renda da autora, devendo ser reformada a sentença neste quesito.

Da sucumbência

De acordo com o art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil as despesas processuais e honorários advocatícios devem ser repartidos na proporção do decaimento de cada parte:

"Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas".

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, comentando o art. 21 do Código de Processo Civil, prelecionam:

"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" (Código de processo civil comentado. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 323.)

Portanto, agiu com acerto o juiz singular ao estabelecer que o requerido deve suportar os ônus de sucumbência, em razão da requerente ter decaído em parte mínima do pedido, velando, desse modo, pela observância do princípio da causalidade.

Dos honorários advocatícios

Tenho que as verbas de sucumbência não foram pautadas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a remunerar adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto.

Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"(...) A razoabilidade, aliada aos princípios da eqüidade e proporcionalidade, deve pautar o arbitramento dos honorários. A verba honorária deve representar um quantum que valore a dignidade do trabalho do advogado e não locupletamento ilícito. (...) (AgRg no REsp 977.181/SP, relatado por este Magistrado, Segunda Turma, julgado em 19.2.2008, DJ 7.3.2008, p. 1)". (STJ - AgRg no REsp 1114508/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 25.08.2009, DJe 16.09.2009).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (EMBARGOS

À EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO. NOVA AFERIÇÃO NO ÂMBITO DO STJ. MINORAÇÃO. POSSIBILIDADE, SEM INFRINGÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ).

(...) É certo que o princípio da causalidade impera para o sucumbente quanto ao ônus dos honorários, mas a equidade sobrepesa para a "justiça do caso concreto", respeitando-se sempre a proporcionalidade, a razoabilidade e o Direito, sob pena de se tangenciar um enriquecimento sem causa. (...)" (STJ - EDcl no AgRg no Ag 1017350/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 04.08.2009, DJe 02.09.2009).

Nesse diapasão, analisando o grau de zelo, o trabalho desenvolvido pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, bem como a natureza da ação, concluo que os honorários devem ser estipulados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil tendo em vista a condenação.

Ex positis, rejeito a preliminar de falta de interesse de agir; no mérito dou parcial provimento ao apelo interposto por Leonarda Almeida para determinar que os valores descontados indevidamente sejam restituídos em dobro e para arbitrar os honorários advocatícios em 15% sobre o valor total da condenação nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, a ser pago pelo requerido diante da sucumbência mínima da autora e; nego provimento ao apelo interpostos pelo Banco do Brasil S.A.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares, deram parcial provimento ao apelo de Leonarda Almeida e negaram provimento ao recurso de Banco do Brasil S/A, 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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 08 de março de 2016.

***

4ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 1412644-92.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA DECORRENTE DE AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – NÃO VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO, RESULTANTE DOS ATOS E DOCUMENTOS DA CAUSA – MATÉRIA RELATIVA À DESCONSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – SENTENÇA DECLARATÓRIA DE INTERDIÇÃO DO ALIMENTADO POSTERIOR À DESCONSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – LAUDO PERICIAL DOS AUTOS DE INTERDIÇÃO QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO DOCUMENTO NOVO PARA POSSIBILITAR A RESCISÃO DA DECISÃO IMPUGNADA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Sobre a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória com base em apresentação de documento novo, a redação do art. 485, inc. VII do CPC disciplina que: "*A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando, depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável*."

Diante do texto legal se extrai a seguinte interpretação:

1) que o documento já existia durante o trâmite do processo original, contudo, o autor não teve como utilizá-lo ou desconhecia a sua existência;

2) o documento, sem que se precise de quaisquer outras provas deve ser suficiente para reformar a sentença ou acórdão rescindendo.

No caso dos autos, o autor foi interditado posteriormente à sentença rescindenda e o laudo de eletroencefalograma que constatou possuir: "*atividade elétrica de média voltagem com sinais de irritabilidade, instabilidade cortical, discretos a moderados, de distribuição, projeção generalizada, sem localizar focos*" foi confeccionado em 02/10/2012 após a sentença da exoneração de alimentos prolatada em 18/09/2012, não se tratando de documento novo capaz de modificar o decisório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de ação rescisória proposta por R. L. de O. em desfavor de R. L. O. visando rescindir a sentença que julgou procedente a ação de Exoneração de Alimentos (autos nº 0808054-89.2012.8.12.0001).

Sustenta que não contestou tempestivamente a ação por medo de represálias, resultando na declaração de sua revelia, contudo, já possuía um laudo de eletroencefalograma, datado de 02/10/2012, comprovando sua incapacidade mental, motivo pelo qual faz jus ao recebimento da pensão alimentícia que era paga pelo genitor.

Argumenta que após o trânsito em julgado da sentença foi decretada sua interdição (autos nº 0827643-33.2013.8.12.0001).

Aduz que se tivesse a oportunidade de utilizar o laudo médico que indica sua incapacidade mental na ação de exoneração de alimentos, provavelmente teria um pronunciamento favorável, por isso, requer a rescisão da sentença.

Juntou documentos de f. 12/42.

O requerido apresentou contestação afirmando que o autor ingressou em 11/12/2012 ação de alimentos (autos nº 0823996-64.2012.8.12.0001) perante o Juízo da 1º Vara de Família, o qual obteve sentença favorável ao recebimento de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, tendo inclusive entrado com recurso de apelação para ver majorado o valor, assim o autor deve abrir mão de uma das duas ações, esta da rescisória ou de alimentos, não podendo induzir o Poder Judiciário a cometer erros. Ademais, há outros fundamentos para que a ação rescisória não seja procedente como: a) o autor nem sequer compareceu no processo para contesta a pretensão de exoneração de alimentos; b) o documento não era desconhecido dele, pois o tinha em mãos; c) o documento é de interpretação subjetiva, de modo que não tem o condão de assegurar pronunciamento favorável; d) não guarda relação com o fato alegado no curso da demanda, pois nem sequer chegou o autor a contestar. Por tais razões requer a improcedência da ação (f. 130/134). Juntou documentos de f. 135/164.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 168-175, pela improcedência da pretensão rescisória.

VOTO

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

Trata-se de ação rescisória proposta por R. L. de O. em desfavor de R. L. O. visando rescindir a sentença que julgou procedente a ação de Exoneração de Alimentos (autos nº 0808054-89.2012.8.12.0001).

Sustenta que não contestou tempestivamente a ação por medo de represálias, resultando na declaração de sua revelia, contudo, já possuía um laudo de eletroencefalograma, datado de 02/10/2012, comprovando sua incapacidade mental, motivo pelo qual faz jus ao recebimento da pensão alimentícia que era paga pelo genitor.

Argumenta que após o trânsito em julgado da sentença foi decretada sua interdição (autos nº 0827643-33.2013.8.12.0001).

Aduz que se tivesse a oportunidade de utilizar o laudo médico que indica sua incapacidade mental na ação de exoneração de alimentos, provavelmente teria um pronunciamento favorável, por isso, requer a rescisão da sentença.

Juntou documentos de f. 12/42.

O requerido apresentou contestação afirmando que o autor ingressou em 11/12/2012 com outra ação de alimentos (autos nº 0823996-64.2012.8.12.0001) perante o Juízo da 1º Vara de Família, o qual obteve sentença favorável ao recebimento de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, tendo inclusive entrado com recurso de apelação para ver majorado o valor, assim o autor deve abrir mão de uma das duas ações, esta da rescisória ou de alimentos, não podendo induzir o Poder Judiciário a cometer erros. Ademais, há outros fundamentos para que a ação rescisória não seja procedente como: a) o autor nem sequer compareceu no processo para contestar a pretensão de exoneração de alimentos; b) o documento não era desconhecido dele, pois o tinha em mãos; c) o documento é de interpretação subjetiva, de modo que não tem o condão de assegurar pronunciamento favorável; d) não guarda relação com o fato alegado no curso da demanda, pois nem sequer chegou o autor a contestar.

Por tais razões requer a improcedência da ação (f. 130/134). Juntou documentos de f. 135/164.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 168-175, pela improcedência da pretensão rescisória.

Passo à análise das questões postas.

Fazendo um pequeno retrospecto sobre os fatos, observa-se que o requerido propôs ação de exoneração de alimentos contra o autor (autos nº 0808054-89.2012.8.12.0001) que tramitou no Juízo da 2º Vara de Família, havendo a sentença de extinção do pagamento da pensão alimentícia no valor de 15% sobre os vencimentos líquidos do pai em decorrência da ação de alimentos (autos nº 96.0022581-8) que tramitou na 3º Vara de Família.

Assim, observo que a questão trazida nesta ação rescisória cinge contra a sentença que extinguiu a pensão alimentícia recebida pelo autor, sob o fundamento de que após o trânsito em julgado ocorrido em 22/10/2012, no processo de Interdição (Autos nº 08276-33.2013.8.12.0001) ele foi considerado incapaz com base em laudo médico que constatou ser portador de epilepsia e retardo mental moderado, com a declaração de não ter condições de desenvolver atividades laborais e tal exame data de 02/10/2012 (f. 14/25, 37/42).

Colaciono referida sentença rescidenda:

> *"Trata-se de Ação de Exoneração de Pensão Alimentícia que R. L. O. move em face de R. L. de O., sob o argumento de que o requerido já atingiu a maioridade, contando com mais de trinta anos, tendo, inclusive constituído família. O artigo 1695, do Código Civil estabelece que são devidos os alimentos "quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento". Ainda, o artigo 1.699, do mesmo diploma legal, permite a redução dos alimentos, ou sua exoneração, nos seguintes termos: "se fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração (grifo), redução ou majoração do encargo". Da análise dos*

> *autos, tenho que o pedido inicial deve ser julgado procedente. Senão vejamos. Incontroversa nos autos a maioridade do requerido, conforme faz prova a certidão de nascimento de f. 36, sendo pacífico o entendimento, na doutrina, de que a aquisição desta faz nascer a presunção de que não mais necessita o alimentando do pensionamento, invertendo-se o ônus da prova, cabendo a este demonstrar sua real necessidade. Ora, no caso em tela, devidamente citado, o requerido não contestou a ação, presumindo-se verdadeiros os fatos articulados na inicial. Diante dessas considerações, inarredável a procedência do pedido. Posto isso, e tudo mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido deduzido nesta Ação de Exoneração de Pensão Alimentícia, promovida por R. L. O., em face de R. L. de O., para o fim de exonerar o requerente do encargo de pagar pensão alimentícia ao requerido."*

Sobre a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória com base em apresentação de documento novo, a redação do art. 485, inc. VII do CPC disciplina que:

> *"A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando, depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;"*

Diante do texto legal se extrai a seguinte interpretação:

1) Que o documento já existia durante o trâmite do processo original, contudo, o autor não teve como utilizá-lo ou desconhecia a sua existência;

2) O documento, sem que se precise de quaisquer outras provas deve ser suficiente para reformar a sentença ou acórdão rescindendo.

Conforme preleciona Alexandre Freitas Câmara[1]:

> *"documento novo, registre-se, não é documento superveniente. Pelo contrário, o documento novo a que se refere o dispositivo legal é, necessária e inevitavelmente, um documento velho. Facilmente se conclui assim quando se verifica que a fala a lei de um "documento novo" cuja existência se ignorava. Ora, só se pode ignorar a existência – passe o truísmo – do que existe. Assim, só se pode admitir a apresentação de documento novo quando este já existia e, portanto, não é tão novo assim. A novidade do documento diz respeito ao processo, já que é inédito, não tendo sido produzido no processo original, onde se proferiu a sentença rescindenda".*

Também se extrai da doutrina proclamada por Marcus Vinicius Rios Gonçalves:[2]

> *"(...)*
>
> *g) Depois da sentença, se o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável: documento novo não é aquele que se formou após a prolação da sentença, mas aquele anterior, cuja existência era ignorada pelo autor da ação rescisória, ou de que ele não pôde fazer uso. Não pode ser considerado como tal aquele que deixou de ser apresentado por desídia ou negligência, cuja existência se conhecia, ou cuja obtenção era acessível.*

1 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

2 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento, segunda parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 153. v. 2.

> *Não cabe a ação rescisória se a parte interessada deixou de apresentar o documento por sua culpa. É indispensável que o documento seja de tal ordem que possa assegurar, por si só, um pronunciamento favorável.*

No caso dos autos, embora esteja devidamente comprovado que o autor trata-se de pessoa interditada por sentença transitada em julgado, verifica-se que o laudo de eletroencefalograma que constatou ter o alimentado *"atividade elétrica de média voltagem com sinais de irritabilidade, instabilidade cortical, discretos a moderados, de distribuição, projeção generalizada, sem localizar focos"* foi confeccionado em 02/10/2012, após a sentença (18/09/2012) que exonerou o requerido da obrigação alimentar.

Ademais,o autor sequer contestou a ação originária de exoneração da pensão alimentícia, embora devidamente citado,(f. 32) em 16/07/2012, conforme consta na sentença: *"Devidamente citado, o requerido deixou transcorrer in albis o prazo, sem apresentar resposta (f. 26)"* (f. 33).

Portanto, até a sentença rescindenda não existia nem o exame médico que data de 02/10/212 (f. 14/15), o laudo psiquiátrico de 01/07/2013 (f. 37/40) e nem o processo de interdição com a declaração de incapacidade do alimentado, cuja decisão foi prolatada em 26/02/2014 (f. 41/42).

Desse modo, não é o caso de se aferir sobre a justiça ou não da decisão rescindenda, mas de se assegurar a segurança jurídica.

Por consequência, não se pode conhecer, nesta via, da questão relativa à existência ou não ao direito de receber os alimentos do genitor.

Como bem ressaltado pela Procuradoria Geral de Justiça:

> *"(...) Portanto, mister que o documento novo para ser considerado apto a rescindir decisão de mérito deve preencher alguns requisitos, quais sejam, ser anterior à decisão rescindenda, ser ignorado pelo interessado ou ter sido impossível sua utilização à época no processo originário e, por si só, ser capaz de modificar o que outrora fora decidido. (...). In casu, inobstante o Autor atualmente esteja interditado, portanto, incapaz para os atos da vida civil, tal condição só fora evidenciada após a confecção de laudo produzido em 02/10/2012 (f. 14), data posterior à sentença proferida em 18/09/2012 (f. 33-35), daí por que referido documento não se enquadra nas hipóteses do que se denomina de documento novo, visto que inexistente à época da prolação da sentença.*
>
> *Consigne-se que, o fato de o Autor também ter ajuizado nova ação de alimentos em face do Réu, que foi inclusive julgada parcialmente procedente (f. 150-153), não impediria a procedência desta ação, caso restassem preenchidos os requisitos para tanto, contudo, uma vez não cumprida essa exigência, vez que o documento trazido por aquele não pode ser considerado "novo", a improcedência da presente ação é medida que se impõe.*

Por todas essas considerações, de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça julgo improcedente o pedido, para manter a sentença proferida na ação de exoneração de alimentos.

Sem custas e sem honorários advocatícios por ser o autor beneficiário da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Reexame Necessário nº 0800469-14.2013.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE COBRANÇA – ADAPTAÇÃO DE VEÍCULO COMUM EM VEÍCULO PRÓPRIO PARA COMBATE À INCÊNDIOS – FALTA DE PAGAMENTO POR AUSÊNCIA DE NOTA DE EMPENHO – IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO ASSINADO, ADITIVOS E TESTEMUNHAS QUE COMPROVAM A ENTREGA DO VEÍCULO AO MUNICÍPIO – AUSÊNCIA DE PROVA CONTRÁRIA – ART. 333, II, CPC – MANTIDA A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO – ALTERAÇÃO QUANTO AOS JUROS DE MORA – ALTERAÇÃO QUANTO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA – VALOR CERTO – ART. 20, § 4º, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Cuida-se de reexame necessário da decisão singular proferida pelo juízo da 2ª Vara de Sidrolândia que, nos autos da ação de cobrança proposta por Sato & Takishita Ltda - ME, julgou procedente o pedido inicial, para condenar o Município de Sidrolândia ao pagamento de R$ 100.000,00, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. A correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º, da Lei n. 11.960/09, a partir da vigência desta lei, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada no período, de acordo com o STJ. Condenou ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, §3º, do CPC, decretando a extinção do feito, com resolução do mérito, conforme determina o art. 269, I, do CPC.

Não houve recurso voluntário.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme já relatado, os autos vieram para reexame necessário da decisão singular proferida pelo juízo da 2ª Vara de Sidrolândia que, nos autos da ação de cobrança proposta por Sato & Takishita Ltda - ME, julgou procedente o pedido inicial, para condenar o Município de Sidrolândia ao pagamento de R$ 100.000,00, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. A correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º, da Lei n. 11.960/09, a partir da vigência desta lei, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada no período, de acordo com o STJ.

Condenou ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, §3º, do CPC, decretando a extinção do feito, com resolução do mérito, conforme determina o art. 269, I, do CPC.

Colhe-se dos autos que a autora Sato & Takishita Ltda ME ajuizou ação de cobrança contra o Município de Sidrolândia buscando o recebimento da quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais), referente ao contrato administrativo de prestação de serviço n. 42/2012, firmado entre as partes em 24/12/2012, para transformação de um veículo comum em veículo oficial para combate a incêndios. Trouxe aos autos, cópia do contrato e demais aditivos firmados em razão da necessidade de dilação do prazo para conclusão dos serviços e arrolou testemunhas.

O Município de Sidrolândia, em sua contestação, por não ter localizado a nota de empenho, alega que não se pode afirmar se houve ou não a realização dos serviços e realizar o pagamento.

Em sentença, o magistrado entendeu que a ausência da nota de empenho não impede o pagamento dos serviços prestados, de forma que a obrigação deve ser cumprida, para evitar o enriquecimento ilícito da Administração Pública, utilizando-se das provas testemunhais, que confirmaram que o veículo foi entregue ao Município.

Tenho que a sentença não merece reparos.

Ao analisar detidamente os autos, constatou-se que o Município de Sidrolândia não trouxe ao caderno processual, comprovação de que os serviços não foram prestados, concluídos ou de que o caminhão não foi entregue, conforme preconiza o art. 333, II, do Código de Processo Civil, onde cabe ao réu comprovar a existência de qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, todavia, no caso em tela, observa-se que o requerido cingiu-se a fazer alegações, não colacionando qualquer prova a corroborar suas afirmações.

> *"Art. 333. O ônus da prova incumbe:*
>
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*
>
> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

Sobre o tema, da doutrina de Antônio Cláudio da Costa Machado, destaca-se:

> *"Ônus é encargo processual (não é obrigação nem dever) cujo não desincumbimento acarreta um gravame previamente estabelecido. O não desincumbimento do ônus de provar, assim como regrado pelo dispositivo, gera, em tese, a perda da causa pelo não reconhecimento judicial de fato relevante (dizemos 'em tese' porque a norma contida neste art. 333 não é absoluta). Observe-se que pela instituição do ônus da prova fica entregue ao juiz um critério objetivo e seguro que sempre permitirá uma solução de mérito para a causa."* (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 383)

A simples alegação de que não encontrou a nota de empenho no processo formalizado pela própria Administração Pública, não pode ser, por si só, suficiente para justificar a negativa de pagamento de contrato firmado entre as partes.

Não se trata nos autos de uma prova difícil de ser produzida pelo Município, vez que se refere a um veículo preparado para o combate de incêndio, possuindo diversas alternativas ao Poder Público, de demonstrar que os serviços não foram executados, contudo, deixou de cumprir com seu ônus.

Acompanhando o raciocínio externado, é o entendimento jurisprudencial:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE VALORES EM FACE DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO BRANCO EM DECORRÊNCIA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO MUNICÍPIO. PROVIMENTO PARCIAL DE RIGOR. 1. Incontroverso os fatos relativos aos serviços de transporte prestados pela empresa autora. Empresa contratada após licitação realizada sob a modalidade convite, formalizado através de contrato administrativo. Responsabilidade do Município pelo pagamento. No caso em tela, ausência de nota de empenho não pode servir de justificativa para o não pagamento dos serviços prestados. 2. Verba sujeita à incidência de correção monetária e juros de mora na forma da Lei Federal nº 11.960/09, porquanto ainda não modulados os efeitos nas ADIs ns. 4357 e 4425 pelo C. Supremo Tribunal Federal, alteração que se impõe porque matéria de ordem pública de natureza instrumental. Reforma da r. Sentença neste ponto apenas. 3. Ônus de sucumbência adequadamente arbitrados. Sentença reformada. Apelação provida em parte."* (TJ-SP; APL 3004722-41.2013.8.26.0270; Ac. 8446216; Itapeva; Sexta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Sidney Romano; Julg. 11/05/2015; DJESP 21/05/2015)

Quanto aos termos de incidência dos juros e correção monetária, de acordo com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.960/2009, nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, incidirão, relativamente à atualização monetária e aos juros moratórios, os mesmos critérios aplicados à caderneta de poupança.

Ressalto que o STF, em questão de ordem quando do julgamento da ADI 4.425/DF, declarou a inconstitucionalidade parcial e por arrastamento do artigo 1º- F da Lei n. 9.494, de 1997, na redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960, de 2009; contudo, conferiu, *(...) eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)*

Assim, diante da referida decisão da Corte Superior, a correção monetária deverá ser calculada com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 25.03.2015, momento em que será aplicado o IPCA-E.

Em relação à incidência da correção monetária, esta se revela devida desde o vencimento de cada parcela: *"A correção monetária é devida a partir do vencimento de cada parcela, (...)* (AgRg no REsp 927074/SP, do qual foi Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima)".

Os juros de mora aplicáveis até 29.06.2009 devem ser no patamar de 6% ao ano, conforme dispunha o art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97 antes da inovação ocorrida em junho de 2009, devendo após aquela data ser observada a alteração introduzida pela Lei n. 11.960/2009, aplicando juros da caderneta de poupança.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO EM QUE SE PEDE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – (...) – JUROS MORATÓRIOS DE 6% AO ANO A PARTIR DA CITAÇÃO (ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97) ATÉ A DATA DE ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 11.960/2009, QUANDO ENTÃO OS ENCARGOS SERÃO OS MESMOS APLICADOS ÀS CADERNETAS DE POUPANÇA – ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA QUE DEVE SER O INPC DO IBGE – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. (...) 6. Os juros moratórios devem ser de 6% (seis por cento) ao ano desde a citação até a data de 29.06.2009, quando então os encargos serão aqueles aplicados às cadernetas de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a alteração da Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009."* (TJMS - Apelação Cível - Lei Especial - N. 2010.027895-8/0000-00 – Dourados, Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Quinta Turma Cível, 21.10.2010)

No tocante aos honorários advocatícios, em sendo vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que: *"Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que, nos feitos em que a Fazenda Pública figura como vencida, a fixação do valor dos honorários deve ser realizada segundo a apreciação eqüitativa do juiz, não só com base nos percentuais referidos no § 3º do artigo 20 do CPC, como também em valor certo, aquém ou além desses limites.

Precedentes: AGRG nos ERESP 644826/CE, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 29/10/2007; Eag 259.138/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 24/9/2007; AGRG no AG 623.659/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Teori Albino Zavascki, DJ 6/6/2005; AGRG no RESP 592.430/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 29/11/2004; AGRG no RESP 587.499/DF, Sexta Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, DJ 10/5/2004.

Veja-se a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha in A Fazenda Pública em Juízo, Editora Dialética, 7ª ed, 2009: *"O parágrafo 4º do art. 20 do CPC prevê, ainda, que, quando for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a,b e c do parágrafo 3º daquele mesmo art. 20. Vale dizer que, vencida a Fazenda Pública, os honorários serão estimados em valor fixo ou num percentual sobre a condenação, mas sempre em razão de uma apreciação eqüitativa do juiz, a fim de não onerar em demasia o Erário"*.

Logo, o balizamento da referida verba deve guardar conformação com os trabalhos executados pelo causídico de forma a traduzir uma justa contraprestação pelos serviços prestados, não podendo ser fixada em descompasso com a extensão e relevância dos atos praticados, sem deixar de valorizar o trabalho do advogado, dado ao seu importante papel na administração da justiça.

Sopesada a natureza e complexidade da causa, aliada ao trabalho desenvolvido pelo causídico, entendo como suficiente o arbitramento da verba honorária fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atento principalmente ao Princípio da Razoabilidade.

Conclusão, ante o exposto, conheço do reexame necessário, dando-lhe parcial provimento, para alterar quanto aos juros devendo ser aplicado *"até 29.06.2009 no patamar de 6% ao ano, conforme dispunha o art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97 antes da inovação ocorrida em junho de 2009, devendo após aquela data ser*

observada a alteração introduzida pela Lei n. 11.960/2009, aplicando juros da caderneta de poupança" e, quanto aos honorários advocatícios, determinar a condenação em valor certo, conforme dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 20, § 4º, fixando em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), no mais, mantenho incólume a sentença ora reexaminada.

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. 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, 17 de dezembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0835703-92.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CAPTAÇÃO IRREGULAR DE ÁGUA SUBTERRÂNEA – TAMPONAMENTO DEFINITIVO

APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DANO AMBIENTAL – DESNECESSIDADE DE INVERSÃO NO CASO DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO

APELO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E OUTRO – MULTA DIÁRIA – FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO – VALOR FIXADO – MANTIDO NA FORMA DA SENTENÇA

CONTRA O PARECER DA PGJ – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer oral, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Ministério Público Estadual e Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL e outro, interpõem apelações contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos de Campo Grande que, nos autos da Ação Civil Pública n. 0835703-92.2013.8.12.0001, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para determinar o tamponamento definitivo dos poços de água subterrânea que existam no estabelecimento hoteleiro requerido, proibindo o uso do líquido para qualquer fim (devendo ser feito sob a supervisão de técnico habilitado, para evitar contaminação do lençol freático) e determinar que as pessoas jurídicas de direito público requeridas, cada qual no âmbito de sua competência, procedam fiscalização a respeito do cumprimento desta determinação comunicada nos autos. Arbitrou multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento, limitada a 90 dias, em favor do Fundo Estadual do Meio Ambiente, podendo ser aumentada a depender da resistência dos requeridos, sem prejuízo da execução do primeiro valor ou interdição do local, conforme as circunstâncias recomendem, iniciando o prazo na data da intimação da sentença. Sem custas e honorários, julgou extinto o processo, nos termos do art. 269, I, do CPC.

O Ministério Público Estadual afirma que a água é declarada recurso ambiental, bem de uso comum do povo, limitado e dotada de valor econômico, não podendo ser apropriada ao patrimônio privado sem a observância das normas que autorizam a aquisição ou exploração de um bem ambiental. Assim, entende que a legislação vigente de obrigatoriedade da conexão às redes públicas de água tratada e esgotamento sanitário para tratamento, devem ser respeitadas, com o devido ressarcimento pela utilização individual sem qualquer contraprestação ou contribuição. Destaca que os valores arrecadados devem ser destinados para o Fundo Municipal do Meio Ambiente, à título de ressarcimento ou indenização e, no caso em tela, a imprescritibilidade da reparação do dano ambiental, ressaltando que o Poder Público, não fiscalizando ou exigindo que os recursos naturais fossem preservados, se revela autor de renúncia do Estado quanto ao dever de zelar pelo meio ambiente, bem como aliena em favor dos apelados, o direito imprescritível ao meio ambiente ao permitir o uso indiscriminado e ilegal dos recursos ambientais.

Diante de tais considerações, por entender que há efetiva demonstração dos atos praticados pelos agentes e continuidade de suas práticas, requer o deferimento do pedido de abstenção permanente de possuir ou utilizar o sistema alternativo de captação de água subterrânea e sistema alternativo de destinação de esgoto. Aduz que houve ofensa ao direito à tutela específica, responsabilidade subsidiária do Poder Público, dano extrapatrimonial coletivo, cabendo, ainda, a inversão do ônus da prova, posto que os Princípios da Precaução, Prevenção, do Poluidor-Pagador e da Responsabilidade transferem os riscos da atividade para o responsável pela conduta. Prequestionando os dispositivos elencados no recurso, pleiteia seu conhecimento e provimento.

Já o Estado de Mato Grosso do Sul e o IMASUL, pedem a reforma da sentença no tocante à multa diária aplicada, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada à 90 dias, que seja excluída ou, ao menos, diminuído o seu valor, argumentando que não é cabível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de *astreintes*.

Contrarrazões às apelações às fls. 767-779, 782-787, 788-814 e 815-821.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 828-834, pelo conhecimento e desprovimento dos recursos.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Ministério Público Estadual e Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL e outro, interpõem apelações contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos de Campo Grande que, nos autos da Ação Civil Pública n. 0835703-92.2013.8.12.0001, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para determinar o tamponamento definitivo dos poços de água subterrânea que existam no estabelecimento hoteleiro requerido, proibindo o uso do líquido para qualquer fim (devendo ser feito sob a supervisão de técnico habilitado, para evitar contaminação do lençol freático) e determinar que as pessoas jurídicas de direito público requeridas, cada qual no âmbito de sua competência, procedam fiscalização a respeito do cumprimento desta determinação comunicada nos autos. Arbitrou multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento, limitada a 90 dias, em favor do Fundo Estadual do Meio Ambiente, podendo ser aumentada a depender da resistência dos requeridos, sem prejuízo da execução do primeiro valor ou interdição do local, conforme as circunstâncias recomendem, iniciando o prazo na data da intimação da sentença. Sem custas e honorários, julgou extinto o processo, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Recurso de Apelação do Ministério Público Estadual

O Ministério Público Estadual afirma que a água é declarada recurso ambiental, bem de uso comum do povo, limitado e dotada de valor econômico, não podendo ser apropriada ao patrimônio privado sem a observância das normas que autorizam a aquisição ou exploração de um bem ambiental. Assim, entende que a legislação vigente de obrigatoriedade da conexão às redes públicas de água tratada e esgotamento sanitário para tratamento, devem ser respeitadas, com o devido ressarcimento pela utilização individual sem qualquer contraprestação ou contribuição. Destaca que os valores arrecadados devem ser destinados para o Fundo Municipal do Meio Ambiente, à título de ressarcimento ou indenização e, no caso em tela, a imprescritibilidade da reparação do dano ambiental, ressaltando que o Poder Público, não fiscalizando ou exigindo que os recursos naturais fossem preservados, se revela autor de renúncia do Estado quanto ao dever de zelar pelo meio ambiente, bem como aliena em favor dos apelados, o direito imprescritível ao meio ambiente ao permitir o uso indiscriminado e ilegal dos recursos ambientais.

Diante de tais considerações, por entender que há efetiva demonstração dos atos praticados pelos agentes e continuidade de suas práticas, requer o deferimento do pedido de abstenção permanente de possuir ou utilizar o sistema alternativo de captação de água subterrânea e sistema alternativo de destinação de esgoto. Aduz que houve ofensa ao direito à tutela específica, responsabilidade subsidiária do Poder Público, dano extrapatrimonial coletivo, cabendo, ainda, a inversão do ônus da prova, posto que os Princípios da Precaução, Prevenção, do Poluidor-Pagador e da Responsabilidade transferem os riscos da atividade para o responsável pela conduta.

Prequestionando os dispositivos elencados no recurso, pleiteia seu conhecimento e provimento.

Pois bem.

Quando se trata da inversão do ônus da prova em matéria ambiental, sob a ótica de direito do suposto agente de comprovar que não praticou o ilícito ambiental, percebo que a análise sobre o tema, deve ser dirimida pela interpretação das leis aplicáveis e à luz dos Princípios norteadores do Direito Ambiental.

Isso porque, em regra, a inversão do ônus probatório deve se assentar, exclusivamente, em disposição expressa de lei. Mas, no presente caso, essa inversão encontra fundamento também em Princípios Transversais ao ordenamento jurídico, quais sejam, os Princípios Ambientais.

No plano legal, destaco os dispositivos que guardam relação direta com a questão posta em discussão:

> ***"****Código de Defesa do Consumidor*
>
> *Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*
>
> *(...)*
>
> *VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;"*
>
> *"Lei 7.347/1985*
>
> *Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."*
>
> *"Código Civil*
>
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

> *Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."*

Vê-se que há uma interdisciplinariedade entre as normas de proteção ao consumidor e às referentes à defesa dos direitos coletivos.

No caso das ações civis por danos ambientais, entendo que o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado (e não a eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu), nos leva à conclusão de que alguns dos direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, afinal essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público de uso coletivo, consubstanciado no meio ambiente.

A essas normas agrega-se o Princípio da Precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo.

Na doutrina, incentiva-se, assim, a antecipação de ação preventiva, ainda que não se tenha certeza sobre a sua necessidade e, por outro lado, proíbe-se as atuações potencialmente lesivas, mesmo que essa potencialidade não seja cientificamente indubitável.

Além desse conteúdo substantivo, entendo que o Princípio da Precaução tem ainda uma importante concretização adjetiva: a inversão do ônus da prova.

A partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio da Precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar que não está causando dano ao ambiente, ou seja, o princípio da inversão do ônus da prova em matéria ambiental é uma proteção da coletividade e também um direito do suposto acusado para que possa comprovar que sua conduta não promove um ilícito ambiental.

Sobre a controvérsia em questão – possibilidade de inversão do ônus da prova, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestou recentemente em sentido favorável à tese da acusação, no julgamento do Recurso Especial 1.049.822/RS, da relatoria do eminente do Ministro Francisco Falcão, com ementa nos seguintes termos:

> ***"****AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido".* (REsp 1049822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009).

Diante de tais considerações, concluo que a inversão do ônus da prova é possível, contudo, no caso em análise, como bem ponderou o magistrado, quanto aos recursos hídricos, até 09/01/2014, não havia uma regulamentação clara e completa sobre o assunto e sequer havia, ainda, indício mínimo de dano ambiental ou moral coletivo, a justificar possíveis indenizações.

Coaduno, também, com o entendimento firmado no sentido de que até referida data, não estava o hotel totalmente impedido de perfurar os poços, desde que estivessem de acordo com as determinações existentes à época, mesmo que mínimas.

Assim, comungo do entendimento de que é possível a inversão do ônus da prova, desde que haja o indício do risco à coletividade ou ao meio ambiente, hipóteses que não restaram comprovadas e que, neste momento processual, não alterariam em nada a situação dos autos, vez que já houve determinação judicial para o cumprimento da Resolução SEMAC 001/2014, com o fechamento definitivo dos poços eventualmente abertos.

Ante a ausência de comprovação de efetivos danos causados, não há como dar procedência ao pedido de pagamento de indenização.

Quanto ao requerimento referente ao prequestionamento, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.

Recurso de Apelação do Estado de Mato Grosso do Sul e do IMASUL

Já o Estado de Mato Grosso do Sul e o IMASUL, pedem a reforma da sentença no tocante à multa diária aplicada, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada à 90 dias, que seja excluída ou, ao menos, diminuído o seu valor, argumentando que não é cabível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de *astreintes*.

O Código de Processo Civil, entre outras medidas coercitivas, atribuiu ao juiz a faculdade de impor multa cominatória (*astreinte*) em desfavor do devedor (ainda que se trate da Fazenda Pública), tendo por escopo inibir o descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer (fungíveis ou infungíveis) ou de entregar coisa, sendo certo que a aludida pena pecuniária incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.

À propósito, a possibilidade de cominação de multa ao Estado por inadimplemento de obrigação é matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça, consoante o julgado a seguir:

> *"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. O entendimento adotado pela corte de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ, segundo a qual é cabível a cominação de multa contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer. No caso em tela, a apreciação dos critérios previstos no art. 461 do CPC para a fixação de seu valor demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula nº 7 desta corte. Precedentes: AgRg no AREsp 564.753/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, dje 29/10/2014 e AgRg no AREsp 335.808/RS, Rel. Min. Napoleão nunes maia filho, Primeira Turma, dje 19/09/2014. 2. Agravo regimental não provido."* (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-AREsp 597.211; Proc. 2014/0263540-5; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Benedito Gonçalves; DJE 28/11/2014) CPC, art. 461

Outrossim, a Fazenda Pública também é obrigada a dar cumprimento às ordens, dentro do prazo que lhe é assinalado, visto que ao integrar a lide, o faz na qualidade de jurisdicionado, não podendo se furtar às regras a todos aplicáveis, sob pena de ferir-se o Princípio Constitucional da Igualdade.

Quanto ao valor fixado, entendo que deve ser mantido vez que, além do valor fixado em R$ 500,00 (quinhentos reais), limitado em 90 (noventa) dias, não se revelar excessivo, deve ser levado em consideração que tal medida visa, exatamente, impor o cumprimento da obrigação do Estado de forma imediata e não o confisco das verbas dos cofres públicos, considerando principalmente que referida multa somente será aplicada no caso de haver desobediência injustificada no cumprimento da medida judicial.

Portanto, negar provimento ao recurso, é a medida que se impõe.

Dispositivo

Ante o exposto, com o parecer da PGJ, conheço dos recursos interpostos, contudo, nego-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença ora combatida.

A Srª. Drª. Marigô Regina Bittar Bezerra (Procuradora da Justiça)

Esta Procuradoria de Justiça diverge parcialmente do parecer escrito. Gostaria de deixar claro que na Ação Civil Pública o que se postulou não foi um pedido de cobrança pelo uso do recurso hídrico, mas sim um pedido indenizatório pela utilização ilegal e indevida da água , bem de titularidade coletiva, finita e com valor econômico. Enfatizo que na Ação Civil Pública, o que se postula é uma indenização, como eu já disse, pelo uso ilegal do bem de domínio publico, e não uma cobrança pelo uso de recurso hídrico, que cabe ao Comitê da Bacia Hidrográfica. Em face disso, deixo de ratificar o parecer na parte em que se analisa o pleito recursal do Ministério Público quanto ao pedido indenizatório, para que reformando-se a sentença nessa parte, seja dado provimento ao recurso ministerial condenando-se o réu à obrigação de indenizar.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer oral, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1400306-18.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PARA VENDA DE GADOS E NEGOCIAÇÕES BANCÁRIAS – POSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO ESPÓLIO – DEVER DO INVENTARIANTE – ARTIGOS 991 E 992, DO CPC – OBRIGAÇÃO DE PRESTAR CONTAS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Conforme dispõem os artigos 991 e 992, do Código de Processo Civil, incumbe ao inventariante a manutenção e administração dos bens do espólio, inexistindo óbice à expedição de alvarás para alienação de semoventes e realização de transações bancárias quando tais medidas forem necessárias para o pagamento de dívidas do monte, principalmente porque a inventariante está legalmente obrigada a prestar contas periódicas ao juízo de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 1 de março de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Espólio de C. A. J., representado pela inventariante C. A. e J, interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Sucessões da comarca de Campo Grande nos autos de *inventário* dos bens deixados por C. A. J.

Nas razões recursais, o recorrente alegou que precisa renegociar os empréstimos obtidos pelo falecido e garantir a manutenção dos bens do Espólio, razão pela qual formulou pedido de venda de mais 300 (trezentos) semoventes.

Relatou que o valor obtido com a anterior venda de 800 (oitocentas) cabeças de gado foi insuficiente para quitar os custos mensais do espólio, tampouco as dívidas contraídas pelo *de cujus*.

Mencionou que dentre as despesas mensais do espólio, há compromissos bancários, cujo atraso no pagamento causará ainda mais ônus em razão da incidência dos altos encargos decorrentes da mora.

Asseverou também ser necessária a expedição de alvará com poderes específicos, autorizando a inventariante: a utilizar o crédito aberto na forma e condições apresentadas pelo banco; assinar proposta de

financiamento e demais declarações relativas ao mesmo; assinar instrumento de crédito; dar em garantia penhor de semoventes; autorizar o débito em conta relativo a operações; ajustar valores, cláusulas e condições de financiamento, bem como realizar todos os atos necessários, junto a instituição financeira para movimentação da conta do Espólio.

Pugnou pela concessão do efeito suspensivo ativo, a fim de que seja determinada a expedição dos alvarás pleiteados e, ao final pelo provimento do presente recurso, confirmando a liminar concedida.

Quando do recebimento do recurso, foi concedida a tutela recursal (f. 969-972).

Nas informações, o juiz da causa noticiou o cumprimento do artigo 526, do Código de Processo Civil.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Consoante relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Espólio de C. A. J, representado pela inventariante C. A. e J, contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Sucessões da comarca de Campo Grande nos autos de *inventário* dos bens deixados por C. A. J.

Analisando os autos, infere-se que o espólio, por meio de sua inventariante, formulou pedido de expedição de alvará para: (i) alienação de 300 (trezentas) cabeças de gado, e; (ii) conferindo-lhe poderes específicos para utilizar crédito aberto na forma e condições apresentadas pelo banco, assinar proposta de financiamento e demais declarações a ele relacionadas, assinar instrumento de crédito, dar em garantia penhor de semoventes, autorizar o débito em conta relativo a operações, ajustar valores, cláusulas e condições de financiamento, realizar todos os atos necessários junto à instituição financeira para a movimentação da conta do Espólio.

Referido pedido foi lastreado na necessidade de manutenção e administração dos bens bem como pagamento de dívidas do espólio.

Resolvendo a questão, o i. magistrado *a quo* proferiu a seguinte decisão (f. 947-948):

> *"(...)*
>
> *Dentre as atribuições cometidas ao inventariante, o CPC autoriza-o, em seu art. 992, I e III, a utilizar-se dos bens do espólio para pagamento das dívidas deste, sendo de todo razoável admitir-se que não venha a fazê-lo às suas expensas.*
>
> *No presente caso, o espólio levantou o valor da venda de 800 cabeças de gado em menos de um ano e até o momento não comprovou o pagamento do ITCD e nem juntou as certidões negativas fiscais em nome do de cujus.*
>
> *Além disso, da prestação de contas apresentadas, verifica-se altas despesas com restaurante (f. 449), supermercado (f. 444, 458, 551 e 928) e celular (f. 443), que não são dívidas do espólio.*
>
> *Logo, analisando-se os autos, tem-se reiterados pedidos de alvarás em um curto período de tempo e o valor já liberado por este juízo é mais que suficiente para manutenção dos bens elencados nas primeiras declarações.*

Quanto ao pedido de autorização da inventariante, para que junto à Instituição Bancária possa: 1- utilizar o crédito aberto na forma e condições apresentadas pelo banco; 2- assinar proposta de financiamento e demais declarações relativas ao mesmo; 3- assinar instrumento de crédito; 4- dar em garantia penhor de semoventes, 5- autorizar o débito em conta relativo a operações e 6- ajustar valores, cláusulas e condições de financiamento, bem como realizar todos os atos necessários, junto a instituição financeira, para movimentação da conta do Espólio; também não merece deferimento, eis que se trata de poderes amplos e sem delimitações, que dificilmente poderão ser fiscalizados por este juízo sucessório.

Por todo o exposto, indefiro os pedidos de alvarás formulados pela inventariante às f. 325-329.

(...)".

Inconformado, o espólio recorreu insistindo na expedição dos alvarás.

Como é cediço, ao inventariante incumbe, dentre várias outras atribuições, representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, administrando-o com a mesma diligência como se seus fossem os bens. O inventariante também tem o dever de prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar.

É o que estabelece o Código de Processo Civil:

"Art. 991. Incumbe ao inventariante:

I - representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 12, § 1º;

II - administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência como se seus fossem;

III - prestar as primeiras e últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais;

IV - exibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio;

V - juntar aos autos certidão do testamento, se houver;

Vl - trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído;

Vll - prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar;

Vlll - requerer a declaração de insolvência (art. 748).

Art. 992. Incumbe ainda ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do juiz:

I - alienar bens de qualquer espécie;

II - transigir em juízo ou fora dele;

III - pagar dívidas do espólio;

> *IV - fazer as despesas necessárias com a conservação e o melhoramento dos bens do espólio" – destacado.*

Nessa vertente, não há nenhum óbice legal que impeça a inventariante de obter os alvarás pleiteados nos autos, mormente porque pretende obter recursos para a administração dos bens do monte, estando legalmente obrigada a prestar contas de todas as operações que forem realizadas.

A propósito, transcrevo oportunos julgados:

> ***"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO CAUTELAR. LIMINAR. CONSIDERANDO QUE CABE AO INVENTARIANTE A ADMINISTRAÇÃO DOS BENS E A DEFESA DOS INTERESSES DO ESPÓLIO E QUE O EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO PODERÁ ACARRETAR A SUA REMOÇÃO, AS QUESTÕES POSTAS NA PRESENTE AÇÃO DEVEM SER ENCAMINHADAS PRIMEIRAMENTE NO PROCESSO DE INVENTÁRIO OU A PARTIR DELE. A QUESTÃO RELATIVA À REMOÇÃO DA INVENTARIANTE DEVE IGUALMENTE SER DISCUTIDA NOS AUTOS DO INVENTÁRIO. NEGADO SEGUIMENTO"*** (TJ-RS - AI: 70056313489 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 03/09/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/09/2013) – destacado.
>
> ***"AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DAS SUCESSÕES - BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS PROPOSTA PELO HERDEIRO INVENTARIANTE - A ADMINISTRAÇÃO DO ESPÓLIO INCUMBE AO INVENTARIANTE.***
>
> ***1. Ação cautelar de busca e apreensão de documentos, com pedido de tutela antecipada, proposta por herdeiro inventariante para reaver a documentação relativa aos imóveis constantes do inventário.***
>
> ***2. Documentos que se encontravam em poder de empresa de consultoria jurídica e imobiliária que administrava o recebimento de aluguéis e a manutenção dos imóveis.***
>
> ***3. Decisão que indeferiu o pedido liminar ao fundamento de que não haveria urgência no provimento e risco de dano, que se reforma.***
>
> ***4. A administração do espólio incumbe ao inventariante, que tem o dever legal de velar-lhe os bens como se seus fossem. Artigo 991, inciso II do Código de Processo Civil. Para tanto, o inventariante precisa dos documentos relativos a esses bens.***
>
> ***5. Insta ressaltar que eventual dilapidação dos bens por parte do inventariante acarretará, contra si, responsabilidade civil ou criminal. Inteligência do art. 995, do CPC: "O inventariante será removido:(.) III - se, por culpa sua, se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano bens do espólio".***
>
> ***6. Legítimo interesse do inventariante em reaver os documentos referentes aos imóveis que administra, sob pena de não poder exercer os seus deveres legais. DOU PROVIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ART. 557, § 1º-A DO CPC"*** (TJ-RJ - AI: 368500520108190000 RJ 0036850-05.2010.8.19.0000, Relator: DES. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 13/10/2010, Decima Quarta Camara Cível) – destacado.

Ora, se existe o ônus de a inventariante prestar contas, não se pode impedir a venda de bens e a realização de transações bancárias, evitando-se, assim, qualquer prejuízo à boa administração do espólio.

Aliás, a documentação encartada aos autos evidencia a existência de várias dívidas do espólio que devem ser honradas.

Nesse contexto, deve ser deferida a expedição dos alvarás pleiteados, incumbindo à inventariante prestar contas periódicas ao juízo de primeiro grau, consoante determina o artigo 991, inciso VII, do Código de Processo Civil, momento em que o magistrado poderá avaliar se o *munus* está sendo exercido a contento.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo Espólio de C. A. J e dou-lhe provimento para reformar a decisão agravada, confirmando a tutela recursal concedida à f. 969-972 que determinou: (i) a expedição de alvará para a venda de 300 (trezentas) cabeças de gado, observando-se, para tal alienação, a pauta de valores nas operações com gado bovino; (ii) a expedição de alvará com poderes específicos, permitindo que a inventariante utilize o crédito aberto na forma e condições apresentadas pelo banco, assine proposta de financiamento e demais declarações a ele relacionadas, assine instrumento de crédito, dê em garantia penhor de semoventes, autorize o débito em conta relativo a operações, ajuste de valores, cláusulas e condições de financiamento, realize todos os atos necessários junto à instituição financeira para a movimentação da conta do Espólio.

Ainda, na forma do artigo 991, inciso VII, do Código de Processo Civil, fica a inventariante obrigada a prestar contas ao juízo de primeiro, informando todas as transações realizadas em nome do espólio, os valores arrecadados com a venda de bens e noticiando quais dívidas e despesas foram pagas.

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. 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, 01 de março de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0001440-75.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, LIMÍTROFE COM ÁREA PARTICULAR DESTINADA A LAZER – EDIFICAÇÃO DE PASSADEIRA ÀS MARGENS DA REPRESA E HORTA – DANO AMBIENTAL INEXISTENTE – ATIVIDADES DE BAIXO IMPACTO AMBIENTAL – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não se há falar em impacto ambiental em área de preservação permanente pelo fato do proprietário da área limítrofe à represa de Jupiá ter edificado pesqueiro (passadeira para acessar a margem com propósito de pesca para lazer) e uma pequena horta. Injustificável a demolição/retirada da ínfima edificação, em razão do baixo impacto ambiental que provoca.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

CESP - Companhia Energética de São Paulo apela da sentença que acolheu apenas e tão-somente o pedido de abstenção de realizar qualquer intervenção, mesmo de baixo impacto ambiental, na área de preservação permanente às margens direita do reservatório da Usina Hidroelétrica Jupiá sem autorização do órgão ambiental pelos réus Joaquim de Aquino e Marilene Haika de Aquino contra quem foi dirigida a ação civil pública.

Alega ser imperioso determinar aos apelados a remoção/demolição da passarela de madeira para pesca e da área de horta que construíram na área de preservação permanente, em razão de provocarem deterioração ambiental, sendo impróprio o conceito *de baixo impacto ambiental* para o caso.

Diz que: "*(...) o fato de existir vegetação nativa na área, (...) não descaracteriza a conduta dos ora apelados, que de acordo com a Constituição Federal e o Novo Código Florestal caracteriza degradação em área de preservação permanente, pelo que restou configurado e confessado o dano ambiental*" (f. 188).

Prequestiona os artigos 5º, IV, 11, 18 e 19 da Lei n. 7.347/85 e 273 do Código de Processo Civil.

Contrarrazões às f. 197-204.

Parecer acosta às f. 210-213 pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

A CESP – Companhia Energética de São Paulo ajuizou ação civil pública contra Joaquim de Aquino e sua mulher em razão da constatação de irregularidades por parte destes em área de preservação permanente localizada à margem direita do reservatório da Usina Hidrelétrica de Jupiá, quais sejam: edificações de quiosque/rampa/cimentado de 42,26 m2, pesqueiro/madeira de 68,00 m2, cerca de 300,00 m, rede elétrica/luminárias de 160,00 m (f. 03).

Consignou que mesmo notificados (nº 12093) e instados através de correspondências (CT/A/1555/2008, de 17.7.2008 e CT/A/637/2009, de 31.3.2009) para sanarem as irregularidades quedaram-se inertes, "*vindo a causar e permanecer causando dano ambiental com as referidas ocupações/edificações, que impedem a regeneração da mesma"* (f. 03).

Requereu tutela antecipada para cessar novas intervenções e recomposição da área de preservação permanente remanescente; a definitividade da medida, com incidência de multa diária para: demolição de todas as edificações, obras, construções na respectiva área; recomposição da cobertura florestal; apresentação de projeto de recuperação da área; modificação do projeto caso o órgão ambiental a determinasse; indenização a ser avaliada por prova pericial dos danos ambientais; ou ainda, indenização pelos dados causados pela intervenção em área de preservação permanente.

A liminar indeferida pelo juiz (f. 52) foi mantida por este tribunal, ao julgar monocraticamente o agravo de instrumento interposto pela autora (f. 76-77).

Na contestação (f. 107-113) os réus deduziram ausência de interesse da autora porque desde o ano de 2.009 as construções foram removidas e espontaneamente realizaram plantio de várias espécies nativas na área.

Para dirimir a divergência quanto a existência e/ou remoção das edificações determinou o juiz a expedição de mandado de constatação (f. 153). Ao executá-lo constatou o servidor do judiciário "*que todas as edificações foram demolidas e removidas da área da requerente, estando a área totalmente desocupada"* (f. 157).

Após a diligência a autora vem aos autos e junta documento de f. 160-166 com o propósito de informar o juízo que "*a despeito de terem sido removidas parte das interferências (quisque/rampa, cerca, rede elétrica/luminária), o pesqueiro" (f. 42) "foi reformando (sic) e ainda se encontra no local, tendo sido construída ainda uma horta"* (f. 159).

Encerrada a fase instrutória adveio sentença, reconhecendo o juiz a existência de "*um 'pesqueiro' que nada mais é que uma passarela de madeira sobre o reservatório aproximadamente 51 m2 e uma hora de pouco mais de 100 m2"* (f. 170) como sendo de baixo impacto ambiental, julgando "*parcialmente procedente a presente demanda para determinar os requeridos que se abstenham de realizar qualquer intervenção, mesmo de baixo impacto ambiental, na área de preservação permanente discutida nos presentes autos (mantendo apenas a passarela de madeira para pesca e da área de horta ilustradas no relatório de fls. 159/166), sem autorização do órgão ambiental, sob pena de multa de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) além da determinação de imediata demolição, sem prejuízo da análise de danos ambientais em nova demanda" (f. 172-173).*

Contra a sentença a CESP interpôs apelação, na busca de obter a condenação dos apelados na retirada/demolição também do pesqueiro e da horta.

Os argumentos da apelante não me convenceram do desacerto da sentença.

E não me convenceram porque, outrora, a própria apelante havia anuído na execução das benfeitorias pelos apelados, que só não se concretizou em razão do pedido de prazo por estes para regularizá-las junto aos órgãos competentes.

É o que consta do documento de f. 35, a saber:

> *Em inspeção realizada no reservatório da UHE Eng. Souza Dias (Jupiá), na propriedade referência JP-SD-054, Município de Três Lagoas – MS, foi constatada a existência de benfeitorias em situação irregular, sendo que a CESP anuiu, em caráter precário, às relacionadas no item 1, com o objetivo exclusivo de possibilitar a obtenção de licenças e autorizações nos órgãos competentes, devendo V. Sa. Entretanto, observar imediatamente o que se segue:*
>
> *Poderão permanecer na área as seguintes benfeitorias:*
>
> *- quiosque/rampa;*
>
> *- rede elétrica/luminária;*
>
> *- pesqueiro.*
>
> *Para a regularização das benfeitorias permitidas, apresentar à CESP a seguinte documentação, dentro do prazo de 180 dias, a contar a partir do recebimento desta, sob pena de cancelamento da anuência:*
>
> *- Autorização do órgão ambiental competente, específica para a finalidade, abrangendo todos os itens apresentados no projeto.*
>
> *- Licença da Marinha.*
>
> *- Projeto elétrico elaborado por profissional habilitado.*
>
> *- Formalização de ermo de Compromisso de Recomposição da Vegetação Ciliar com a CESP (anexo modelo de carta de adesão ao programa).*
>
> *- Matrícula do imóvel que comprove ser confrontante com a área da CESP.*

Ora, se a própria apelante havia anuído com benfeitorias na área em discussão é porque elas se enquadram no art. 8º da Lei n. 12.651/2012, ou seja, de baixo impacto ambiental, posto que, como a própria reconhece nas razões de recurso, há constante vigilância do Ministério Público Estadual e Federal, conselhos e coordenadorias a eles ligados, no tocante "*à conservação e manutenção destas áreas consideradas especialmente protegidas"* (f. 188).

A Resolução CONAMA nº 369, de 28 de março de 2006, com reprodução e aperfeiçoamento na Lei n. 12.651/2012 (art. 3º, inc X), ao regulamentar e prever a questão da intervenção ou supressão de vegetação de baixo impacto ambiental, adota a possibilidade quando se trata de abertura de pequenas vias de acesso, implantação de instalações necessárias à captação de água; implantação de corredor de acesso de pessoas e animais para obtenção de água, de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo, além de permitir, embora com destinação a comunidades quilombolas, a construção de moradia, além de outras mais, desde que não comprometa as funções ambientais do espaço, em especial:

I - a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água;

II - os corredores de fauna;

III - a drenagem e os cursos de água intermitentes;

IV - a manutenção da biota;

V - a regeneração e a manutenção da vegetação nativa; e

VI - a qualidade das águas.

A prova produzida não deixa dúvida quanto o baixo impacto ambiental das benfeitorias feitas pelos apelados na área de preservação permanente em questão. Essas benfeitorias não causam dano ao meio ambiente; não há nocividade na atividade dos apelantes, que se utilizam daquela área para lazer e com zelo.

Como ressaltou o *parquet:*

> *No caso em apreço, ficou comprovado nos autos que as obras, objeto da ACP, não atenderam ao procedimento que autoriza a interferência nas margens da represa.*
>
> *Contudo, basta um passar de olhos nas fotos (pags. 163/164) para se constatar que, embora pendente de licenciamento, estas intervenções se enquadram à hipótese excepcional da lei ambiental, tendo em vista que se trata de uma simples passarela de madeira de 51 m2 construída sobre o reservatório, e uma horta de 120 m2 rodeada de bambus.*
>
> *Outrossim, de bom alvitre observar que tais obras realmente não implicam em significativa supressão de vegetação nativa. Além do que, tanto a passarela quanto a horta, atendem à função social da propriedade, eis que servem, respectivamente, como rampa de acesso ao reservatório, a fim de possibilitar a prática de pesca e de agricultura, aliás de acanhada dimensão.*
>
> *Deste modo, e diante das prova colacionadas aos autos, em especial pelo relatório trazido pela Apelante à fl. 165, o qual confirma que na área não se nota qualquer dano ambiental, imperioso concluir que o uso da terra foi feito de modo sustentável, já que as interseções não representam qualquer risco ao equilíbrio do ecossistema local.* (f. 212)

De mais a mais, impacto ambiental definido no art. 1º da Resolução 001/86 do CONAMA, implica em:

> *Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que afetem diretamente ou indiretamente:*
>
> *I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;*
>
> *II - as atividades sociais e econômicas;*
>
> *III - a biota;*
>
> *IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;*
>
> *V - a qualidade dos recursos ambientais.*

Vê-se que o impacto ambiental a ser considerado é aquele que alteração ambiental significativo, o que não há nas benfeitorias erigidas pelos apelados na área de preservação permanente às margens da represa Jupiá.

O desacolhimento do recurso não implica em negar vigência aos dispositivos prequestionados (artigos 5º, IV, 11, 18 e 19 da Lei n. 7.347/85 e 273 do Código de Processo Civil), pois, a apelante usou do atributo de concessionária de serviços públicos e serviu-se da ação civil pública para questionar a legalidade das benfeitorias introduzidas em área de preservação ambiental. Afastada a ilegalidade destas não se há falar em antecipação de tutela para remoção/demolição do 'pesqueiro' e horta na respectiva área.

Posto isso, e com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0032752-32.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – LAUDO PERICIAL – QUESITOS APRESENTADOS APÓS A CONFECÇÃO DO LAUDO – RESPONDIDOS PELO PERITO EM LAUDO COMPLEMENTAR – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – VEÍCULO – ACIONAMENTO DO *AIRBAG* IMOTIVADAMENTE – RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE PELO FATO DO PRODUTO – RECLAMAÇÃO JUNTO À CONCESSIONÁRIA – VISTORIA DO VEÍCULO NA OPORTUNIDADE POR EMPRESA ESPECIALIZADA – CONSTATAÇÃO, COM FOTOS, REGISTRANDO AVARIAS NA PARTE INFERIOR DO VEÍCULO NO LADO PRÓXIMO AO LOCAL EM QUE FICA ACONDICIONADO O 'CAPTADOR DE DESACELERAÇÃO', INSTRUMENTO DE COMANDO PARA ACIONAMENTO DO SISTEMA DE SEGURANÇA – LAUDO PERICIAL APONTADO PARA CAUSA PROVÁVEL DO ACIONAMENTO DO *AIRBAG* EM RAZÃO DA CONSTATAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DO PRODUTO – LAUDO DO PERITO CONSENTÂNEO COM A VISTORIA PRÉVIA REALIZADA PELA CONCESSIONÁRIA – LAUDO APRESENTADO PELO CONSUMIDOR DESTOANTE DOS DEMAIS – PROVA DE QUE A AVARIA NA PARTE INFERIOR NÃO OCORREU NO MOMENTO DO ACIONAMENTO DO *AIRBAG* A CARGO DO CONSUMIDOR – INVERSÃO NÃO ALCANÇA PROVA IMPOSSÍVEL – ATO ILÍCITO INEXISTENTE – INDENIZAÇÃO MATERIAL E MORAL INDEVIDAS – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não há cerceamento de defesa quando o perito, em laudo complementar, responde aos quesitos formulados pelos autores após a juntada do laudo principal, já que quando instados a fazê-los previamente, quedaram-se inertes. Ausência de prejuízo aos autores.

Também não provoca cerceamento de defesa a prolação de sentença fundamentada no laudo oficial em detrimento ao extraoficial/unilateral, ainda que divergente a este, em razão daquele ter sido elaborado sob os auspícios do contraditório.

A inversão do ônus da prova atende a hipótese de hipossuficiência do consumidor na comprovação de determinados fatos. O fato constitutivo do direito alegado está a cargo do autor, sob pena de impor ao fornecedor/fabricante prova impossível. É o caso em questão, onde foi constatado na vistoria prévia por empresa especializada, a pedido da concessionária, que havia no veículo uma avaria na parte inferior do lado esquerdo, nas proximidades do local em que é instalado o 'captador de desaceleração', dispositivo este receptor da informação a ser repassada ao sistema de segurança de que deve o airbag ser acionado.

Convergindo o laudo pericial com o produzido pelo fabricante/fornecedor, os quais divergem com o unilateral do consumidor, cabe ao julgador valorá-lo em conjunto com tudo o que dos autos consta.

Não há responsabilidade do fabricante/fornecedor quando há nos autos situação que indica o acionamento do airbag em decorrência de avaria na parte inferior do veículo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Carlos Roberto Cornachini, Aurilene Severino Cornachini, Luana Severino Cornachini e Júlio César de Souza Kuhn apelam da sentença que julgou improcedentes pedidos de substituição de *air bag* do veículo Citroën, modelo XSara Picasso, ano 2007/2007, indenização moral e material de R$ 2.100,00, formulados na ação ordinária ajuizada contra Peugeot Citroën do Brasil Automóveis Ltda.

Alegam cerceamento de defesa. E o fazem sob o auspício de desprezo ao pleito de intimação do perito judicial para distinguir no laudo *(...) se as supostas avarias foram anteriores ou não aos fatos narrados nos autos* (f. 326), dúvida perpetrada mesmo após apresentação do laudo complementar devido a divergência com o extrajudicial que trouxeram para aos autos, tornando aquele inconclusivo, e quanto tal ocorre a jurisprudência o tem como inservível, devendo, desde modo, retornar os autos a origem para que o juiz determine uma terceira perícia para abalizar seu julgamento.

No mérito defendem a responsabilidade da apelada em razão de ter colocado no mercado produto com vício de qualidade, o denominado *"Fato do Produto", ou seja, o não oferecimento da segurança que dele legitimamente se espera* (f. 327), tal como ocorreu na espécie, quando em viagem, houve o *acionamento do sistema de airbag* inesperadamente, colocando a vida dos apelantes em risco ante *a perda da visibilidade dos recorrentes* (f. 326).

Reforçam o erro do sentenciante em apoiar a decisão em laudo pericial inconclusivo (f. 177-213 e 287-291), na medida em que ele *(...) não determinou as causas possíveis do acionamento indesejado do airbag, (...) não foi esclarecedor ao responder os quesitos complementares e mais uma vez deixou inconclusivo se a suposta colisão foi ou não determinante para o mau funcionamento do airbag* (f. 328), em total divergência com o lado que apresentaram, e dada há dúvida deve ser julgado *a favor do economicamente hipossuficiente, que é o consumidor* (f. 330).

Pedem o conhecimento do recurso e a consequente reforma integral da sentença, condenado a apelada na indenização moral, material e sucumbência.

Certificado o decurso do prazo para apresentação das contrarrazões (f. 340).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Carlos Roberto Cornachini, Aurilene Severino Cornachini, Luana Severino Cornachini e Júlio César de Souza Kuhn apelam da sentença que julgou improcedentes pedidos de substituição de *air bag* do veículo

Citroën, modelo XSara Picasso, ano 2007/2007, indenização moral e material de R$ 2.100,00, formulados na ação ordinária ajuizada contra Peugeot Citroën do Brasil Automóveis Ltda.

Alegam cerceamento de defesa. E o fazem sob o argumento de desprezo ao pleito de intimação do perito judicial para distinguir no laudo *(...) se as supostas avarias foram anteriores ou não aos fatos narrados nos autos* (f. 326), dúvida perpetrada mesmo após apresentação do laudo complementar devido a divergência com o extrajudicial que trouxeram para aos autos, tornando aquele inconclusivo, e quanto tal ocorre a jurisprudência o tem como inservível, devendo, desde modo, retornar os autos a origem para que o juiz determine uma terceira perícia para abalizar seu julgamento.

No mérito defendem a responsabilidade da apelada em razão de ter colocado no mercado produto com vício de qualidade, o denominado *"Fato do Produto", ou seja, o não oferecimento da segurança que dele legitimamente se espera* (f. 327), tal como ocorreu na espécie, quando em viagem, houve o *acionamento do sistema de airbag* inesperadamente**,** colocando a vida dos apelantes em risco ante *a perda da visibilidade dos recorrentes* (f. 326).

Reforçam o erro do sentenciante em apoiar a decisão em laudo pericial inconclusivo (f. 177-213 e 287-291), na medida em que ele ... *não determinou as causas possíveis do acionamento indesejado do airbag, (...) não foi esclarecedor ao responder os quesitos complementares e mais uma vez deixou inconclusivo se a suposta colisão foi ou não determinante para o mau funcionamento do airbag* (f. 328), em total divergência com o lado que apresentaram, e dada há dúvida deve ser julgado *a favor do economicamente hipossuficiente, que é o consumidor* (f. 330).

Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa

Os apelantes arguem a preliminar alicerçada na veracidade dos fatos relatados na inicial - vício na qualidade do produto -, já que provado com laudo pericial que produziram e que acompanhou aquela peça sem qualquer oposição por parte da apelada.

Destacam que dada a divergência do laudo pericial com o que apresentaram, além de inconcluso, mesmo depois da manifestação complementar, situação demonstrada ao juízo e motivadora do requerimento, sem sucesso, de intimação do perito para responder aos quesitos formulados, é ele imprestável para sustentar o deslinde da demanda, como fez o juiz singular.

Os precedentes transcritos pelos apelantes apontam para desprezo da perícia desde que seja ela superficial na análise técnica do caso submetido a exame.

Não é o que se vê no caso. Os argumentos dos apelantes deixam claro a intensão de revolver perícia judicial por força da divergência com a perícia unilateral por eles próprios produzida.

É inconsistente a alegação dos apelantes de não ter o perito respondido aos quesitos que formularam antes da realização da prova e que o juiz ignorou o pedido para que fizesse posteriormente, porque: 1) quando instados sobre provas (f. 111), pediram o julgamento antecipado da lide (f. 117); 2) deferida a prova pericial, foram intimados para apresentação de quesitos (f. 122) quedando-se inertes;3) com a apresentação do laudo, quando foram intimados para sobre ele se manifestarem (f. 217 e 219), é que não só o impugnaram, como apresentaram quesitos (f. 232-234), os quais foram respondidos pelo *expert* em laudo complementar (f 287-294).

É, portanto, sem pertinência o cerceamento de defesa, porque, como demonstrado, os apelantes não formularam quesitos anteriores à apresentação do laudo pericial; e os apresentados posteriormente foram respondidos no laudo complementar. Logo, não houve qualquer prejuízo aos autores apelantes.

Sem razão os apelantes quando dizem que a não emissão de *um novo laudo por uma terceira pessoa/empresa para ter certeza qual laudo possui informações corretas, antes as informações antagônicas apresentadas* (f. 326) porque a prova é destinada a formação da convicção do julgador e se entendeu ele que os carreados para os autos foram suficientes, não há se falar em cerceamento de defesa com este foco.

Ademais, como consta dos autos, tão logo os apelantes reclamaram junto a concessionária da apelada a regularização do suposto defeito de fabricação do veículo, foi ele submetido previamente a perícia por determinação desta, cujos dados foram suficientes para abalizar o convencimento do julgador.

Afasto, pois, a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Mérito

Dizem os apelantes que *na data de 28/12/2010, o sr. Carlos Roberto dirigia o veículo em tela em uma rodovia de mão dupla nas proximidades da cidade de Enconha/ES quando, ao tentar ultrapassar uma carreta, de maneira injustificada acionamento* do *air-bag do automóvel foi acionado e, ato contínuo, as bolsas de ar explodiram*, causando o travamento do volante automaticamente e a propagação no interior *por uma densa fumaça branca* causando ao motorista a perda completa de visão da estrada (f. 03).

Alegam tratar-se da hipótese albergada no regramento do consumidor como fato do produto, devendo o fabricante ser responsabilizado pelos danos materiais e morais que sofreram.

Zelmo Denari[1] faz o seguinte comentário a respeito:

> *(...) Por outro lado, um produto é defeituoso, da mesma sorte, quando sua utilização ou fruição é capaz de adicionar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de segurança do produto ou serviço.*
>
> *(...)*
>
> *A insegurança é um vício de qualidade que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia. De resto, em ambas as hipóteses, sua utilização ou fruição suscita um evento danoso (eventus damni) que se convencionou designar como "acidente de consumo".*
>
> *Nesta hipótese (b supra)**,** o defeito costuma ser oculto, pois o evento danoso somente se manifesta na fase intermediária e mais avançada de consumo, vale dizer, durante sua utilização ou fruição, e o Código de Defesa do Consumidor dele se ocupa ao disciplinar a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (cf. arts. 12 a 17).*

O art. 12 do CDC diz no § 1º que *O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstancias relevantes,* subtraindo a responsabilidade do fabricante/produtor/construtor quando provar, § 3º: (...) *II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*.

O doutrinador em destaque, ainda na esteira do fato do produto, diz:

> *(...) b) defeito de produção, também denominado fabricação, envolvendo os vícios de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento dos produtos; (...).*

1 DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001. p. 156-157.

> *Os defeitos de produção, por sua vez, são aqueles que se manifestam em alguns exemplares do produto, como decorrência de falha instalada no processo produtivo, mecânico ou manual, e cuja incidência, portanto, encontra-se numa relação imediata com o controle de qualidade desenvolvido pela empresa.*
>
> *Entre as características mais marcantes desta modalidade de defeito, podemos assinalar a sua inevitabilidade. Os defeitos de produção escapam a qualquer controle e surgem, por obra do acaso, como parte integrante do risco do negócio. Como é evidente, o avanço tecnológico e a modernização das empresas tem contribuído, positivamente, para a redução do nível de ineficiência de defeitos. Não menos certo, contudo, que a produção em série atua como agente multiplicador do risco, e foram estas circunstâncias que deflagraram o advento da teoria da responsabilidade objetiva dos fabricantes, acompanhada da inversão do ônus da prova, seu inafastável corolário.*[2]

Dessa lição doutrinária, é de se avaliar se no fato relatado pelos apelantes houve o fato do produto – defeito no *airbag*.

Na ótica do sentenciante tal não ocorreu. Para demonstrar essa assertiva, fez a seguinte digressão:

> *(...)*
>
> *De início, observo que foram realizadas três perícias no automóvel em questão, porém, em nenhuma dessas ocasiões, foi encontrado defeito no sistema de "air bag".*
>
> *Ressalto que, apesar do laudo pericial de fls. 177/196 ter constatado falha de comunicação no sistema de "air bag" do veículo, o que foi denominado de "defeito fugitivo, tensão de alimentação não definido", ficou claro, pelo laudo complementar de fls. 287/291, que tal problema ocorreu em razão da bateria do automóvel estar com pouca carga no momento da análise, o que não tem qualquer relação com eventual vício ou defeito de fabricação/montagem do bem.*
>
> *Também, verifico que o perito judicial descartou a hipótese da bolsa de ar lateral esquerda ter sido acionada em decorrência de problemas elétricos. A respeito, pertinente a transcrição de um dos quesitos respondidos pelo "expert":*
>
> *"Quesito IV*
>
> *Queria o Sr. Perito informar se o acionamento do airbag pode ter sido causado por problemas elétricos.*
>
> *Resposta IV*
>
> *Seria improvável. O veículo trafegava na rodovia, onde a velocidade é constante. Portanto, o regime de rotação do motor (e do alternador elétrico, movido pelo motor) é mais uniforme.*
>
> *Não se faz menção de problemas no sistema elétrico do automóvel nos autos ou nas O.S. Portanto, conclui-se que a tensão do sistema elétrico estava estável, sem picos ou quedas abruptas, no instante da ocorrência." (fls. 289).*
>
> *Ainda, vejo que o veículo continuou sendo utilizado pelos Requerentes, não tendo apresentado nenhuma outra ocorrência que pudesse indicar defeito no componente.*
>
> *Dessa forma, entendo que não há indícios da existência de vícios no sistema de "air bag" do automóvel, não podendo ser acolhido o pedido de substituição do equipamento.*

2 Obra citada, p. 164.

Ao contrário, pelo que consta nos autos, restou evidente que a causa mais provável do acionamento do "air bag" teria sido a colisão de objeto protuberante na parte inferior esquerda do bem.

Nesse sentido, vale a transcrição de trecho do laudo complementar:

"Os danos sob o assoalho, aparentam terem sido provocados por algum objeto protuberante (cano de ferro, pedaço de madeira, etc), lançado pela roda dianteira esquerda na longarina, provocando o rompimento da cobertura interna do para-lama e amassando toda a região adjacente.

No interior do veículo, no assoalho, sobre a longarina e ao lado do condutor, está fixado o "captador de aceleração" do airbag lateral esquerdo.

Se a "pancada" do objeto, causador destes danos, ocorreu no momento da ultrapassagem da carreta, ou próximo deste, somado ao deslocamento de ar (vácuo), que esta provocou sobre o veículo, quando estavam aparelhados, teria grande probabilidade da "caixa de comando" do airbag ter "entendido" tratar-se de uma aceleração (ou desaceleração) brusca, deflagrando a insuflação da bolsa". (fls. 288).

É importante ressaltar que a conclusão do perito está respaldada pelas fotografias de fls. 207/208, que demonstram a existência de danos visíveis na parte baixa do veículo, os quais não são aparentes até hoje porque foram reparados, conforme analisado a fls. 196.

Também, destaco que a referida tese possui liame com os fatos narrados pelos Requerentes na inicial, que afirmaram que o acionamento do "air bag" ocorreu no momento em que "Sr. Carlos Roberto dirigia o veículo em tela em uma rodovia de mão dupla nas proximidades da cidade de Enconha/ES quando, ao tentar ultrapassar uma carreta..." (fls. 03).

Diga-se, ainda, que a conclusão do laudo pericial realizado pela empresa Ré, fls. 204/205, é no mesmo sentido do entendimento do "expert" do juízo.

Diante disso, não vislumbro a ocorrência de falha na prestação de serviços da Requerida, inexistindo fundamento para a responsabilização da Ré por eventuais danos sofridos pelos Requerentes, sejam morais ou materiais, ante a ausência de ato ilícito e nexo de causalidade. (f. 313-315).

Os apelantes aludem ao erro do sentenciante pelo fato de pautar-se em laudo inconclusivo, elaborado pelo perito oficial pois nele não se infere *(...) as causas possíveis do acionamento indesejado do airbag (...) não foi esclarecedor ao responder os quesitos complementares e mais uma vê deixou inconclusivo se a suposta colisão foi ou não determinante para o mau funcionamento do airbag* (f. 328), ao tempo em que exaltam o laudo que trouxeram aos autos com a inicial e que aponta, conclusivamente, para o fato do produto.

Sem razão os apelantes, porquanto, como se vê da sentença, não se pautou o julgador isoladamente no laudo do perito, mas na conjugação deste com o promovido pela requerida *incontinenti*, quando ainda estava exposta a avaria no veículo, o que não ocorreu com o juntado pelos apelantes, eis que produzido após.

Assim observo porque, segundo consta da inicial o incidente ocorreu no dia 28.12.2010. Quando retornaram da viagem e procuraram a concessionária para reclamar do defeito, esta imediatamente remeteu o veículo para ser vistoriado por empresa especializada, ou seja, em 20.01.2011, quando então esta constatou que:

> *No ato da perícia foi constatado danos na parte baixa do veículo em razão de batida, possível o acionamento do airbag lateral esquerdo dianteiro do veículo (lado motorista) conforme fotos anexo (f. 204).*

E realmente as fotos tiradas pela empresa 3ª Visão, empresa que realizou a vistoria prévia do automóvel, em 20.01.2011, quando ainda não havia sido feito os reparos do *airbag*, comprovam as avarias na parte inferior proveniente de uma batida, tanto que os apelantes não se insurgiram contra ele, pautando-se na vistoria técnica realizada pela *expert* que contrataram no dia 31.03.2011, quando o veículo em questão já não mais aparentava a avaria inferior, o que deixa claro terem os apelantes efetuado reparo prévio, muito embora o serviço relativo ao *airbag* ainda estivesse por ser executado, daí porque nele constou que:

> *(...)*
>
> *Estruturalmente e em termos de aparência de carroceria, o veículo encontra-se íntegro e sem indícios de avarias e/ou colisões em seus componentes de lataria externos.*
>
> *Aparentemente o veículo não passou por serviços de funilaria e pintura. Todas as portas abrem e fecham adequadamente, não há espaçamento irregular dos vincos entre as portas e a carroceria do veículo. (...)*
>
> *(...)*
>
> *Conforme indicado na foto 12, há amassamento na parte inferior do veículo junto à caixa de rodas traseira direita. Infere-se a razão do amassamento provavelmente provado por impressão de esforço mecânico estático ou quase estático de pequena monta, ocasionado por objeto semi-contundente, similar ao provocado pelo equipamento macaco, utilizado na troca de pneus.*
>
> *Não há marcas de atrito ou de ranhuras na pintura, o que gera indícios de causa do amassamento na troca indevida do pneu, com o errôneo posicionamento do macaco no momento da troca, sendo descartada a possibilidade de ter havido choque nesse ponto do veículo* (f. 39-41).

A anotação do perito contratado pelos apelantes de que *aparentemente o veículo não passou por serviços de funilaria e pintura* e a proficiência das portas é evidente que o faz com referência a carroceria, a parte aparente do veículo e não a inferior, tanto que não faz qualquer alusão ao reparo, como fez o perito oficial: *No momento da vistoria, não foram constatados amassamento na parte inferior do veículo, isso deve-se ao fato do veículo ter sido reparado* (f. 185).

Por outro lado, o questionamento dos apelantes feito ao perito sobre o defeito inferior não produziu resposta contundente quanto ao reparo porque a respeito não foi indagado. O que os apelantes colocaram em questão a respeito foi:

> *Quesito I*
>
> *Queira o Sr. Perito informar se o defeito inferior encontrado no veículo, na vistoria feita pela 3ª Visão, é anterior aos fatos da inicial ou foi obtida no momento dos fatos narrados nos autos, qual seja 28.12.2010.*
>
> *Resposta I*
>
> *Não se tem a informações (sic) se os danos sob o assoalho, na longarina e parte posterior do para-lama dianteiro esquerdo, foram ocorrências da mesma data do acidente.*

Quesito II

Queria o Sr. Perito informar se o defeito inferior seria suficiente para acionar o airbag, já que é necessário que o veículo sofá desaceleração por impacto.

Resposta II

Os danos sob o assoalho, aparentam terem sido provocados por algum objeto protuberante (cano de ferro, pedaço de madeira, etc), lançado pela roda dianteira esquerda na longarina, provocando o rompimento da cobertura interna do paralama e amassando toda a região adjacente.

No interior do veículo, no assoalho, sobre a longarina e ao lado do condutor, está fixado o "captador de aceleração" do airbag lateral esquerdo.

Se a "pancada" do objeto, causador destes danos, ocorreu no momento da ultrapassagem da carreta, ou próximo deste, somado ao deslocamento de ar (vácuo), que esta provocou sobre o veículo, quando estavam emparelhados, teria grande probabilidade da "caixa de comando" do airbag ter "entendido" tratar-se de uma aceleração ou desaceleração) brusca, deflagrando a insuflação da bolsa. (f. 288).

Como se vê, a quesitação feita pelos apelantes não imprimiu interesse em elucidar a época em que foi reparado os danos da dianteira do lado esquerdo constatados pela 3ª Visão, empresa que realizou a primeira vistoria e mais próxima da data do infortúnio, janeiro/2011, ao passo que a por eles contratada ocorreu no final do mês de março/2011.

Ainda que o perito oficial não tenha batido martelo quanto a deflagração da insuflação do *airbag*, também não o descartou, mormente pela coincidência da deflagração do sistema de segurança do mesmo lado em que a avaria foi diagnosticada e está instalado o dispositivo 'captador de aceleração'.

Ademais, é evidente que não há meios de quaisquer dos peritos que vistoriaram o veículo precisar se a avaria inferior do lado esquerdo ocorreu no momento em que se deu o fato narrado pelos apelantes na inicial, como pretendem. Esta prova, a toda evidência, estava a cargo dos apelantes, em razão de serem as pessoas que ocupavam o veículo no deslocamento, não podendo, neste ponto, serem considerados hipossuficientes para lograrem vantagem com a inversão do ônus da prova permitida pelo CDC. Transferi-la à apelada é impor-lhe prova impossível.

A inversão deferida pelo julgador atingiu o patamar de apuração no que diz respeito ao defeito de fabricação no produto, circunstância repelida exatamente pelo fato de haver sido constatado avaria na parte inferior do veículo e na região em que está instalado o 'captador de aceleração', cujo dispositivo tem por fim precípuo enviar informação para a unidade de controle do sensor atingido, acionando o *airbag,* considerado dispositivo de segurança passiva e o informador para a parte eletrônica do veículo de que houve avaria.

Não há dúvida que o CDC ampara o consumidor, invertendo-se o ônus da prova para facilitar sua defesa. No entanto, não pode o consumidor descurar-se de provar aquilo que está ao seu alcance. É o que ocorre na espécie. O fabricante acabou por provar que o argumento dos apelantes não era verossímil, em razão de ter sido constatada a avaria na parte inferior nas imediações de onde está instalado o 'captador de aceleração' do lado esquerdo, exatamente o lado em que o *airbag* foi acionado, o que traz crucial pertinência com o dano alegado e apto a excluir a responsabilidade do fabricante.

Na obra citada no rodapé, José Geraldo Brito Filomeno[3] comentando o inc. VIII do art. 6º do CDC reproduz dissertação de mestrado de Cecília Matos, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e que merece destaque, veja-se:

> *(...) A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras de experiência a favor do consumidor. Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse em oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumira o risco de sofrer a desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor (ps. 236 e 237 da referida dissertação, gentilmente cedida a este autor).*

Tem-se, deste modo, que o julgamento em prol do consumidor, a parte mais fraca da relação consumerista, é pertinente quando as provas carreadas aos autos pela parte mais forte incute dúvida ao julgador, o que não ocorreu na espécie; ao contrário, elucidou a *quaestio* e a responsabilidade do consumidor.

A respeito da questão em debate veja-se os precedentes:

> *APELAÇÃO. COMPRA E VENDA. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Aquisição de veículo. Alegação de defeitos. Não aferição, em vista do teor do laudo pericial, que se consubstancia na prova técnica pertinente à análise do tema ventilado nos autos. Não constatação do vício no produto ou de defeito na prestação dos serviços, à luz, respectivamente, do disposto nos artigos 18 e 12 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso desprovido.* (TJSP; APL 4000927-51.2013.8.26.0224; Ac. 9078684; Guarulhos; Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Mário Chiuvite Junior; Julg. 15/12/2015; DJESP 19/01/2016)

> *DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. VEÍCULO COM DEFEITO. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PERÍCIA SUFICIENTE. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Da leitura do laudo pericial, conclui-se que não restaram evidenciados defeitos de fabricação. 2. Nos termos do art. 333, inciso I do código de processo civil, o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito. No caso, a autora permaneceu inerte, não produzindo qualquer prova de que o problema em questão tratava-se de defeito de fabricação. 3. A perícia judicial é imparcial, não visando beneficiar um ou outro litigante, e sim auxiliar o juiz a formar seu convencimento. 4. Apelo a que se nega provimento. Decisão unânime.* (TJPE; APL 0021112-96.2008.8.17.0001; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Roberto da Silva Maia; Julg. 01/12/2015; DJEPE 08/01/2016).

> *(...) O fato de tratar-se de relação de consumo não isenta a parte autora de comprovar minimamente os fatos alegados e o direito postulado. Cabia ao autor, nos termos do art. 333, I, do CPC, o ônus de comprovar que o vício do motor era oculto, considerando a presunção de que, em se tratando de veículo com sete anos de uso, apresente defeitos decorrentes do desgaste natural. .... Diante disso, impõe-se a manutenção da sentença de improcedência. Preliminar rejeitada. Apelo desprovido. Unânime.* (TJRS; AC 0384853-34.2015.8.21.7000; Canoas; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Pedro Luiz Pozza; Julg. 10/12/2015; DJERS 14/12/2015).

> *AGRAVO REGIMENTAL. APELAÇÃO CÍVEL. DPVAT. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO NOS LAUDOS PERICIAIS. PROVA UNILATERAL. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE FATO NOVO. 1. O laudo confeccionado*

3 Obra citada, p. 130.

unilateralmente não prevalece sobre aquele oriundo de perícia judicial, produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Na hipótese de divergência entre os laudos médicos periciais, deve ser considerado no julgamento da ação, o realizado por perito nomeado pelo juízo, em homenagem aos princípios do contraditório e ampla defesa. 2. Constitui medida imperativa o desprovimento do agravo regimental quando não evidenciada, em suas razões, nenhum novo argumento que justifique a modificação da decisão recorrida. Agravo regimental conhecido e desprovido. (TJGO; AC 0435596-31.2011.8.09.0175; Goiânia; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Orloff Neves Rocha; DJGO 19/01/2016; Pág. 99).

(...) 1.3. Pedido de desconsideração da perícia por inclusão de considerações pessoais do perito. Desnecessidade. Magistrado não adstrito à prova técnica. Livre apreciação das provas dos autos. Exegese dos arts. 436 e 131 do CPC. "Ocorre que em determinados casos a opinião do perito transborda para o campo de observações subjetivas. Em tais momentos abre-se ao juiz a oportunidade mais vertical de delas divergir, notadamente quando contrariem seu senso de justiça e os demais elementos que levam à formação da convicção para decidir. " (apelação cível n. 2013.015167-5, de descanso, Rel. Des. Paulo Henrique moritz Martins da Silva, j. 20-8-2013). (...) 1.5. Imprestabilidade da perícia em razão da ausência de resposta aos quesitos formulados pelo assistente técnico dos réus. Nulidade inexistente. Os quesitos devem ser apresentados antes do início da perícia. Durante a diligência, as partes podem apresentar quesitos suplementares relativos a esclarecimentos dos anteriores. Tal providência permite ao magistrado o exercício do poder/dever de indeferir os quesitos impertinentes e para o contraditório. Ademais, impossibilidade do assistente técnico formular quesitos. Exegese dos arts. 425 e 435 do CPC. Recurso desprovido no ponto. "O art. 435 do CPC permite a apresentação de quesitos elucidativos, destinados a esclarecer as respostas dadas; não quesitos novos, sobre matéria não suscitada anteriormente" (RT 649/135, jta 91/287). "É tardia a apresentação de quesitos suplementares depois do laudo ter sido apresentado, a teor do disposto no art. 425 do CPC" (RESP 110.784/SP, relator ministro cesar asfor Rocha, j. 5-8-1997). 2. Agravo retido de fls. 1.013-1015. (...) (TJSC; AC 2012.015149-0; Trombudo Central; Segunda Câmara de Direito Comercial; Rel. Des. Dinart Francisco Machado; Julg. 15/12/2015; DJSC 19/01/2016; Pág. 496).

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 02 de fevereiro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Reexame Necessário nº 0800784-72.2013.8.12.0035 - Iguatemi
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – EDITAL QUE PREVÊ UMA ÚNICA VAGA PARA O CARGO DE ENFERMEIRO – CANDIDATA PRIMEIRA COLOCADA QUE, APÓS A NOMEAÇÃO, DESISTIU DO CARGO – SENTENÇA QUE RECONHECEU O DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE EM SER NOMEADA PARA O CARGO, POR TER FICADO EM SEGUNDO LUGAR – REEXAME AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A desistência do candidato aprovado em primeiro lugar para o concurso público destinado ao preenchimento de uma única vaga do cargo de enfermeiro, faz surgir para a candidata que ficou na segunda colocação o direito líquido e certo de ser nomeada ao mencionado cargo. 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, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 1 de março de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

A juíza de direito da Comarca de Iguatemi submete ao reexame deste tribunal a sentença que proferiu no mandado de segurança impetrado por Marcela Gomes Rossi contra ato ilegal atribuído ao prefeito do Município de Iguatemi-MS.

A sentença objeto de reexame necessário concedeu a segurança, para determinar a nomeação e posse da impetrante no cargo de Enfermeira-Padrão-Zona Rural do Quadro Permanente do Município de Iguatemi.

O parecer exarado pela Procuradoria-Geral de Justiça é pela ratificação da sentença objeto de reexame necessário.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de reexame necessário de sentença proferida no mandado de segurança impetrado por Marcela Gomes Rossi contra ato do prefeito municipal de Iguatemi.

Ao ingressar com o mandado de segurança a impetrante narrou que foi aprovada em 2º lugar no concurso público de provas para provimento do quadro permanente de pessoal do Município de Iguatemi, realizado pela administração municipal em 2011, para o cargo de enfermeiro padrão zona rural, no qual foi oferecida 01 (uma) vaga.

Sustentou que, diante da desistência da candidata aprovada em 1º lugar, teria ela o direito de ser nomeada para o cargo, o que não ocorreu. Alega que a omissão da autoridade apontada como coatora em relação à nomeação ofende o seu direito líquido e certo.

Obteve sentença que concedeu a segurança, para determinar a nomeação e posse da impetrante no cargo de enfermeira-padrão-zona rural do quadro permanente do Município de Iguatemi.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo desprovimento do reexame.

A impetrante foi aprovada em 2º (segundo) lugar no concurso público realizado para o provimento de cargo de enfermeiro padrão-zona rural, sendo que o edital do mencionado concurso previu apenas 01 (uma) vaga para o referido cargo.

Sucede que a candidata aprovada em 1º (primeiro) lugar, após ter sido nomeada, não tomou posse por expressa desistência, razão do cargo encontrar-se vago.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que a desistência da candidata que ficou em 1º (primeiro) lugar no concurso público para o preenchimento de determinado cargo, faz nascer à candidata que ficou em 2º (segundo) lugar o direito subjetivo a nomeação para o cargo concorrido.

Neste sentido é a ementa do seguinte acórdão:

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS QUE COM A DESISTÊNCIA DOS DE MELHOR CLASSIFICAÇÃO PASSOU A FIGURAR ENTRE OS CLASSIFICADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DA PARAÍBA DESPROVIDO.*
>
> *1. A pendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. Cabível o exame de tal pretensão somente em eventual juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário interposto nesta Corte Superior.*
>
> *2. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a orientação firmada nesta Corte Superior, de que a desistência de candidatos melhor classificados gera para os demais, na ordem de classificação, direito subjetivo à nomeação, atraindo a incidência da Súmula 83/STJ.*
>
> *3. No caso, importa salientar, que sequer poderia falar em surgimento de novas vagas no decorrer da validade do certame, como sustentado pelo Estado da Paraíba, mas, tão somente, do preenchimento do único cargo ofertado no concurso público, pois o primeiro colocado do certame optou em não assumi-lo, após a respectiva nomeação, fato que consolida o interesse e a necessidade da Administração em contratar. Nesse contexto, verifica-se manifesto o direito subjetivo da agravada à nomeação no cargo em que restou aprovada.*

> *4. Agravo Regimental do Estado da Paraíba desprovido.* (STJ - AgRg no AREsp 615.148/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 26.05.2015, DJe 09.06.2015).

Assim, dada a desistência da candidata aprovada em 1º lugar, resta aberta a vaga prevista no edital do concurso público regulamentado pelo edital n. 01/2011, para o cargo de enfermeiro padrão zona rural, o que fez nascer para a impetrante o direito líquido e certo à nomeação, uma vez que passa a ser considerada aprovada dentro do número de vagas previstas no edital.

Posto isso, com o parecer, conheço do reexame necessário e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 01 de março de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0804304-60.2014.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE IMÓVEL – PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA AFASTADA – QUESTÃO DE FUNDO – DOAÇÃO DE LOTES PELO MUNICÍPIO – ENCARGO ASSUMIDO PELA DONATÁRIA DE CONSTRUIR CASA DE PADRÃO POPULAR NO TERRENO EM DETERMINADO LAPSO TEMPORAL – ENCARGO NÃO CUMPRIDO – REVERSÃO DO IMÓVEL AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO – CABIMENTO – PRAZO PARA EDIFICAÇÃO FIXADO EM DOZE MESES – TRANSCURSO DE APROXIMADAMENTE SEIS ANOS DESDE A DOAÇÃO, SEM A EDIFICAÇÃO – LOTE QUE, ATÉ O PRESENTE MOMENTO, FOI APENAS MURADO – FINALIDADE DO LOTEAMENTO DESVIRTUADA – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DIGNIDADE HABITACIONAL NÃO ATENDIDAS – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I – O prazo decadencial para a Administração Pública rever os atos praticados em benefício dos administrados é de 05 (cinco) anos, nos termos da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito Federal, aplicável ao caso concreto ante a inexistência de legislação local específica que regulamente a matéria.

II – Sendo a doação do lote à ré apelante realizado pelo ente público autor visando a construção de casa de padrão popular em benefício de cidadão que não é proprietário de casa própria, assumindo a donatária o encargo de fazê-lo no prazo de 12 (doze) meses, correta a sentença que determina a reversão do terreno ao patrimônio público do Município, quando transcorridos aproximadamente 06 (seis) anos sem que as providências cabíveis fossem adotadas. Ademais, ainda que a recorrente alegue que não o fez por situação de força maior, não logrou êxito em comprovar tal assertiva. Ademais, não há qualquer inconstitucionalidade que macule o decreto que estabeleceu o prazo para o cumprimento do encargo, posto que a própria lei de regência indicou a necessidade de regulamentação posterior através de decreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a prejudicial e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Fabiana Patricia Moura Macedo apela da sentença (f. 86-90) proferida na ação de revogação de doação de imóvel ajuizada pelo Município de Nova Andradina, cujo trâmite ocorreu na 1ª vara cível da referida comarca.

O autor doou à ré apelante, em 27/01/2010, um imóvel para habitação familiar, localizado no "Conjunto Habitacional dos Professores", tendo esta se comprometido a iniciar a construção do imóvel dentro dos prazos pré-estabelecidos em decreto, sob pena de revogação e retorno de tal imóvel ao domínio da municipalidade.

Tendo em vista a constatação de que a apelante não construiu o imóvel no local, não cumprindo, assim, o encargo com o qual havia anuído, o pedido inicial foi julgado procedente, para determinar a reversão ou restabelecimento do imóvel doado ao patrimônio do Município.

Em suas razões (f. 100-115), suscita a apelante prejudicial de decadência, ao argumento de que o artigo 559 do Código Civil estabelece que as doações com encargos deverão ser pleiteadas dentro do prazo máximo de um ano, a contar da data que o doador tenha conhecimento da situação, compreendendo, assim, que o apelado teria decaído do direito potestativo à desconstituição do negócio jurídico, posto que a doação foi feita em 27/01/2010 e a presente ação foi ajuizada em 18/11/2014.

No mérito, sustenta que a sentença se mostra divorciada do conjunto probatório, posto que a apelante não teria iniciado a construção no prazo de 12 (doze) meses em razão de motivo de força maior, pois passou por uma gravidez de risco, necessitando seu outro filho de cirurgia nos pés, percalços imprevisíveis que teriam implicado em gastos superiores as suas forças e obstado a edificação.

Assevera que se verifica no caso a consolidação de ato jurídico perfeito, tendo em vista que quando do negócio jurídico, as doações se submetiam à Lei Municipal 704/2008, que indicava em seu art. 3º que a existência de caso fortuito ou de força maior justificaria a ausência de edificação no terreno doado, tendo a Lei 980/2010 entrado em vigor após a efetivação da doação, em 21/05/2010.

Pondera que murou o terreno, adquirindo os materiais necessários para tanto em nome de sua irmã, bem como que paga IPTU em dia, solicitando a ligação da água e a numeração do imóvel, destacando que vive de aluguel e tem interesses na edificação.

Requer o provimento do recurso, para que seja declarada a inconstitucionalidade do Decreto nº 980/2010, por violação ao princípio da legalidade, ou seja reconhecida a decadência, com extinção do processo. No mérito, pede o reconhecimento do ato jurídico perfeito, com aplicação da Lei Municipal 704/2008, admitindo-se a ocorrência de caso fortuito ou força maior, com manutenção da decisão. Prequestiona dispositivos constitucionais e legais específicos.

Contrarrazões (f. 118-122) pela manutenção da sentença.

VOTO (EM 26.01.2016)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Fabiana Patricia Moura Macedo apela da sentença (f. 86-90) proferida na ação de revogação de doação de imóvel ajuizada pelo Município de Nova Andradina, cujo trâmite ocorreu na 1ª vara cível da referida comarca.

O autor doou à ré apelante, em 27/01/2010, um imóvel para habitação familiar, localizado no "Conjunto Habitacional dos Professores", tendo esta se comprometido a iniciar a construção do imóvel dentro dos prazos pré-estabelecidos em decreto, sob pena de revogação e retorno de tal imóvel ao domínio da municipalidade.

Tendo em vista a constatação de que a apelante não construiu o imóvel no local, não cumprindo, assim, o encargo com o qual havia anuído, o pedido inicial foi julgado procedente, para determinar a reversão ou restabelecimento do imóvel doado ao patrimônio do Município.

Em suas razões (f. 100-115), suscita a apelante prejudicial de decadência, ao argumento de que o art. 559 do Código Civil estabelece que as doações com encargos deverão ser pleiteadas dentro do prazo máximo de um ano, a contar da data que o doador tenha conhecimento da situação, compreendendo, assim, que o apelado teria decaído do direito potestativo à desconstituição do negócio jurídico, posto que a doação foi feita em 27/01/2010 e a presente ação foi ajuizada em 18/11/2014.

No mérito propriamente dito sustenta que a sentença se mostra divorciada do conjunto probatório, posto que a apelante não teria iniciado a construção no prazo de 12 (doze) meses em razão de força maior, pois passou por gravidez de risco, necessitando seu outro filho de cirurgia nos pés, percalços imprevisíveis que teriam implicado em gastos superiores às suas forças e obstado a edificação.

Assevera que se verifica no caso a consolidação de ato jurídico perfeito, tendo em vista que quando do negócio jurídico as doações se submetiam à Lei Municipal 704/2008, que indicava em seu art. 3º que a existência de caso fortuito ou de força maior justificaria a ausência de edificação no terreno doado, tendo o Decreto 980/2010 entrado em vigor após a efetivação da doação, em 21/05/2010.

Pondera que murou o terreno, adquirindo os materiais necessários para tanto em nome de sua irmã, bem como que paga IPTU em dia, solicitando a ligação da água e a numeração do imóvel, destacando que vive de aluguel e tem interesses na edificação.

Requer o provimento do recurso, para que seja declarada a inconstitucionalidade do Decreto nº 980/2010, por violação ao princípio da legalidade, ou seja reconhecida a decadência, com extinção do processo. No mérito, pede o reconhecimento do ato jurídico perfeito, com aplicação da Lei Municipal 704/2008, admitindo-se a ocorrência de caso fortuito ou força maior, com manutenção da decisão. Prequestiona dispositivos constitucionais e legais específicos.

Contrarrazões (f. 118-122) pela manutenção da sentença.

Passo ao voto.

Da prejudicial de decadência

Alega a apelante que no caso em comento estaria configurada a decadência para o ente público autor buscar a revogação da doação do imóvel que realizou em seu favor, ao argumento de que o art. 559 do Código Civil estabelece que as doações com encargos deverão ser pleiteadas dentro do prazo máximo de um ano, a contar da data que o doador tenha conhecimento da situação.

Sem razão a recorrente.

Isto porque, diante da inexistência de legislação local específica que disponha sobre a matéria, lança-se mão da regra geral insculpida na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a saber:

> *Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*

Assim sendo, o prazo decadencial aplicável ao caso concreto, como apontado pela juíza *a quo*, porém com fulcro em norma diversa, de fato é o quinquenal, com fluência, diante da existência de encargo, do termo para efetivá-lo.

Levando-se em consideração que a doação foi realizada em 27/01/2010 e a presente ação ajuizada em 18/11/2014, certo é que não houve o transcurso de 05 (cinco) anos, não se podendo falar, assim, em decadência.

O seguinte julgador corrobora esta compreensão:

> *REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO. SEM ENCARGO. REVOGAÇÃO. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. 1. É possível à Administração Pública fazer doação de imóvel público desafetado do uso público, por meio de Lei autorizativa e de prévia avaliação do bem a ser doado. 2. Eventual reversão do imóvel ao patrimônio do ente público dependerá de prévio procedimento administrativo ou judicial. 3. Inexistindo vício no ato da doação, não há justificativa para a intervenção do Poder Judiciário. 4. A administração pública dispõe do prazo decadencial de 05 anos para rever os seus atos administrativos, a não ser que vício está não cumprimento de condições ou encargos supervenientes sobre o bem doado. 5. Não havendo encargo é de se reconhecer a decadência do direito de anular o ato de doação passados mais de 05 anos da doação.* (TJMG; APCV 1.0696.10.003206-4/001; Rel. Des. Renato Dresch; Julg. 29/10/2015; DJEMG 06/11/2015).

Rejeito, assim, a prejudicial de decadência, o que faço, no entanto, com fundamentação diversa da apresentada na sentença.

Mérito

Pretende a apelante a reforma da sentença que determinou a reversão ou restabelecimento do imóvel que lhe fora doado ao patrimônio do Município, tendo em vista que não cumpriu o encargo de construir no local imóvel para habitação familiar.

Argumenta que não teria iniciado a construção no prazo de 12 (doze) meses em razão de força maior, pois passou por gravidez de risco, necessitando seu outro filho de cirurgia nos pés, percalços imprevisíveis que teriam implicado em gastos superiores às suas forças e obstado a edificação.

Assevera que o negócio jurídico encontra-se sob a égide do ato jurídico perfeito, pois quando de sua celebração, as doações se submetiam à Lei Municipal 704/2008, que indicava em seu art. 3º que a existência de caso fortuito ou de força maior justificaria a ausência de edificação no terreno doado, tendo o Decreto Municipal 980/2010 entrado em vigor após a efetivação da doação, em 21/05/2010.

Sem razão a apelante.

Independentemente da normatização que se levar em consideração, o imóvel foi doado à apelante para fins habitacionais, e mesmo a Lei Municipal 704/2008, que alega ser aplicável ao caso em comento, contém dispositivo que prevê a necessidade de cumprimento dos prazos pré-estabelecidos para início e término das obras, sob pena de reversão ao patrimônio público.

De ver-se que a referida doação de lotes de terrenos que compõem o loteamento denominado "Conjunto Habitacional dos Professores" ou "Conjunto Habitacional dos Funcionários Públicos" indiscutivelmente objetiva prestigiar a função social da propriedade, bem como a dignidade habitacional dos beneficiários, visando contribuir para que estes possam edificar casas próprias em terrenos doados pelo ente público autor.

Ora, ao não cumprir o encargo, posto que a apelante admite expressamente que não construiu residência no terreno recebido até o presente momento, limitando-se a mura-lo, transcorridos aproximadamente 06 (seis) anos da celebração do negócio jurídico entre as partes, não há dúvidas que sua postura desvirtua a pretensão do Município de Nova Andradina quando promoveu as doações.

Sobre o encargo, ensina Carlos Roberto Gonçalves[1]:

> *"Encargo ou modo é uma determinação que, imposta pelo autor de liberalidade, a esta adere, restringindo-a.*
>
> *Trata-se de cláusula acessória às liberalidades (doações, testamentos) pela qual se impõe uma obrigação ao beneficiário. (...)*
>
> *A característica mais marcante é sua obrigatoriedade (...)"*

Não há se falar que o negócio celebrado entre as partes está sob a égide do ato jurídico perfeito, vez que diante do não cumprimento do encargo, jamais se pode afirmar que o ato se perfectibilizou.

Tampouco se mostra pertinente para justificar a situação os documentos que a apelante colaciona com a contestação (f. 47; 50-56), pois estes são datados, em sua maioria, no período compreendido entre 2010 e 2012, o que implica dizer que até o ajuizamento da ação, ocorrido em 18/11/2014, poderia ao menos ter iniciado a construção, atitude que não adotou até o presente momento.

O documento apresentado com a inicial, mais precisamente às f. 11, dá conta de que em 01/08/2014 a ré apelante compareceu na Agência Municipal de Habitação de Nova Andradina, manifestando ciência de que o prazo para construção havia expirado, informando somente que pretendia iniciar a construção da casa em breve, sem previsão para o término da obra, indicando um período provável de 03 (três) anos.

Pertinente, pois, a pretensão do autor apelado quando promoveu a presente demanda para revogação da doação, bem como adequada a sentença quando determinou que o bem seja revertido ao patrimônio público do Município, até como forma de contemplar outro cidadão que faça jus ao benefício e tenha real intenção de edificar no lote que lhe for doado.

Veja-se o seguinte julgado sobre o tema:

> *APELAÇÃO AÇÃO ORDINÁRIA. Reversão de doação por encargo não cumprido. Possibilidade. Autora não cumpriu todas as obrigações assumidas no ato legislativo que autorizou a doação do imóvel municipal e termo de ajuste de condutas realizado nos moldes sugeridos pela própria autora. Descumprimento das obrigações suplementares regularidade das Leis Municipais nºs 713/09 e 730/10. Prescrição e decadência não ocorridas, posto se tratar de doação de imóvel público. Descumprimento parcial dos encargos. Não demonstrado o funcionamento das atividades industriais no local pelo prazo assinalado. Aceitação da doação com encargo como válida. Ação julgada improcedente em primeira instância sentença mantida. Recurso improvido.* (TJSP; AgRg 0006478-89.2011.8.26.0082/50001; Ac. 6921460; Boituva; Décima Segunda Câmara de Direito Público; Rel. Des. Venicio Salles; Julg. 06/03/2013; DJESP 16/08/2013).

Não merece acolhida a alegação de que seria inconstitucional o Decreto nº 980/2010, por violação ao princípio da legalidade, posto que, conforme transcrição acima realizada, o art. 3º da Lei 704/2008 indicou a necessidade de cumprimento dos prazos previstos em decreto, vindo o Decreto 980/2010, com as alterações promovidas pelo Decreto 1.020/2010, somente a regulamentar a referida

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 396. v. 1: parte geral.

Lei, estabelecendo prazo de 12 (doze) meses para este fim, sob pena de reversão ao domínio do Município o lote objeto de doação.

A ré apelante foi agraciada com prazo muito superior a este para adotar as providências que lhe cabiam para o cumprimento da obrigação de fazer, limitando-se, repise-se, a murar o terreno, o que não se presta para indicar como atendido o encargo que assumiu para fazer jus à propriedade do bem, e ainda que alegue que não o fez por motivo de força maior, não se desincumbiu do ônus de comprovar a situação, o que significa dizer que a reversão do bem ao patrimônio público do Município é medida que se impõe.

No tocante ao prequestionamento, é cediço que o julgador não está obrigado a se manifestar acerca de todos os argumentos e dispositivos legais alegados, bastando que a decisão esteja adequadamente fundamentada.

Este, inclusive, é o entendimento pacífico deste Tribunal:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA. VEDAÇÃO PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS. Os embargos de declaração não se prestam à rediscussão de questão decidida, mormente porque o órgão julgador não está obrigado a responder cada um dos argumentos da parte. O prequestionamento pressupõe debate e decisão quanto à matéria, de sorte que a manifestação expressa sobre normativo é prescindível.* (TJMS; EDcl-AC 2011.032367-2/0001-00; Campo Grande; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson; DJEMS 30/03/2012; Pág. 44).

Assim, desnecessário o pronunciamento expresso acerca dos dispositivos legais e constitucionais debatidos nas razões recursais, posto que o voto já se encontra devidamente fundamentado.

Posto isso, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

Por unanimidade, afastaram a prejudicial. No mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para a sessão de 16.02.2016, em face do pedido de vista do revisor (Des. Júlio), após o relator negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 16.02.2016)

O Sr. Des. Julio Roberto Siqueira Cardoso (Revisor)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão da reversão do imóvel ao patrimônio público do terreno doado pelo Município à apelante.

Analisando os autos, nota-se que em 27/01/2010 a Prefeitura Municipal de Nova Andradina, editando a Lei Municipal de n. 906/2010, doou à requerida 1 (um) terreno para construção de habitação familiar, sob pena de revogação e retorno do bem ao domínio da prefeitura, sem direito de indenização e retenção das benfeitorias.

Dispõe a Lei Municipal nº 906/2010:

> *Art. 1°. Fica o Poder Executivo autorizado a outorgar a escritura de doação dos terrenos que compõem o Conjunto Habitacional Funcionários Públicos, nesta cidade, às pessoas que venham a ser selecionadas pela Secretaria Municipal de Infraestrutura, com critérios de real necessidade.*

(...)

Art. 3°. Caso os beneficiários, num prazo de 12 (doze) meses não obtenham financiamento para as respectivas construções, não o faça com recursos próprios, ou, não sejam contemplados com outro tipo de recurso federal ou estadual através de programas sociais, o terreno retornará ao domínio público.

Art. 4.º Para efeito de financiamento por qualquer tipo de modalidade e obtido de qualquer órgão ligado ou não ao sistema financeiro da habitação, o imóvel poderá ser outorgado como garantia do mesmo financiamento, habitação familiar, segundo as regras do próprio ente, caso em que o donatário ficará desde logo desonerado das obrigações dos encargos da doação, disso resultando impossibilidade do terreno retornar ao domínio público.

Pois bem, em que pese o entendimento deste relator ser no sentido de que não é possível retomar os imóveis doados pelo Município, no caso dos autos verifico que a apelante não cumpriu e nem tem previsão para cumprimento da condição expressa no artigo 3° da Lei Municipal 906/2010, qual seja, de que fosse providenciada a construção do imóvel de habitação familiar no terreno doado, sob pena do bem retornar ao domínio da municipalidade.

Com isso, em virtude do descumprimento da condição, entendo por bem acompanhar o voto do relator, no sentido de manter a decisão atacada, para que o bem imóvel seja revertido ao patrimônio público do Município de Nova Andradina, para que eventualmente outro cidadão possa ser contemplado e ao bem seja dada sua correta destinação, qual seja, habitação de famílias carentes.

Diante disso, sem mais delongas, acompanho o voto do relator e nego provimento ao presente recurso.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a prejudicial e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação / Reexame Necessário nº 0064467-92.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MORTE DE PRESO NO INTERIOR DO INSTITUTO PENAL DE CAMPO GRANDE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO AFASTADA – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS VOLUNTÁRIOS CONHECIDOS E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Ocorre litisconsórcio passivo facultativo entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a Agepen, sua autarquia, o qual poderá ser formado por opção exclusiva de quem ajuíza a ação.

O STJ e esta Corte de Justiça já se manifestaram pacificamente pela existência de responsabilidade objetiva do Estado na hipótese de morte de preso nas dependências do estabelecimento penitenciário, por entender violado o dever constitucional de custódia do ente de Direito Público.

A indenização por dano moral deve ser fixada mediante prudente arbítrio do juiz, de acordo com o princípio da razoabilidade, observados a finalidade compensatória, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa. Simultaneamente, o valor não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo, a ponto de não coibir a reincidência em conduta negligente.

O *quantum* indenizatório a ser pago a título de danos morais, deve ser corrigido monetariamente a partir da data do julgamento (Súmula 362, do STJ), e acrescido de juros moratórios incidentes a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54, do STJ.

Desnecessária manifestação expressa sobre dispositivos constitucionais ou legais apontados, notadamente quando abordadas exaustivamente todas as questões suscitadas pelas partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar, negar provimento ao recurso voluntário e ratificar a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

A Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – Agepen/MS e o Estado de Mato Grosso do Sul, inconformados com a sentença (f. 354-9) que afastou as preliminares e julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos de ação de indenização ajuizados por Dalva Souza e Silva, condenando-os ao pagamento de uma indenização por danos morais arbitrada em R$ 50.000,00, interpõem apelações.

Em suas razões recursais, a Agepen afirma que a sentença deve ser reformada eis que o dano não resultou de ato praticado por agente público, mas sim causado por culpa exclusiva da vítima, que se suicidou, e a ausência de nexo causal entre a conduta e o resultado.

Sustenta que não descumpriu qualquer dever legal e prestou um serviço penitenciário de forma eficiente e útil, não podendo ser responsabilizada pelo suicídio do preso, por ser um ato imprevisível e inevitável.

Defende que a condenação imposta é ilegal, *"porque sem base concreta de um regramento jurídico*"; imoral, porque *"há uma inversão de valores na medida em que o Estado se tornará um segurador universal pelo acontecimento danoso ao preso em quaisquer circunstâncias*", e irrazoável, por ser desproporcional, já que praticou ação legítima, *"sem nexo causal com o resultado danoso"*.

Assevera que para a fixação da indenização não foi levado em consideração a culpa exclusiva da vítima e a prestação de serviço da recorrente dentro das possibilidades fornecidas pelo Estado, devendo ser reduzida para R$ 5.000,00, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proibição do enriquecimento ilícito e pede que a mesma incida a partir da data do seu arbitramento na sentença.

Ao final, pede o conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença e a manifestação expressa dos dispositivos legais referentes às matérias debatidas.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, sustenta preliminar de ilegitimidade passiva, pois o detento encontrava-se sob a guarda e custódia da Agepen, que possui personalidade jurídica própria, bem como autonomia administrativa e financeira, sendo ela a única parte legítima para figurar no pólo passivo da ação.

No mérito, alega a ausência de nexo de causalidade, em razão da conduta suicida do detento, não lhe cabendo qualquer responsabilidade em relação à reparação moral.

Aduz que não há prova nos autos quanto ao abalo psicológico e danos morais sofridos pela requerente, não restando evidenciado que ela mantinha contato com seu filho durante o período em que esteve preso, razão pela qual deve ser reduzido o valor da indenização, atendendo os critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

Prequestiona as matérias apresentadas no recurso e, por fim, pede o conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença.

Contrarrazões às f. 396-402 e 405-9, pugnando pelo improvimento dos recursos.

A sentença encontra-se sujeita à reexame necessário, conforme disposição contida no artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Conforme relatado, a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – Agepen/MS e o Estado de Mato Grosso do Sul inconformados com a sentença (f. 354-9) que afastou as preliminares e julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos de ação de indenização ajuizados por Dalva Souza e Silva, condenando-os ao pagamento de uma indenização por danos morais arbitrada em R$ 50.000,00, interpõem apelações.

Em suas razões recursais, a Agepen afirma que a sentença deve ser reformada eis que o dano não resultou de ato praticado por agente público, mas sim causado por culpa exclusiva da vítima, que se suicidou, e a ausência de nexo causal entre a conduta e o resultado.

Sustenta que não descumpriu qualquer dever legal e prestou um serviço penitenciário de forma eficiente e útil, não podendo ser responsabilizada pelo suicídio do preso, por ser um ato imprevisível e inevitável.

Defende que a condenação imposta é ilegal, *"porque sem base concreta de um regramento jurídico*"; imoral, porque *"há uma inversão de valores na medida em que o Estado se tornará um segurador universal pelo acontecimento danoso ao preso em quaisquer circunstâncias*", e irrazoável, por ser desproporcional, já que praticou ação legítima, *"sem nexo causal com o resultado danoso"*.

Assevera que para a fixação da indenização não foi levado em consideração a culpa exclusiva da vítima e a prestação de serviço da recorrente dentro das possibilidades fornecidas pelo Estado, devendo ser reduzida para R$ 5.000,00, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proibição do enriquecimento ilícito e pede que os juros e correção do valor incida a partir da data do seu arbitramento na sentença.

Ao final, pede o conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença e a manifestação expressa dos dispositivos legais referentes às matérias debatidas.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, sustenta preliminar de ilegitimidade passiva, pois o detento encontrava-se sob a guarda e custódia da Agepen, que possui personalidade jurídica própria, bem como autonomia administrativa e financeira, sendo ela a única parte legítima para figurar no pólo passivo da ação.

No mérito, alega a ausência de nexo de causalidade, em razão da conduta suicida do detento, não lhe cabendo qualquer responsabilidade em relação à reparação moral.

Aduz que não há prova nos autos quanto ao abalo psicológico e danos morais sofridos pela requerente, não restando evidenciado que ela mantinha contato com seu filho durante o período em que esteve preso, razão pela qual deve ser reduzido o valor da indenização, atendendo os critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

Prequestiona as matérias apresentadas no recurso e, por fim, pede o conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença.

Contrarrazões às f. 396-402 e 405-9, pugnando pelo improvimento dos recursos.

A sentença encontra-se sujeita à reexame necessário, conforme disposição contida no artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

Verifica-se dos autos que Dalva Souza da Silva ajuizou ação de indenização em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul e da Agepen – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, em virtude do falecimento de seu filho, ocorrido em 20.11.2011, nas dependências do Instituto Penal de Campo Grande.

Tal pedido foi julgado parcialmente procedente, insurgindo-se os requeridos através destes recursos. A sentença também encontra-se sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Por conta da prejudicialidade, analiso, inicialmente, a preliminar suscitada pelo Estado-apelante.

A preliminar não merece prosperar.

Isso porque esta e. Corte tem reiteradamente decidido no sentido da existência de um litisconsórcio passivo facultativo, à escolha de quem ajuíza a ação, entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – Agepen, órgão este vinculado à Secretaria Estadual de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, para responder à ação de indenização por danos morais por morte de detento dentro do estabelecimento prisional.

A propósito, confiram-se os seguintes julgados:

> *E M E N T A-AGRAVO RETIDO DO ESTADO - ILEGITIMIDADE DE PARTE - MORTE DE DETENTO EM PRESÍDIO - LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO ENTRE O ESTADO E A AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO (AGEPEN) - RECURSO IMPROVIDO.* Sendo a custódia do preso de responsabilidade do Estado e da Agepen, nesta incorporada a idéia do dever de manutenção da higidez física e mental do detento, qualquer circunstância onde haja o açoite da obrigação legal reclama a presença de ambas no pólo passivo da ação indenizatória, em litisconsórcio facultativo.
>
> *(...).* (TJ-MS - APL: 00012924320108120007 MS 0001292-43.2010.8.12.0007, Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva, Data de Julgamento: 15/08/2013, 5.ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/05/2014).
>
> *E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MORTE DE PRESO NO INTERIOR DA DELEGACIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – AFASTADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – ART. 1.º-F DA LEI N.º 9.494/97 – RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL IMPROVIDO – RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO.* (TJ-MS - APL: 0028830-51.2009.8.12.0001, Relator: Des. Marcelo Câmara Rasslan, Data de Julgamento: 23/03/2015, 1.ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/04/2015).
>
> *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR MORTE DE PRESO CUSTODIADO DO ESTADO. AGRAVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO ESTADO ACOLHIDA EM PRIMEIRO GRAU. RESPONSABILIDADE ESTATAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E DA AGEPEN RECONHECIDA. PRECEDENTES.* O Estado é legitimado, bem como a Agepen, para responder à ação de indenização por morte de detento em estabelecimento prisional, porquanto ocorre em situações desse jaez litisconsórcio passivo facultativo, o qual poderá ser formado ou não por opção exclusiva de quem ajuíza a demanda. Como corolário, deve ser alterada a decisão que excluiu a legitimidade passiva do estado. (TJMS; Rec. 1402847-92.2014.8.12.0000; Campo Grande; Segunda Câmara Cível; Rel. Juiz Jairo Roberto de Quadros; DJMS 09/02/2015; p. 20).

Portanto, afasta-se a preliminar, reconhecendo-se a legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul para figurar no pólo passivo da ação, exatamente como decidiu o julgador singular.

Afastada a prejudicial, passo ao exame do mérito dos recursos voluntários e obrigatório, tendo em vista a similitude das matérias.

O cerne da questão está em se estabelecer o caráter da responsabilidade civil dos apelantes em objetiva ou subjetiva, em razão do óbito de Edson José de Carvalho, enquanto encarcerado no estabelecimento penal de Campo Grande.

Pois bem, em outros feitos similares já firmei posição de que a responsabilidade é objetiva, consoante disposição do artigo 37, § 6.º da Constituição Federal[1], já que compete ao Estado de Mato Grosso do Sul e à Agepen o dever de zelar pela integridade física e moral das pessoas mantidas sob sua proteção.

Como difundido amplamente, a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado.

A liberdade do falecido é que estava cerceada e, cumpria e cumpre ao Estado e à autarquia, em casos tais, garantir ao presidiário todos os demais direitos, inclusive o direito fundamental à vida. A falha destes entes públicos é tão gritante, que eles não garantem esse direito básico até para aqueles que se encontram sob a sua guarda, o que é vergonhoso.

No caso dos autos, por mais que os apelantes afirmem não estarem presentes os requisitos de sua responsabilização, aduzindo ainda decorrer a morte do detendo de excludente de sua responsabilidade, por resultar de culpa exclusiva da vítima, não há como negar que, na hipótese, não foram demonstrados qualquer excludente.

Ao contrário do que alegaram, as provas documentais são uníssonas na comprovação do falecimento do filho da apelada, que foi encontrado *"dependurado, preso por uma tolha de banho azul estampada e de costas para a parede entre a porta da cela e a cama, com as pernas amarradas por um cordão vermelho (...) há cerca de um metro de altura em relação ao chão"* (f. 11-2), fato que torna inafastável o dever de indenizar dos entes públicos, inexistindo qualquer dúvida quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelo ocorrido.

Isso porque, como já ressaltado, é dever deles agir com maior eficiência em seu dever/poder de custódia, mas foram omissos, deixando o detento falecer, pouco importando se em virtude de suicídio ou homicídio praticado por outros presos, em flagrante afronta ao disposto no inciso XLIX, do artigo 5.º da Constituição Federal de que *"é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*".

Na lição de Rui Stocco[2] *"a omissão configura a culpa "in omitendo" e a culpa "in vigilando". São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir não agiu"*.

Com efeito, a partir do momento em que a vítima foi colocada sob a guarda e responsabilidade das autoridades carcerárias, que se obrigaram pelas medidas tendentes à preservação da integridade física corporal, contra eventuais violências praticadas por outros detentos ou mesmo pela própria vítima, devem elas ser consideradas responsáveis pelos danos causados ao preso, pela sua desídia.

1 § 6.º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

2 STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 368

Isso não quer dizer que os presídios devem manter um agente penitenciário para cada detento, como alegado pela apelante. Entretanto, entendo que, como bem assentado pelo e. Desembargador do TJMG, Duarte de Paula, Relator dos autos de Apelação n.º 10143100276656001 *"deveriam haver maiores investimentos em nossas cadeias públicas e presídios, para instalar sistemas de monitoramento interno, com câmeras e centrais de imagem que permitissem aos guardas averiguar o que se passa dentro de todas as instalações do presídio. Tal providência, decerto, dificultaria a ocorrência de situações obscuras, como no presente caso, de falecimento de detento dentro da própria cela durante a noite quando se lá encontravam todos os outros presos com quem dividia o espaço, (...)"*.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INADMISSIBILIDADE DA INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO NO AGRAVO REGIMENTAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Impossibilidade do reexame das provas dos autos na via extraordinária. Incidência da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. 2. Morte de detento em estabelecimento prisional. Responsabilidade civil objetiva do estado configurada. Precedentes.* (STF; AI-AgR 756.517; GO; Primeira Turma; Relª Min. Cármen Lúcia; Julg. 22/09/2009; DJE 23/10/2009; p. 65).
>
> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. MORTE DE DETENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MONTANTE INDENIZATÓRIO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ***.**
>
> *(...) 2. No tocante à alegada ausência de culpa pelo evento danoso, a jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade objetiva do estado nos casos de morte de preso custodiado.*
>
> *(...). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ; AgRg-AREsp 782.450; Proc. 2015/0235447-9; PE; Primeira Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; DJE 10/11/2015)

Outro não é o entendimento desta 1.ª Câmara Cível, como se vê dos julgados explicitados nos acórdãos firmados nas apelações n.º 0041013-59.2006.8.12.0001, de relatoria do Des. Divoncir Schreiner Maran, n.º 0001688-82.2003.8.12.001, de relatoria do Des. João Maria Lós e n.º 0028830-51.2009.8.12.0001, de minha relatoria.

Assim, conclui-se que, realmente, como bem fundamentou o magistrado singular, resta patente a responsabilidade dos apelantes pela morte do preso, ocorrida enquanto este se encontrava sob sua custódia, não havendo como negar o nexo causal, entre a omissão dos entes públicos, resultante da falta de segurança interna e de uma política penitenciária eficiente, e o dano moral sofrido pela mãe do detento, pois, evidente que, mesmo sendo o falecido um presidiário, sua perda repercute seriamente na vida de seu ente querido.

Saliento ainda que, mesmo que a mãe do falecido fosse ausente, fato que não foi comprovado nos autos, isso não afasta o abalo experimentado por ela diante da perda de seu filho, como os desdobramentos inerentes, sobretudo emocionais e psicológicos.

No que tange ao valor arbitrado pelo dano moral, os apelantes pleiteam sua minoração.

Cumpre anotar que o arbitramento de indenização, por compensação de dano moral, é uma tarefa delicada, pois o magistrado deve atentar-se à gravidade do dano, suas repercussões, bem como à função pedagógica do dever de reparar, de modo que a prática de conduta lesiva seja evitada pelo seu causador.

Deve, ainda, ser considerada a própria reprovação da conduta do agressor, para que se possa aferir o *quantum* do ressarcimento da lesão no âmbito moral do indivíduo, para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima, sem deixar de considerar, ainda, o propósito da indenização que é o de reparar o dano moral sofrido pelo ofendido e coibir nova conduta similar por parte do ofensor.

Humberto Theodoro Júnior[3] ensina que *"impõe-se a rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro".*

O Superior Tribunal de Justiça[4] também já entendeu que *"inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto*" e se posicionou[5] no sentido de que o *"quantum arbitrado pelo juiz a título de indenização por danos morais deve ser proporcional à ofensa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais"*

Diante disso, considerando as particularidades do caso, entendo que o valor arbitrado na sentença deve ser mantido, vez que ele não importa aumento patrimonial da apelada, mas busca a minoração da repercussão negativa do fato e um desestímulo à reincidência pelos agentes, no caso, os apelantes.

Não merece reforma a sentença também quanto ao termo inicial da correção monetária e os juros, isso porque, como bem fundamentado na sentença, os juros moratórios fluem desde o evento danoso – data do falecimento do detento -, de acordo com a orientação traçada pela Súmula 54, do STJ, e a correção é computada a partir da data de seu arbitramento, aplicando-se o enunciado da Súmula n.º 352, também do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao indexador, mantenho a sentença quanto ao IPCA, pois diante da declaração de inconstitucionalidade da correção monetária com base no índice previsto no art. 1.º-F da Lei 11.960/2009, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.205.946/SP, submetido ao rito do artigo 543- C, do CPC, definiu o IPCA como sendo o índice aplicável.

Por tais razões, mantém-se a sentença também nesses pontos.

Por fim, a respeito do prequestionamento das matérias, não se vislumbra a necessidade de expressa menção aos artigos da norma, pois toda a matéria foi examinada em vista de suas alegações.

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

3 THEODORO JR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 36

4 AgRg-REsp 1.383.211; Proc. 2013/0140885-9; SC; Terceira Turma; Rel. Min. Sidnei Beneti; DJE 08/10/2013; Pág. 1460

5 EDcl-REsp 1.329.746; Proc. 2012/0126882-0; SC; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 12/12/2014

Diante do exposto, conheço dos recursos apresentados pelo Estado do Mato Grosso do Sul e Agepen – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de MS, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva invocada pelo Estado, e, no mérito, lhes nego provimento, mantendo inalterados todos os termos da sentença recorrida.

Em sede de reexame necessário, confirmo a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, negaram provimento ao recurso voluntário e ratificaram a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0821690-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO – TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A APLICAÇÃO – BOA-FÉ OBJETIVA NÃO COMPROVADA – SENTENÇA REFORMADA – RESCISÃO DO CONTRATO PELO INADIMPLEMENTO – REINTEGRAÇÃO DA POSSE MEDIANTE DEVOLUÇÃO DE 75% DAS PARCELAS E EVENTUAL INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS CONSTATADAS – RECURSO PROVIDO.

O simples requisito numérico ou quantitativo não deve ser o único a ser considerado para a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Comprovada a mora da apelada, nos termos dos artigos 474 e 475, do Código Civil, deve-se rescindir o contrato por inadimplemento do comprador com consequente reintegração da posse do bem aos vendedores.

Condiciona-se a reintegração da posse à devolução dos 75% das parcelas pagas, ou mediante consignação integral dela em juízo, e, ainda, após a indenização de eventual benfeitoria indenizável constatada.

É dever da condenada arcar com débitos de IPTU e taxa de fruição do imóvel, cuja finalidade é compensar o vendedor pela utilização do bem pelo possuidor do imóvel compromissado, desde sua inadimplência até a efetiva reintegração.

Admite-se a compensação dos valores a serem restituídos por força da rescisão contratual e aqueles devidos a título de fruição e impostos sobre a propriedade do bem.

Sentença reformada.

Recurso 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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de março de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Lúcio Flávio Socreppa e Maria Edineide Vasconcelos Socreppa contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e ressarcimento pela fruição ajuizada contra Zeli Torres.

Em seu recurso (f. 121-35), argumentam que houve errônea aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato, já que das 72 parcelas avençadas entre as partes, apenas 49 delas foram pagas, o que corresponde a 68% do contrato.

Defendem que os artigos 474 e 475, do Código Civil, preveêm, expressamente, a possibilidade de desfazimento do negócio em caso de inadimplência do devedor, e que tal não deve ser totalmente refutado diante de casos em que houve adimplemento de várias parcelas, mas não o total da avença.

Elencam, ainda, outros requisitos que indicam a possibilidade do adimplemento substancial, quais sejam, o cumprimento quase que total do contrato, quando a parcela inadimplida puder ser alcançada por outro meio alternativo e útil ao credor, e o devedor ter agido com boa-fé, o que não estariam presentes no caso.

Pedem o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos iniciais, ou, não sendo este o entendimento, que seja então decretada a nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à origem para regular instrução probatória.

Contrarrazões às f. 140-4, pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Lúcio Flávio Socreppa e Maria Edineide Vasconcelos Socreppa interpuseram apelação cível contra sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais da ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse e ressarcimento pela fruição ajuizada contra Zeli Torres.

Ao que consta dos autos, as partes avençaram contrato particular de compra e venda do lote 09, quadra 64, do loteamento Guanandi II, pelo preço total de R$ 8.125,00, sendo 150,00 (cento e cinquenta reais) de entrada e o saldo restante dividido em 72 parcelas de R$ 147,64 (cento e quarenta e sete reais e sessenta e quatro centavos).

Pagas a entrada e as primeiras 49 parcelas, a compradora Zeli Torres deixou de cumprir sua obrigação mensal, apesar das inúmeras comunicações de parcela em atraso a ela encaminhadas (f. 33-5 e 40-8).

A sentença acolheu o fundamento de defesa e aplicou a teoria do adimplemento substancial, já que houve o pagamento de quase 70% do contrato, o que mostraria ser desproporcional e contrário aos princípios basilares da função social do contrato e boa-fé objetiva a rescisão pretendida.

Vejo que o recurso merece provimento.

Ora, ainda que prestigiados o princípio da função social do contrato, notadamente pela expressa disposição do artigo 421, do Código Civil, além da busca da preservação da autonomia privada e da

conservação do negócio jurídico, o simples requisito numérico ou quantitativo quanto aos valores adimplidos não deve ser o único a ser considerado para a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Anderson Schreiber, a esse respeito, esclarece:

> *"o atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitem ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. A jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato 'com a falta apenas da última prestação', ou o recebimento pelo credor de '16 das 18 parcelas do financiamento', ou a 'hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontra-se satisfeito'. Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nas hipóteses 'em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das parcelas devidas', ou o pagamento 'que representa 62,43% do preço contratado"*.[1]

A questão reside, portanto, não exclusivamente na quantidade de parcelas adimplidas de um contrato, mas, também, na correlação entre estas e o próprio comportamento das partes da relação material, estendendo seus efeitos até para dentro do processo, e isso em nome da boa-fé objetiva que tanto se apregoa.

Como menciona Tartuce, em complementação e análise ao artigo acima referido,

> *"a análise do adimplemento substancial não deve ser meramente quantitativa, levando-se em conta somente o cálculo matemático do montante do cumprimento do negócio. Deve-se considerar também o aspecto qualitativo, afastando-se a sua incidência, por exemplo, em situações de moras sucessivas, purgadas reiteradamente pelo devedor, em claro abuso de direito"*.[2]

Esse entendimento doutrinário é perfeitamente aplicável ao presente caso, pois, como se nota dos documentos juntados pelos recorrentes, logo com sua petição inicial, há inúmeros demonstrativos de parcelas em atraso (f. 29-39) que perduravam desde o início do contrato.

A mora da compradora, ora apelada, portanto, era recorrente, o que não lhe é benéfico, evidente, ante ao princípio da boa-fé objetiva.

Outrossim, não se pode olvidar quanto ao que a própria apelada mencionou em sua contestação, de que deixou de ter ganhos financeiros suficientes para o adimplemento das parcelas do aludido contrato, entretanto ainda tinha intenção de conciliar-se com os apelantes.

Se, de fato, procura a transação desta dívida, deveria também ter procurado extrajudicialmente e desde o início de sua mora resolver tal pendência, e disto não fez qualquer prova nos autos.

Assiste razão aos apelantes quando elencam a ausência cumulativa dos requisitos para a aplicação do adimplemento substancial, quais sejam, o cumprimento quase que total do contrato, que a parcela inadimplida pode ser alcançada por outro meio alternativo e útil ao credor, e o devedor ter agido com boa-fé.

1 SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2008, p. 140.

2 TARTUCE, Flávio. **Teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência**. Extraído de Carta Forense, artigo publicado em 02/04/2015.

Aliás, recentemente a 4.ª Câmara Cível desta Corte julgou exemplar recurso a respeito do caso, cuja ementa merece destaque nesta fundamentação:

> *RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – AFASTADA – BOA-FÉ OBJETIVA DO DEVEDOR – NÃO DEMONSTRADA – MÉRITO – PAGAMENTO DA DÍVIDA – NÃO COMPROVADO – CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E RESCISÃO DO CONTRATO – DEVIDOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *Em que pese o número expressivo de parcelas quitadas pelo apelado, não restou demonstrado sua boa-fé objetiva no cumprimento do contrato, uma vez que mesmo após o período de aproximadamente 3 (três) anos de inadimplemento, o devedor não demonstrou qualquer tentativa de quitar a dívida.*
>
> *Comprovada a mora do requerido e não configurado o adimplemento substancial do contrato, a rescisão do contrato e consolidação da propriedade e posse sobre os bens apreendidos a favor do requerente é medida que se impõe.* (AC 0800324-09.2012.8.12.0007; Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Cassilândia; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 16/12/2015; Data de registro: 20/01/2016).

Desse modo, a teoria do adimplemento substancial não merece ser aplicada ao presente caso, razão pela qual a sentença de improcedência deve ser reformada.

Afastada a teoria do adimplemento substancial, comprovada a mora da apelada desde novembro de 2008, nos termos dos artigos 474 e 475, do Código Civil, deve-se fazer valer a disposição da cláusula décima oitava do contrato firmado, a qual prevê a rescisão por inadimplemento do comprador com consequente reintegração da posse do bem aos vendedores.

Nos termos da referida cláusula, em caso de rescisão do contrato, o comprador receberá em devolução e no mesmo prazo estabelecido para o contrato a importância de 75% da soma das prestações pagas, corrigidas pelo IGP-M/FGV, o que corresponde a um efeito da devolução das partes ao *status quo ante*, em razão da rescisão do contrato.

Devo apenas esclarecer que a reintegração da posse somente se efetivará após a devolução integral dessa importância, ou mediante consignação dela em juízo, e ainda após a constatação de que nenhuma benfeitoria indenizável foi realizada no imóvel. Em se constatando a existência de benfeitorias, porém, tais igualmente deverão ser indenizadas ou compensadas, a critério do credor.

Aliás, atento a tais consequências da rescisão pelo inadimplemento, um dos pleitos da parte autora é a condenação da apelada pela fruição, cuja finalidade é compensar o vendedor pela utilização do bem pelo possuidor do imóvel compromissado, que se torna inadimplente.

No caso dos autos, a posse precária foi transferida à apelada desde o momento da assinatura do contrato, como se vê na cláusula décima daquele instrumento (f. 17), e desde então os apelantes ficaram privados da posse do imóvel, e após a mora da compradora, fazem jus os vendedores à taxa de fruição estabelecida em 1% sobre o valor atualizado do bem, o que bem corresponde à média de aluguel praticada pelo mercado.

Sobre tal incidência, eis o que recentemente decidiu esta 1ª Câmara Cível:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO CONDIZENTE COM VALOR DAS BENFEITORIAS. TAXA DE FRUIÇÃO. LEGALIDADE.*

> *CÁLCULO SOBRE O VALOR ATUAL DO CONTRATO. MULTA MORATÓRIA. PERCENTUAL DE 20%. CONFORME JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL E DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O valor da indenização deve ser fixada de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta o montante das benfeitorias realizadas pela parte. Revela-se adequada a manutenção da taxa de fruição, no percentual de 0,5% sobre o valor atual do contrato, tendo o papel de remunerar o período em que o comprador utilizou-se do imóvel, sem estar cumprindo, em contrapartida, com as obrigações financeiras necessárias para tanto. A multa moratória, no percentual de 20% (vinte por cento), é devida, não havendo falar em minoração de tal percentual. Se cada parte restou vencida e vencedora na lide, ambas devem arcar com as despesas do processo na medida de sua sucumbência, bem como com os honorários do advogado da parte contrária, sendo certo que tal verba não pode ser compensada, uma vez que não pertence aos litigantes, e sim aos seus patronos. Recurso conhecido e parcialmente provido.* (TJMS; APL 0046426-43.2012.8.12.0001; Primeira Câmara Cível; Relª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges; DJMS 18/12/2015; Pág. 25).

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TAXA DE FRUIÇÃO ESTABELECIDA EM 1% DO VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL. TERMO INICIAL CONTADO DA INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA TAXA DE FRUIÇÃO COM A MULTA CONTRATUAL. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. EMBARGOS REJEITADOS. Rejeita-se os embargos de declaração quando ofertados com o fim único de prequestionamento ou reexame da matéria decidida, mormente se não houver omissão, contradição ou obscuridade. Acórdão.* (TJMS; EDcl 0121575-84.2008.8.12.0001/50000; Campo Grande; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins; DJMS 28/09/2015; Pág. 6).

O mesmo entendimento cabe também em relação a eventuais débitos de impostos de IPTU relativos ao imóvel no período do exercício de posse, cuja obrigação de ressarcimento deverá ser imposta à apelada.

Diante do exposto, conheço o recurso de apelação e a ele dou provimento a fim de reformar a sentença prolatada e julgar procedentes os pedidos iniciais realizados por Lúcio Flávio Socreppa e Maria Edineide Vasconcelos Socreppa contra Zeli Torres, declarando a rescisão do contrato particular de compromisso de venda e compra de f. 15-20, além de determinar a reintegração da posse dos apelantes no imóvel mediante a constatação de benfeitorias construídas e consequente indenização, além da devolução à apelada de 75% do total efetivamente pago e corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV, a partir da data do pagamento de cada parcela.

Condeno, ainda, a apelada ao pagamento de taxa de fruição estabelecida em 1% sobre o valor atualizado do bem pelo período de sua mora até a efetiva reintegração do imóvel, bem assim ao pagamento/ressarcimento de eventuais débitos de IPTU que recaiam sobre o bem no período em que esteve em sua posse.

Registro que os valores poderão ser compensados em eventual cumprimento de sentença.

Pela sucumbência, condeno a apelada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3.º, do CPC, atendido o grau de zelo dos causídicos, tempo de duração do feito e trabalho efetivamente realizados, observados os benefícios da assistência judiciária nesta data concedida, em razão de o pedido realizado em contestação não ter sido analisado até a presente data.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 15 de março de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800193-77.2012.8.12.0025 - Bandeirantes
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – AÇÃO COMINATÓRIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS E INDENIZAÇÃO – JULGAMENTO DA LIDE NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO – RESSARCIMENTO DE VALORES – COMPRA E VENDA – IMÓVEL RURAL COMPOSTO POR DUAS GLEBAS DE TERRAS, COM MATRÍCULAS DISTINTAS – MEDIÇÃO APÓS A REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO – AUSÊNCIA DE METRAGEM VERIFICADA – AQUISIÇÃO DO BEM NA MODALIDADE *AD CORPUS* – PRESCRIÇÃO CONFIGURADA – REPARAÇÃO INDEVIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.136, PARTE FINAL, DO CC/1916 – RECURSO IMPROVIDO.

1. O artigo 1.136, do antigo Código Civil (vigente à época dos fatos), disciplina que a venda de imóvel como coisa certa e discriminada, inexistindo especificação das metragens do bem, – venda *ad corpus* –, não autoriza ao comprador que reivindique o complemento da área do imóvel adquirido caso haja divergência entre a área deduzida na cláusula contratual e aquela efetivamente existente.

2. A estipulação de contrato de venda ad corpus não consiste em ato ilícito, mas sim em exercício regular de direito do vendedor, razão pela qual inexiste dever dos apelados em reparar os danos alegados pelos apelantes.

3. O mero inadimplemento contratual não tem o condão de, por si só, gerar o direito à indenização por danos morais, quanto mais quando se demonstra, como no caso, que houve livre e consciente acordo de vontades e os vendedores cumpriram, de forma integral, o pactuado.

4. A fixação de indenização pelo uso decorre da eficácia restituitória da resolução do contrato, em virtude do princípio da vedação do enriquecimento indevido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Ezequiel Lopes Barbosa e Maria Lúcia Miranda Barbosa, interpõem recurso de apelação contra a sentença que acolheu a prejudicial de prescrição e extinguiu a ação cominatória cumulada com pedido de restituição de quantias e indenização (f. 179-81) e, em sede de embargos de declaração (f. 222-4), atribuiu efeitos infringentes aos embargos opostos pelos apelados para *"julgar procedente o pedido reconvencional e determinar aos autores a restituição da posse da área matriculada sob o nº 20.493 do SRI local aos requeridos, condenando-lhes, ainda, à indenização pelo uso da área, no período de 15.01.2001 até a data da efetiva restituição, devendo o valor ser apurado em liquidação de sentença"*.

Alegam que não ocorreu a prescrição, pois trouxeram aos autos elementos probatórios suficientes a demonstrar a diferença a menor de 107 hectares, área da qual tomaram conhecimento apenas após o georreferenciamento elaborado no mês de maio de 2011, sendo este, portanto, o marco inicial para a contagem da prescrição da pretensão de indenização.

Afirmam que houve cerceamento de defesa, já que imprescindível a oitiva de testemunhas, que certamente comprovariam que os apelantes nunca souberam da existência de área menor do que a área objeto de alienação.

Aduzem que o pedido reconvencional não pode ser acolhido, pois os apelados sempre souberam da existência de área menor, e *"a simples devolução da área já chegaria ao absurdo, afinal, efetuaram o pagamento integral de 255 hectares e só receberam por esta 148 hectares, logo, receberam a menos 107 hectares. Quem auferiu lucro ilícito, apelantes ou apelados?*" (f. 242).

Destacam que não poderia ocorrer o pagamento do preço pelos apelantes, pois não poderiam fazê-lo diante do inadimplemento do vendedores.

Pedem o provimento do recurso com consequente reforma da sentença e julgamento procedente dos pedidos iniciais.

Contrarrazões às f. 262-9, pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ezequiel Lopes Barbosa e Maria Lúcia Miranda Barbosa, em face da sentença que acolheu a prejudicial de prescrição e extinguiu a ação cominatória cumulada com pedido de restituição de quantias e indenização (f. 179-81) e, em sede de embargos de declaração (f. 222-4), atribuiu efeitos infringentes aos embargos opostos pelos apelados para *"julgar procedente o pedido reconvencional e determinar aos autores a restituição da posse da área matriculada sob o nº 20.493 do SRI local, aos requeridos, condenando-lhes, ainda, à indenização pelo uso da área, no período de 15.01.2001 até a data da efetiva restituição, devendo o valor ser apurado em liquidação de sentença"*.

Importante salientar que entre as partes houve venda e compra de duas áreas rurais, uma de 255,3979 has. e outra de 95,3070 has., constando dos instrumentos respectivos, de forma expressa e com destaque, que o negócio foi realizado sob a modalidade *"ad corpus"*.

A transferência da área de 95,3070 has., dependia de retificação imobiliária, que deveria ter sido providenciada pelos aqui apelados.

Decorridos cerca de dez anos desde o negócio entabulado, os compradores, ora apelantes, afirmaram a descoberta, em razão de georrefenciamento, que havia diferença a menor da área dos imóveis, e externaram

pretensão restituitória, enquanto os apelados contestaram o pedido e reconviram para pleitearem o desfazimento da venda e compra da área de 95,3070 has., por falta de pagamento.

Na origem, o Juízo declarou a prescrição da pretensão dos ora apelantes, e julgou procedente a reconvenção apresentada pelos apelados.

Os apelantes alegam, em síntese, que não ocorreu a prescrição, pois trouxeram aos autos elementos probatórios suficientes a demonstrar a diferença a menor de 107 hectares, fato do qual só tomaram conhecimento apenas após o georreferenciamento elaborado no mês de maio de 2011, sendo este, portanto, o marco inicial para a contagem da prescrição da pretensão.

Aduzem, ainda, que a prescrição acolhida na sentença diz respeito apenas ao pedido de reivindicação da diferença de área recebida a menor (item c, da petição inicial), e não em relação ao pedido de indenização (item f, da petição inicial). Afirmam que não há como aplicar a prescrição quanto ao pedido de indenização, pois a contagem do prazo é da ciência do dano, a qual só ocorreu em 2011 (f. 231).

Também alegam que houve cerceamento de defesa, já que imprescindível a oitiva de testemunhas, que certamente comprovariam que os apelantes nunca souberam da existência de área menor do que a área objeto de alienação.

Entendem que o pedido reconvencional não pode ser acolhido, pois os apelados sempre souberam da existência de área menor, e *"a simples devolução da área já chegaria ao absurdo, afinal, efetuaram o pagamento integral de 255 hectares e só receberam por esta 148 hectares, logo, receberam a menos 107 hectares. Quem auferiu lucro ilícito, apelantes ou apelados?*" (f. 242), tampouco o pagamento do preço, pois não poderiam fazê-lo diante do inadimplemento do vendedores.

Pois bem.

Conforme consta dos autos, os autores ora apelantes adquiriram em 15/01/2001, dois imóveis rurais no Município de Bandeirantes, um imóvel com área de 255,3 hectares (CRI n.º 3.843) e o outro com 95,3 hectares (CRI n.º 20.493).

Segundo afirmado pelos autores, houve pagamento integral e imediato do imóvel maior, ou seja, aquele de 255,3 hectares, sendo que o pagamento da área de 95,3 hectares, *"por se tratar de área de posse que necessitava de regularização, a escritura pública de venda e compra foi celebrada com pacto adjecto de hipoteca, obrigando-se os requerentes ao pagamento aos requeridos de 130 vacas, com prazo de vencimento em 11/01/2002"* (f. 02).

Não houve a regularização da área menor, também não houve o pagamento, sendo que os autores ainda permanecem na posse do referido imóvel.

Em 2011 foi realizado georreferenciamento e constatou-se que o imóvel registrado sob o n.º 3.843, possuía área de 222,8299 has, e o imóvel registrado sob o n.º 20.943, possuía 74,7630 hectares, pelo que pleitearam a complementação da área ou restituição do preço, acrescido de indenização.

Cuido, primeiramente, do alegado cerceamento de defesa que resultaria na anulação da sentença.

A alegação de cerceamento de defesa não merece prosperar.

A prova oral pretendida pelos apelantes não é imprescindível ao julgamento da lide, eis que o pedido formulado pode ser apreciado com fundamento em outros meios de prova, especialmente neste caso em que o julgador entendeu estar prescrita a pretensão dos autores. Além disso, restou incontroverso nos

autos que a venda foi efetivada com cláusula *ad corpus.* Assim, presentes nos autos elementos suficientes ao convencimento do magistrado, desnecessária a produção de todas as provas requeridas, sem qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa.

Não obstante o disposto no artigo 333, do Código de Processo Civil, é de incumbência do magistrado a apreciação da conveniência na produção de provas, tendo em vista que, por força do princípio do livre convencimento motivado, consoante os artigos 130 e 131 do CPC, estas são sopesadas livremente pelo juiz.

Não fosse isto suficiente, o Juízo fundamentou o acolhimento da prescrição em fatos objetivos, quer seja, a data da realização do negócio e da entrega da posse, e o decurso do tempo, na forma da norma que aplicou à espécie, quer seja, o art. 178, § 5.º, IV, do CC/1916.

É evidente, pois, que para fins de mera contagem do lapso prescricional a partir da documentação acostada nos autos, completamente desnecessária a oitiva de testemunha e, portanto, possível e conforme o direito o julgamento antecipado da lide.

Rejeito, pois, a preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, em que pese o inconformismo dos apelantes e a importância do bem da vida aqui tutelado, a venda dos imóveis foi efetivada com expressa cláusula *ad corpus*, ou seja, os apelantes não poderiam, após o recebimento dos imóveis, discutir qualquer diferença quanto a área objeto da matrícula, nem pleitear indenização.

Dispõe o art. 1.136, do Código Civil de 1916, aplicável na hipótese dos autos:

> *Art. 1.136. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe, porém, esse direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões.*

Sobre a diferença entre venda *ad mensuram* e venda *ad corpus*, colhe-se da doutrina:

> *A venda se diz ad mensuram quando a preocupação das partes for vender e comprar determinada área de terreno. O negócio é estipulado tendo em vista certa dimensão, o que ocorre, por exemplo, quando um industrial compra dez mil metros quadrados de terreno para construir uma fábrica, ou um agricultor adquire 'tantos' alqueires de chão para abrir uma fazenda.*
>
> *[...]*
>
> *A venda se diz ad corpus quando a preocupação das partes é vender e comprar coisa certa e discriminada, na forma que existe objetivamente, sem que a circunstância de ter uma ou outra extensão constitua motivo de maior relevo na formação do consentimento. Nesses negócios entende-se que a referência à medida é meramente enunciativa, tendo por finalidade, apenas, melhor caracterizar a coisa. Por essa razão não se defere, ao comprador que verificou não ter o imóvel comprado a medida constante da escritura, qualquer ação contra o vendedor* (RODRIGUES Silvio. Direito civil. p. 164. v. 3).
>
> *A referência a dimensões não descaracteriza a venda ad corpus se não tem a função de condicionar o preço* (GOMES, Orlando. Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 260).

> *[...] Somente o imóvel adquirido ad mensuram possibilita que o adquirente pleiteie a complementação da área ou reclame a rescisão do contrato ou o abatimento do preço. Se a venda foi ad corpus, isto é, se o vendedor alienar o imóvel como corpo certo e determinado, não há que se exigir o implemento da área nem devolução do excesso, pois, se o bem é individuado, o comprador o adquiriu pelo conjunto e não em atenção à área declarada, que assume caráter meramente estimativo, mesmo que não haja menção expressa de que houve venda ad corpus [...]* (DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 448-9. v. 1).

Cuidando de diferenciar referidos institutos, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery descrevem as características da venda *ad corpus* da seguinte forma:

> *É a venda na qual as medidas do imóvel são imprecisas e meramente enunciativas, sendo que o corpo do imóvel é o elemento determinante para a realização do negócio jurídico (exemplo: vendo a fazenda x, com mais ou menos 2 alqueires). Quando a venda tiver sido feita ad corpus, não tem lugar nem a pretensão real (ação ex empto), nem as pretensões pessoais (ação redibitória e/ou ação de abatimento proporcional do preço), já que nessa venda a menção à medida é apenas enunciativa"* (Código civil comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Ref. ao art. 500, p. 704/705).

Verifico que nas escrituras públicas de venda e compra (f. 137 e 141), constou que os apelantes "*aceitam esta Escritura Pública em todos os seus expressos termos e a presente venda que é feita ad corpus*."

Assim, entendo que a designação de limitações e dimensões das áreas foi meramente ilustrativa, resumindo-se a repetir as informações que constavam nas matrículas dos imóveis no cartório respectivo, conforme se infere do exame das certidões de f. 19 e 25, emitidas pelo Serviço Notarial e Registral da Comarca de Camapuã/MS.

Não bastasse isso, observo que os recorridos haviam adquirido o mesmo imóvel com indicação sobre sua dimensão e descrições (f. 19 e f. 27), conforme respectivas matrículas, tratando-se, de igual sorte, de venda *ad corpus*.

Desta feita, mesmo diante da divergência entre a real metragem do imóvel e os valores consignados no instrumento contratual, vislumbro que tal informação não foi preponderante ou mesmo decisiva para a contratação, sendo a compra formalizada pela natureza e características dos próprios imóveis, configurando-se a venda *ad corpus.*

Afora todos os fundamentos acima, constata-se que, após a formalização do negócio e pagamento integral do preço de um dos imóveis, os autores se utilizaram dos dois imóveis por mais de 10 (dez) anos sem qualquer objeção ou contrariedade, circunstância que permite antever que o negócio se concretizou com referência ao bem considerado em sua integralidade e sem referência às limitações e dimensões exatas.

No caso da venda *ad corpus,* os compradores não tem direito de reclamar indenização ou abatimento do preço, sendo que o ordenamento jurídico pátrio prevê a possibilidade de ingresso com ação para rescindir o contrato, e haver o preço pago, mais perdas e danos, contado o prazo da tradição da coisa apenas em se tratando de compra e venda *ad mensuram*, o que não é o caso.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PRECLUSÃO. MATÉRIAS JÁ DECIDIDAS E NÃO RECORRIDAS. ERRO DE PROCEDIMENTO AFASTADO. AÇÃO DEMARCATÓRIA. LAUDO TÉCNICO. PERÍCIA SUFICIENTE. VENDA AD*

CORPUS. DEVOLUÇÃO DE ÁREA EXCEDENTE OU PAGAMENTO DA DIFERENÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO VENDEDOR OU COMPRADOR. USUCAPIÃO E INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS. MATÉRIAS PREJUDICADAS. CUSTAS E HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS INVERTIDOS. 1. Matérias antes afastadas em decisão saneadora irrecorrida fica acobertada pela preclusão (art. 473, CPC), seja para definir como condição da ação o que é na verdade defesa de mérito, seja para tratar sobre prescrição, já decidida na origem. 2. A ação demarcatória é cabível para fixar os limites entre áreas quando houver imprecisão, confusão, indeterminação entre a realidade e os títulos dominiais, geradora de insegurança e controvérsia entre as partes (arts. 946 e seguintes, CPC). Havendo a perfeita individualização da coisa a ser reintegrada, correta a escolha da ação reivindicatória. 3. Sendo as provas direcionadas ao juiz, se ele entender que a perícia realizada se revela primorosa e bastante para demonstrar com lisura o seu desiderato, não há motivo para desconsiderá-la ou repeti-la (arts. 131, 132 e 437, CPC). 4. É ad corpus a compra e venda de uma gleba determinada de terra, com limites e confrontações conhecidos por ambos os contratantes e colocados na descrição no título, sendo apenas enunciativa a referência às dimensões (art. 500, § 1.º, CC). 5. A principal consequência da compra e venda ad corpus é que o comprador não terá direito a indenização ou abatimento do preço caso o imóvel seja menor do que a metragem da escritura, o mesmo valendo para o vendedor, caso o imóvel seja maior do que declarado na escritura (art. 500, § 3.º, CC), salvo se de outro modo se convencionou. 6. Além do mais, o vendedor e o comprador decaem do direito de propor as ações correspondentes a vícios no negócio relativo à área no prazo de um ano, a contar do registro do título (art. 501, CC). 7. Confirmada a posse aos compradores da área em excesso, por reconhecimento de venda ad corpus, fica prejudicada a análise sobre a usucapião e também da indenização das benfeitorias construídas. 8. Com a inversão do julgamento, ficam os autores condenados ao pagamento das custas e honorários advocatícios. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJGO; AC 0289464-98.2011.8.09.0144; Silvania; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Norival Santome; DJGO 02/09/2014; Pág. 176).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO QUANTI MINORIS. IMÓVEL RURAL. ÁREA MENOR. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA DO PREÇO. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. DECADÊNCIA RECONHECIDA PELO JUÍZO A QUO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 501 DO CÓDIGO CIVIL. PRAZO PRESCRICIONAL E NÃO DECADENCIAL. DIAS A QUO. DATA DO REGISTRO DO TÍTULO. DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO. CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 1.º, DO CPC. VENDA AD CORPUS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Não havendo controvérsia fática a respeito da falta de área do imóvel objeto da compra e venda, vez que alegado na inicial e não impugnado em sede de defesa, desnecessária dilação probatória. Portanto, correta a decisão agravada ao determinar o encerramento da instrução processual. 2. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, malgrado o texto contido no artigo 501 do Código Civil se utilize do verbo decair, a hipótese não é de decadência e sim de prescrição da pretensão de complementação da área ou do abatimento proporcional do preço. Esse entendimento encontra amparo no fato da ação quanti minoris possuir natureza condenatória. Firma a doutrina que: "(...) será de prescrição quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. " 3. O dies a quo do prazo prescricional é a data do registro do título, conforme dispõe expressamente o artigo 501 do CC, daí que não havendo registro da escritura de compra e venda respectiva no cartório de registro de imóveis, nem teve início eventual prazo, fica afastada a preliminar. 4. Verificando que o processo está suficientemente instruído, vez que dispensável dilação probatória em face da ausência de controvérsia fática a respeito da falta de área do imóvel objeto da compra e venda, nos termos do art. 515, § 1º, do CPC, desnecessária a remessa dos autos à origem. 5. A hipótese dos autos

> *amolda-se à modalidade de venda ad corpus, posto constar do contrato de compra e venda a alienação do imóvel como coisa certa, sendo apenas enunciativa as referências às suas dimensões. E, sendo assim, não tem direito o autor-apelante a qualquer valor relativo à diferença da área a menor, pois, como visto, tratando-se de venda ad corpus, não haverá complemento de área nem devolução de excesso (artigo 500, § 3.º, do CC)*. (TJMS; APL 0048794-25.2012.8.12.0001; Campo Grande; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; DJMS 07/08/2014; Pág. 40).

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. COMPRA E VENDA. IMÓVEL RURAL. ÁREA INFERIOR À ANUNCIADA. IRRELEVÂNCIA. IMÓVEL CERTO E DETERMINADO. COMPRA AD CORPUS. INDICAÇÃO DA MEDIDA MERAMENTE ENUNCIATIVA. ART. 1.136 DO CC/16. I- Tem-se, por curial, que na venda ad mensuram o comprador adquire o imóvel com área previamente determinada, estipulando-se o preço para cada unidade ou medida de extensão, vale dizer, preço por hectare ou alqueire. Na venda ad corpus, o comprador adquire imóvel certo e determinado, levando em consideração suas confrontações e divisas, apenas, e não a exatidão das medidas, fixando-se preço global. II- evidenciando as circunstâncias dos autos que a venda do imóvel foi feita ad corpus, com descrição das confrontações e a não fixação do preço por hectare, mas sobre o total da gleba, com menção enunciativa da área por preço global, improcede a ação ex empto. Portanto, se o imóvel é vendido como coisa certa e determinada, sendo apenas enunciativa a referência às suas dimensões, a venda é considerada ad corpus, e por isso, não sendo exata a sua metragem, descabe pedido de complementação de área ou de abatimento do preço. Neste caso, o comprador não tem ação contra o vendedor, se verificar, posteriormente, não possuir o imóvel a área constante da escritura. III- portanto, mutatis mutandis, constatado que a venda do imóvel foi procedida como ad corpus, improcede pedido de indenização por eventual diferença a menor da área verificada posteriormente, nos termos do art. 1.136 do CC/1916 (atual art. 500, 3.º do Código Civil/2002). Apelação conhecida e provida. Sentença reformada.* (TJGO; AC 0159694-83.2006.8.09.0158; Santo Antônio do Descoberto; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa; DJGO 14/11/2013; Pág. 283).

Diante disso, ou seja, por se tratar de venda *ad corpus*, o comprador nada pode reclamar, de modo que entendo não ser cabível indenização por dano moral, até porque não há comprovação de qualquer dano decorrente do negócio aqui discutido, nem de ilícito praticado pelos requeridos apelados.

Portanto, seria o caso de sequer se analisar marco inicial da prescrição da pretensão quanto ao pedido de indenização.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. PRODUÇÃO DE PROVA ORAL.VENDA AD CORPUS. I quando a elucidação da lide está ligada à análise da prova documental (contrato de compra e venda), mostra-se desnecessária a produção da prova oral, não ocorrendo, nesse caso, cerceamento do direito de defesa. II- se a compra e venda do imóvel foi feita como coisa certa e discriminada, sendo apenas enunciativa as suas dimensões, não há que se cogitar da devolução do excesso, em consequência da diferença de área encontrada (Código Civil, art. 500, § 3.º). III. O pedido de indenização por dano material e moral deve ser julgado improcedente quando não há nexo de causalidade entre a conduta, os eventuais ilícitos ocorridos e os danos alegados. Apelação improvida.* (TJGO; AC 0439270-67.2011.8.09.0029; Catalão; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Escher; DJGO 09/04/2013; Pág. 202).

> *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SENTENÇA FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. VENDA AD CORPUS. IRRELEVÂNCIA DA CONSTATAÇÃO DE DIFERENÇA ENTRE A REAL MEDIDA DO IMÓVEL E AQUELA INFORMADA NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA DO VENDEDOR E DO DEVER DE INDENIZAR. MERO ABORRECIMENTO. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. Estando preenchidos os requisitos previstos no inciso VIII, art. 6.º, CDC, pode ser determinada a inversão do ônus da prova. Se na sentença o julgador demonstrou as razões de seu convencimento não se pode falar em nulidade da decisão. Se as medidas do imóvel não se mostraram determinantes para a estipulação do seu preço, e nem motivaram a compra pelos autores, pode-se falar em compra e venda ad corpus. Tratando-se de venda ad corpus eventual constatação de que as medidas reais do imóvel não correspondem àquelas informadas no momento da celebração do contrato não implica ilicitude da conduta do vendedor, não gerando para este qualquer responsabilidade por dano moral ou material alegado. Não são indenizáveis os meros aborrecimentos decorrentes da celebração de contratos.* (TJMG; APCV 1.0439.10.015646-2/002; Rel. Des. Pedro Bernardes; Julg. 29/10/2013; DJEMG 04/11/2013).

Por fim, a sentença também deve ser mantida em relação ao pedido reconvencional julgado procedente às f. 222-4.

Conforme verifiquei às f. 241-9, os apelantes se insurgem quanto a determinação de devolução da área menor, ao argumento de que a simples devolução implicaria em enriquecimento ilícito. Além disso, a determinação do pagamento pelo uso da área afronta a dignidade dos apelantes e da justiça.

De fato, e como já destacado acima, a venda do imóvel objeto da matrícula n.º 20.493, "*por se tratar de área de posse que necessitava de regularização, a escritura pública de venda e compra foi celebrada com pacto adjecto de hipoteca, obrigando-se os requerentes ao pagamento aos requeridos de 130 vacas, com prazo de vencimento em 11/01/2002*" (f. 02).

Ocorre que referida regularização nunca ocorreu, e também nunca houve o pagamento.

É certo que os contratos de compra e venda são bilaterais e tal bilateralidade não comporta dúvida. Do acordo de vontades nascem obrigações recíprocas: para o vendedor, fundamentalmente, a obrigação de entregar a coisa com o ânimo de transferir-lhe a propriedade, e para o comprador, a de pagar o preço. A dependência recíproca dessas obrigações, e de outras estipuladas em complementação, configura o sinalagma característico dos contratos bilaterais perfeitos.

No caso, inconteste que se trata de imóvel com irregularidade, tanto que as partes estipularam o prazo de 1 (um) ano para as providências junto ao registro de imóveis. Dessa forma, forçoso concluir que os réus não poderiam garantir a transferência do titularidade, já que bem não estava regularizado.

E sabedores do referido inadimplemento, os apelantes nada reclamaram, mas também não efetivaram o pagamento.

Observa-se que, de ordinário, a resolução do contrato implica em devolução do bem contratado ao promitente vendedor e a restituição dos valores pagos ao credor, ou ainda, como no caso em que nunca houve o pagamento, a correspondente contraprestação pelo uso do bem.

Tratam-se de medidas implícitas ao próprio desfazimento do contrato, ficando cada qual com aquilo que tinha antes de firmá-lo.

Nesse contexto, como muito bem destacado na sentença, "*Permitir a simples devolução da área aos requeridos, sob o argumento de exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC) sem a indenização*

pelo longo prazo em que os autores a ocuparam, implicaria em enriquecimento ilícito, o que deve ser refutado" (f. 223).

Diante disso, procedente o pedido de rescisão contratual efetivada pelos vendedores na reconvenção, bem como indenização pelo uso do bem.

Sobre o tema, vejamos entendimento jurisprudencial:

> *EMENTA - SENTENÇA "ULTRA PETITA". INDENIZAÇÃO PELO USO SEM PEDIDO DA PARTE. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. EFICÁCIA RESTITUITÓRIA. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VÍCIO INEXISTENTE.*
>
> *- A fixação de indenização pelo uso pela sentença decorre da eficácia restituitória da resolução do contrato, em virtude do princípio da vedação do enriquecimento indevido (Código Civil, artigo 884), razão pela qual independe de pedido expresso.*
>
> *- "[...] 1. Decretada a resolução do contrato de promessa de compra e venda, deve o juiz, ainda que não tenha sido expressamente provocado pela parte interessada, determinar a restituição, pelo promitente vendedor, das parcelas do preço pagas pelos promitentes compradores. 2. Concretização da eficácia restitutória da resolução, aplicável em benefício das duas partes do contrato, como consequência natural da desconstituição do vínculo contratual. 3. Inocorrência de decisão "extra petita". [...]"* (STJ, REsp 1286144, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 07/03/2013).

A sentença, como se verifica, foi bem lançada e fez justiça no caso concreto, merecendo, pois, ser mantida na íntegra.

Pelo exposto, ao tempo em que rejeito a preliminar de cerceamento de defesa, no mérito nego provimento ao recurso e mantenho a sentença como lançada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0010383-23.2007.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE POR VÍCIOS – *QUERELA NULLITATIS* – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE ACERCA DA PENHORA DE BEM IMÓVEL EM EXECUÇÃO FISCAL – ANULAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS DA EXECUÇÃO, POR CONTA DO RECONHECIMENTO DE VÍCIO PROCESSUAL – NULIDADE QUE NÃO PODE ATINGIR O DIREITO DE TERCEIRO DE BOA-FÉ, ADQUIRENTE DE IMÓVEL ARREMATADO DAQUELA DEMANDA – COMPRADOR QUE SE MUNIU DE TODAS AS CAUTELAS IMPRESCINDÍVEIS À AQUISIÇÃO DE IMÓVEL, LAVRANDO ESCRITURA PÚBLICA E REGISTRANDO-A NO CARTÓRIO COMPETENTE – PRESERVAÇÃO DO ATO DE EXPROPRIAÇÃO NECESSÁRIA, A FIM DE SE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, ESSENCIAL À IDEIA DE JUSTIÇA, BEM COMO DOS PRINCÍPIOS DA LEALDADE E BOA-FÉ – DANOS MATERIAIS CARACTERIZADOS – DANOS MORAIS INDEVIDOS – RECURSOS DE AMBAS AS PARTES CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1- Conforme se infere do disposto no artigo 694, parágrafos, do Código de Processo Civil, em consonância com a orientação jurisprudencial do STJ, mesmo a procedência de pretensão da parte executada quanto ao reconhecimento de nulidade de ato judicial não fundado em vício intrínseco à arrematação, não afeta a eficácia deste ato e os interesses do arrematante - terceiro de boa-fé que, ademais, não lhe deu causa.

2- Diante da ausência de prova de má-fé do arrematante, e não havendo nenhuma nulidade a ele imputável, com o registro da carta de arrematação do imóvel, torna-se defeso conceder outra solução jurídica que não seja a manutenção do negócio jurídico firmado. Como consequência disso, deve ser determinada a entrega do valor obtido com a arrematação à executada, condenando-se o exequente, a arcar com perdas e danos ocasionados à ela, mantendo-se a arrematação (alienação).

3- Deve ser afastada a condenação da parte requerida ao pagamento de indenização por dano moral, eis que, além de a autora não ser parte legítima para pleiteá-la, sua a inércia teve significativa influência no seguimento da execução e na arrematação do imóvel.

DENUNCIAÇÃO À LIDE NÃO APRECIADA NA SENTENÇA – APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC – PEDIDO DA AÇÃO PRINCIPAL JULGADO PROCEDENTE – PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR EM FACE DA MANUTENÇÃO DOS EFEITOS DA ARREMATAÇÃO EM FACE DO ARREMATANTE E ADQUIRENTE – TERCEIROS DE BOA-FÉ – EXTINÇÃO DA LIDE SECUNDÁRIA – ART. 267, VI, DO CPC.

1- Apesar de aceita a denunciação à lide, o Juízo *a quo* olvidou-se de julgar, na sentença recorrida, o pedido formulado naquela ação incidental. *Error in procedendo*, que acarretaria, em tese, a anulação de oficio do julgado. Aplicação, à hipótese, entretanto, do disposto no art. 515, § 3º, do CPC - teoria da causa madura - em respeito ao princípio da economia e celeridade processuais.

2- Mesmo com a procedência do pedido de nulidade da penhora e da praça do imóvel, os efeitos da arrematação foram mantidos em face do arrematante e adquirente (terceiros de boa-fé), o que leva a concluir que o pedido feito na denunciação à lide restou prejudicado diante da perda superveniente do interesse de agir.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos e, com base no artigo 515 §3º do CPC, julgar extinta a denunciação da lide, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Eunice de Fátima Ortega, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação declaratória, em trâmite perante a Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, MS, ajuizada em desfavor do Município de Três Lagoas, Alcir de Queiroz Prado e Carolina da Silva Nogueira (f. 383-395), interpôs recurso de apelação (f. 399-408).

Afirma que o desfecho proferido pelo *decisum* recorrido deveria determinar a reposição das partes ao *status quo ante,* ou indenizar integralmente o prejuízo amargado pela apelante, conforme pleito de f. 190-191, e não, manter a arrematação perpetrada em feito executivo fiscal, promovido pelo Município de Três Lagoas.

Sustenta que, a despeito do juízo *a quo* reconhecer a nulidade de penhora efetivada no feito executivo nº 021.99.020690-1, manteve a arrematação nele concretizada, visando não prejudicar terceiro de boa-fé e indeferiu o pleito de indenização a título de danos materiais, concedendo, apenas, a indenização a título de danos morais, em valor inferior ao pleiteado.

Defende que a manutenção da arrematação irregularmente concretizada, ocasiona fundados prejuízos à apelante, sob o argumento de que *o imóvel em litígio possui um valor muito superior ao que foi arrematado no leilão realizado no ano de 2006* (f. 404).

Aduz que a arrematação deveria ter sido declarada nula, porque decorrente de penhora que não observou o disposto no § 5º do art. 687 do CPC ou que, subsidiariamente, seja reconhecido o direito da apelante de ser ressarcida a título de danos materiais e morais, no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) cada.

A apelada Carolina da Silva Nogueira apresentou resposta ao recurso (f. 415-425), oportunidade em que rebateu os argumentos da apelante para a manutenção da sentença recorrida, pleiteando, subsidiariamente, a condenação do litisdenunciado Alcir de Queiroz Prado pelas perdas e danos decorrentes da edificação de residência no imóvel *sub judice*.

O apelado Alcir de Queiroz Prado apresentou contrarrazões (f. 442-447), para pleitear a manutenção da sentença recorrida ou, subsidiariamente, caso seja determinada a restituição das partes ao *status quo ante* à arrematação, seja declarada a responsabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul, já que a nulidade é oriunda de atos procedentes de arrematação judicial.

O Município de Três Lagoas também interpôs recurso de apelação (f. 428-435), sob o argumento de que a demandante é quem deu causa à arrematação *sub judice* em virtude de não ter honrado com o pagamento dos tributos sobre ele incidentes.

Sustentou que a condenação da fazenda pública ao pagamento de indenização no importe de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a favor da demandante redunda em enriquecimento ilícito, notadamente em função dos valores em litígio no feito executivo e, ainda, do valor arrecadado com a arrematação do imóvel e sua avaliação.

Alegou que a condenação a título de dano moral não encontra respaldo em qualquer comprovação da ocorrência deste e que o mesmo não pode ser reconhecido como *in re ipsa*. Afirmou não ser crível que um ato anterior nulo, pela ausência de intimação do cônjuge da autora acerca da penhora, não macule ato posterior, qual seja, a arrematação.

Requer o conhecimento e provimento do recurso.

A autora, Eunice de Fátima Ortega, apresentou contrarrazões ao apelo do Município (f. 451-455), pugnando pelo seu não provimento.

VOTO

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

Cuida-se de recursos de apelação interpostos nos autos da ação declaratória, em trâmite perante a Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, MS, ajuizada por Eunice de Fátima Ortega em desfavor do Município de Três Lagoas, Alcir de Queiroz Prado e Carolina da Silva Nogueira (f. 383-395).

Ultrapassado o juízo de admissibilidade conheço de ambos os apelos interpostos pela parte autora e pelo Município de Três Lagoas, vez que presentes os pressupostos e condições recursais e passo à análise conjunta de seus fundamentos.

Outrossim, preambularmente, cumpre fazer um breve retrospecto dos fatos que permeiam o litígio.

Breve retrospecto dos fatos relevantes

A demanda tem origem em pretensa nulidade ocorrida em citação editalícia e penhora efetivadas em feito executivo fiscal promovido pelo Município de Três Lagoas em face de Eunice de Fátima Ortega (autos em apenso), que culminou na arrematação de bem imóvel de propriedade desta a favor de Alcir de Queiroz Prado que, por sua vez, o alienou, regularmente, a Carolina da Silva Nogueira.

O presente litígio já foi objeto de julgamento por este órgão colegiado, oportunidade em que se constatou nulidade intransponível ao julgamento, diante da ausência de citação de litisconsorte passivo necessário, qual seja, o arrematante do imóvel (f. 181-185).

Com o retorno dos autos à origem, a parte autora incluiu o arrematante no polo passivo da ação e, ainda, procedeu "emenda à inicial", para pleitear, cumulado ao já articulado pedido declaratório de nulidade, indenização a título de dano material e, ainda, dano moral em face do Município de Três Lagoas, em caso do pronunciamento judicial ser no sentido de manter a arrematação para preservar direito de terceiro de boa-fé, arrematante do imóvel *sub judice,* sob o argumento de que o imóvel penhorado foi arrematado em valor incompatível com o seu preço de mercado, beneficiando o arrematante em detrimento dos proprietários (f. 190-191).

O juízo *a quo* acolheu a emenda à inicial e determinou a citação dos réus (f. 192).

O Município de Três Lagoas apresentou contestação (f. 203-213) insurgindo-se quanto ao pleito autoral, sob o argumento de que cabia à autora manter atualizado seu cadastro municipal, ao efetuar a mudança de endereço, alegando que o endereço constante do parcelamento de débitos relativos aos anos de 2001 a 2005 não pode macular a citação por edital efetivada no feito executivo que se referia a débitos de IPTU dos anos de 1994 a 1998 (f. 05 do feito executivo em apenso).

Argumentou, ainda, que não tinha condições de efetuar a citação do co-proprietário do imóvel, ex-marido da autora, por não ter conhecimento de sua existência, pleiteando que a arrematação seja considerada boa e eficaz, em detrimento da inércia da executada, ora demandante.

Por fim, rechaçou o pleito indenizatório, com fundamento na inexistência de prova quanto ao alegado dano material e, ainda, moral.

Alcir de Queiroz Prado (arrematante) também apresentou contestação (f. 222-224) aduzindo, em síntese, que a arrematação ocorrida em 2006 deve ser considerada hígida, porque concretizada com todas as formalidades para a aquisição do bem, mediante depósito do valor fixado e exigido no processo (61% do valor da avaliação - R$1.804,27 em 14/06/2006 - f. 232 e 277) e, ainda, especialmente, porque não concorreu ou praticou qualquer ato a ensejar prejuízo à autora.

A autora manifestou-se sobre as contestações (f. 236-237).

Posteriormente, o réu, Alcir de Queiroz Prado, compareceu aos autos para informar que em 10/09/2007 procedeu a alienação do imóvel *sub judice* a terceira pessoa (Carolina da Silva Nogueira), pelo valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) (f. 241-243).

Após a manifestação das partes (f. 245 e 248), o juízo *a quo* determinou a citação da adquirente do imóvel, bem como a expedição de ofício para bloqueio de nova venda do imóvel *sub judice* (f. 249).

Devidamente citada (f. 258), a adquirente do imóvel *sub judice* Carolina da Silva Nogueria, apresentou contestação (f. 260-266) para alegar ser terceira de boa-fé e que comprou o imóvel regularmente através de ato jurídico perfeito, argumentando que a avença pautou-se nos princípios da probidade e da boa-fé, já que vendedor e compradora tinham total desconhecimento acerca de qualquer óbice que maculasse o negócio jurídico, operado, inclusive com o registro da escritura, antes do ajuizamento desta ação.

Na mesma oportunidade, sustentou que edificou sua residência no imóvel *sub judice*, despendendo, para tanto, o valor de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), aduzindo, por isso, ter direito à indenização. Em petição apartada, procedeu a denunciação da lide ao réu Alcir de Queiroz Prado, a fim de resguardar seu direito material que de eventual evicção lhe resulte, aduzindo que o total de suas perdas e danos resulta no importe de R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) (f. 297-301).

O pedido de denunciação da lide foi deferido (f. 308), sobre o qual o litisdenunciado não apresentou oposição (f. 322-325), tendo, outrossim, em peça apartada, pleiteado a denunciação da lide ao Estado de Mato Grosso do Sul, considerando a causa de pedir (nulidade de citação) deste pleito anulatório (f. 330-334), o que foi indeferido pelo juízo *a quo*, que assentou *nos casos de danos imputados ao serviço judiciário, seja por falha individual do magistrado ou pela má prestação do serviço público, o Estado responderá diretamente pelos prejuízos causados* (f. 337).

Carolina da Silva Nogueira pleiteou a decretação de indisponibilidade de bens imóveis de propriedade do réu e litisdenunciado Alcir de Queiroz Prado, a fim de preservar eventual direito de evicção (f. 317-320), o que foi deferido pelo juízo *a quo* (f. 336-337).

Apesar dos adquirentes do imóvel *sub judice* terem protestado pela dilação probatória (f. 346 e 352), o juízo *a quo* procedeu o julgamento antecipado da lide (f. 384-395), assentando que *em princípio seria o caso de se decretar a nulidade do feito 021.99.020690-1 desde a penhora do imóvel para possibilitar a intimação pessoal do cônjuge, contudo, no caso em tela, deve-se observar que no processo executivo o bem em questão já foi levado a hasta pública no ano de 2007, e que o produto da arrematação continua depositado nos autos*.

Diante disso, levando-se em conta, ainda, a boa-fé do arrematante, bem como da terceira adquirente, o juízo sentenciante assentou a falta de prova quanto à arrematação por preço vil e também que *a execução fiscal percorreu todo o seu procedimento de forma correta e atendeu aos ditames legais. A irregularidade ora reconhecida não pode servir para reversão total dos atos já praticados* (f. 389) para concluir que este ato judicial deve ser considerado perfeito, acabado e irretratável quanto àqueles.

Por fim, o *decisum* recorrido mencionou, *in verbis*: *o aludido vício poderia ser atribuído à extensão, a postura inercial da autora – que até o ajuizamento da presente medida judicial nada tinha feito em relação à marcha dos acontecimentos relativos à cobrança dos tributos que sabia ser devedora e que culminaram no ingresso de terceiros, arrematante e adquirente de boa-fé, na lide – indica justamente, pelo decurso do tempo, a impossibilidade de simplesmente se desfazer um negócio jurídico de consequências válidas, ainda que uma irregularidade pudesse ser apontada* (f. 390), mas reconheceu a favor da autora o direito à reparação por danos morais, arbitrando o importe de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a este título, afastando a indenização a título de dano material pela inexistência de prova quanto a este (f. 391-395).

Diante de todo o relatado, infere-se que o presente julgamento deve analisar a alegada nulidade em ato processual ocorrido no feito executivo fiscal, bem como analisar as consequências desta nulidade que antecedeu a alienação forçada do imóvel a favor de terceiro de boa-fé, arrematante, que, por sua vez, alienou-o, regularmente, a terceira pessoa, Carolina da Silva Nogueira, a qual edificou residência no lote *sub judice*.

Feito este breve restrospecto, passo à análise das insurgências recursais.

Mérito Lide Principal

Nulidade da penhora

Na hipótese, conforme relatado, a presente ação tem como causa de pedir a nulidade de citação por edital e, por consequência, de arrematação concretizadas em executivo fiscal ajuizado pelo Município de Três Lagoas (autos nº 0020690-17.1999.8.12.0021, em apenso).

Segundo narrativa da inicial, ajuizada em 28/11/2007, no início do mês de janeiro de 2006, recebeu várias ligações de membros da imobiliária "Crespo Imóveis", informando-a de que seu lote de terreno seria leiloado, ante a falta de pagamentos de IPTU, o que a motivou dirigir-se até a Prefeitura de Três Lagoas, MS, onde recebeu informações acerca da necessidade de pagar os débitos relativos aos anos de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2006, resultando na entabulação de "Termo de Confissão de Dívida Tributária e de Parcelamento" em 25/01/2006 (f. 23-28), sem ser informada sobre a existência da citada execução fiscal, relativa a dívidas de IPTU dos anos de 1994, 1995, 1996, 1997 e 1999.

Não obstante este fato, infere-se que o fisco municipal já havia ajuizado a execução fiscal, em que pleiteou a citação editalícia da autora em 12/02/2002 (f. 39 dos autos em apenso) e, posteriormente, da conversão do arresto sobre o imóvel *sub judice* em penhora (f. 44 dos autos em apenso), mediante, também, intimação via edital.

Ainda no feito executivo, verifica-se que após quatro tentativas frustradas de alienação forçada do bem imóvel, o fiscal municipal pleiteou, em 28/06/2005, a venda do imóvel intermediada por corretor particular, buscando a satisfação do crédito perseguido (f. 112 dos autos em apenso), o que foi deferido (f. 122 dos autos em apenso), tendo, posteriormente a mais uma tentativa frustrada (f. 135-136 dos autos em apenso), concretizado-se a arrematação em segunda praça, em 61% do valor da avaliação (R$ 1.804,27), em 14/06/2006 (f. 148 dos autos em apenso).

A parte autora, na qualidade de proprietária, juntamente com seu ex-marido, do referido lote de terreno, conforme relato da exordial, tomou conhecimento de que o mesmo havia sido alienado, sem seu prévio conhecimento, quando do recebimento do carnê de IPTU em nome de terceira pessoa, o que a motivou a ajuizar a presente demanda, encontrando-se o feito executivo suspenso (f. 283 dos autos em apenso).

A sentença recorrida concluiu que a citação editalícia da autora foi válida, mas que a ausência de intimação de seu ex-cônjuge, também proprietário do imóvel *sub judice*, acerca da penhora, acarretou a nulidade da arrematação deste.

Sobre a matéria, dispõe o §2º do art. 12 da Lei de Execução Fiscal, *in verbis*:

> *Art. 12. Na execução fiscal, far-se-á a intimação da penhora ao executado, mediante publicação, no órgão oficial, do ato de juntada do termo ou do auto de penhora.*
>
> *§ 1º. Nas Comarcas do interior dos Estados, a intimação poderá ser feita pela remessa de cópia do termo ou do auto de penhora, pelo correio, na forma estabelecida no artigo 8º, incisos I e II, para a citação.*
>
> *§ 2º. Se a penhora recair sobre imóvel, far-se-á a intimação ao cônjuge, observadas as normas previstas para a citação.*

E, ainda, o §2º do art. 655 do CPC, *in verbis:*

> *Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado.*

Acerca deste dispositivo legal, pertinente a lição doutrinária de Humberto Theodoro Júnior[1]:

> *"Recaindo a constrição sobre imóveis, e sendo casado o devedor, exige a lei que se faça a intimação da penhora também ao seu cônjuge (art. 655, §2º, na redação da Lei nº 11.382/2006). A ratio essendi da norma é a de observar o litisconsórcio necessário de ambos os cônjuges, que a lei impõe em qualquer processo judicial que gire em torno de bem imóvel pertencente à pessoa casada (art. 10, parágrafo único)".*

Assim, evidenciada na hipótese a ausência de intimação do cônjuge da executada, também proprietário do imóvel penhorado, a nulidade reconhecida pelo juízo *a quo* merece ser mantida, vez que imprescindível a intimação do ex-cônjuge em caso de constrição de bem pertencente ao casal.

Neste sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE BEM IMÓVEL - LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO PARA INTERPOR EMBARGOS À EXECUÇÃO OU DE TERCEIRO. 1. A intimação do cônjuge é imprescindível, tratando-se de constrição que recaia*

1 THEODORO JR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 26. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009. p. 285.

> *sobre bem pertencente ao casal, constituindo sua ausência causa de nulidade dos atos posteriores à penhora. 2. É cediço nesta Corte que: A intimação do cônjuge enseja-lhe a via dos embargos à execução, nos quais poderá discutir a própria causa debendi e defender o patrimônio como um todo, na qualidade de litisconsorte passivo do(a) executado(a) e a via dos embargos de terceiro, com vista à defesa da meação a que entende fazer jus.(REsp 252854 / RJ, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 11.09.2000). 3. Falecendo o cônjuge, a intimação deve operar-se na pessoa do representante do espólio da mesma, porquanto a constrição influi no regime jurídico do bem do acervo. Deveras, por força dos arts. 12 da Lei nº 6.830/80 e 669 do CPC, o cônjuge e a fortiori o seu espólio, são partes legitimadas para oferecerem embargos à execução e, nessa qualidade deveriam ter sido intimados. 3. In casu, o cônjuge foi intimado em 12.11.2001 no lugar de sua esposa falecida, sendo certo que o recorrente e demais partes interessadas protocolaram no dia 04.12.2001 os embargos à execução. 4. Dessarte, nesse incidente o cônjuge é parte, aplicando-se, analogicamente o artigo 43 do CPC, verbis: Art. 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265. 5. O espólio não se limita à interposição dos embargos de terceiro, podendo suceder o de cujos, ajuizando, inclusive, embargos à execução, a fim de proteger a fração ideal que lhe pertence, da penhora realizada.6. Recurso especial provido, para determinar o recebimento dos embargos do espólio, ora recorrente, a fim de processá-lo*. (REsp 740.331/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 318)

Logo, necessário averiguar quais seriam as consequências desta nulidade que antecedeu a alienação forçada do imóvel da autora e de seu ex-cônjuge a favor de terceiro de boa-fé, arrematante (Alcir de Queiroz Prado), que, por sua vez, alienou-o a terceira pessoa, Carolina da Silva Nogueira, a qual edificou residência no lote *sub judice*.

Consequências pragmáticas diante do reconhecimento da nulidade da penhora que antecedeu a arrematação ocorrida no feito executivo em apenso

Acerca das consequências pragmáticas face o reconhecimento da nulidade da penhora que antecedeu a arrematação ocorrida no feito executivo em apenso, o juízo sentenciante assentou: (...) *no caso em tela, deve-se observar que no processo executivo o bem em questão já foi levado a hasta pública no ano de 2007, e que o produto da arrematação continua depositado nos autos*. *Somado a isso tem-se a boa-fé, comprovada nos autos, tanto do arrematante, como da terceira adquirente, Carolina da Silva Nogueira, que, inclusive, edificou sobre o aludido imóvel, perpetrando sua residência* (f. 386), razão pela qual concluiu pela impossibilidade de desfazimento da arrematação em relação ao arrematante e à terceira de boa-fé, *em nome da segurança que deve permear a alienação judicial, cumprindo o exequente indenizar os prejuízos causados* (f. 388).

Verifica-se, portanto, que o *decisum* recorrido, não obstante concluir pela nulidade da penhora efetivada sobre o imóvel de propriedade da autora-apelante, considerou sua arrematação hígida em relação ao arrematante e, também, à terceira Carolina da Silva Nogueira, com fulcro no disposto no art. 694 e §§ do CPC, *in verbis*:

> *Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.*
>
> *§ 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:*
>
> *I - por vício de nulidade;*
>
> *II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução;*
>
> *III - quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital;*

IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º);

V - quando realizada por preço vil (art. 692);

VI - nos casos previstos neste Código (art. 698).

§ 2º No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exeqüente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exeqüente também a diferença

No mesmo sentido, seguem precedentes do STJ, a favor de conservar a arrematação, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO. NÃO FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. OFENSA AO ART. 47, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO INTRÍNSECO NO ATO DE ARREMATAÇÃO. 1. Recursos especiais da Fazenda Nacional e Castro Lima Patrimonial Ltda. provenientes de processo de ação rescisória, cujo acórdão desconstituiu ato de homologação de arrematação do imóvel da empresa executada. 2. Hipótese em que a Corte de origem fundamenta a nulidade da arrematação em equívocos ao longo do processo de execução fiscal, tais como: não observância à prescrição do crédito; inexistência do devido processo legal ao não possibilitar à executada a remissão da dívida; e ofensa ao princípio da menor onerosidade. 3. Inexiste as alegadas violações do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 4. A ausência, no caso, de litisconsórcio passivo necessário nos embargos à arrematação, deixando-se de citar os arrematantes, impede a anulação da arrematação, sob pena de ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido: REsp 1.202.022/MS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 1º/2/2012. Após expedição de carta de arrematação, a anulação do ato de arrematação deve ser objeto de ação autônoma contra o arrematante com as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.328.153/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 2/12/2014. 5. "O artigo 694, caput, do Código de Processo Civil, estabelece que, assinado o auto pelo juiz, arrematante e serventuário da Justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável. É nítido que a norma busca conferir estabilidade à arrematação, não só protegendo e, simultaneamente, impondo obrigação ao arrematante, mas também buscando reduzir os riscos do negócio jurídico, propiciando efetivas condições para que os bens levados à hasta pública recebam melhores ofertas, em benefício das partes do feito executivo e da atividade jurisdicional na execução" (AgRg no REsp 1328153/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 02/12/2014). 6. A interpretação do artigo 694 do Código de Processo Civil indica que a procedência de eventuais embargos do executado não fundados em vício intrínseco à arrematação não afeta a eficácia desse ato e os interesses do arrematante, terceiro de boa-fé que, ademais, não lhe deu causa. Nesse sentido: AgRg no REsp 1328153/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 02/12/2014. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1454444/SE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. LEILÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA INTIMAÇÃO, APÓS A ARREMATAÇÃO DO BEM. IMPRESCINDIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. ART. 486 DO CPC. ARGUMENTO AUTÔNOMO RELEVANTE, NÃO IMPUGNADO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 283/STF. 1. Não enseja declaração de nulidade do ato a ausência de representante do Ministério Público ao leilão judicial, porquanto inexistente

prejuízo às partes e ao processo, máxime diante do fato de que, em segunda instância, manifestou-se o Parquet pela convalidação da hasta pública. Incidência do princípio da instrumentalidade das formas. Precedentes. 2. "O artigo 694, caput, do Código de Processo Civil, estabelece que, assinado o auto pelo juiz, arrematante e serventuário da Justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável. É nítido que a norma busca conferir estabilidade à arrematação, não só protegendo e, simultaneamente, impondo obrigação ao arrematante, mas também buscando reduzir os riscos do negócio jurídico, propiciando efetivas condições para que os bens levados à hasta pública recebam melhores ofertas, em benefício das partes do feito executivo e da atividade jurisdicional na execução." (REsp 1313053/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 15/03/2013) 3. Ademais, orienta a Súmula 283/STF, aplicável por analogia ao recurso especial, que é inadmissível o recurso, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 1193362/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. ARREMATAÇÃO CONCLUÍDA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. EXTEMPORANEIDADE. ARREMATAÇÃO EFETUADA. DESCONSTITUIÇÃO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO. DESCABIMENTO. 1. "O artigo 694, caput, do Código de Processo Civil, estabelece que, assinado o auto pelo juiz, arrematante e serventuário da Justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável. É nítido que a norma busca conferir estabilidade à arrematação, não só protegendo e, simultaneamente, impondo obrigação ao arrematante, mas também buscando reduzir os riscos do negócio jurídico, propiciando efetivas condições para que os bens levados à hasta pública recebam melhores ofertas, em benefício das partes do feito executivo e da atividade jurisdicional na execução." (REsp 1313053/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 15/03/2013) ***2.*** *Nesse passo, conforme se infere do disposto no artigo 694, parágrafos, do Código de Processo Civil, em regra, mesmo procedência de eventual embargos do executado, se não for por fundado vício intrínseco à arrematação, não afeta a eficácia desse ato e os interesses do arrematante - terceiro de boa-fé que, ademais, não lhe deu causa. 3. De todo modo, "[a]pós expedição de carta de arrematação, a anulação do ato deve ser objeto de ação autônoma contra o arrematante com as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa".* (RMS 22.286/PR, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 22/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 338) 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1328153/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014)

Nesse passo, conforme se infere do disposto no artigo 694, parágrafos, do Código de Processo Civil, em consonância com a orientação jurisprudencial do STJ, mesmo a procedência de pretensão da parte executada quanto ao reconhecimento de nulidade de ato judicial não fundado em vício intrínseco à arrematação, não afeta a eficácia deste ato e os interesses do arrematante - terceiro de boa-fé que, ademais, não lhe deu causa.

Sobre a matéria, pertinente a lição doutrinária de Marinoni e Mitidiero[2]:

"Tendo em conta a proteção ao terceiro arrematante de boa-fé, a procedência dos embargos do executado, em execução autônoma, ou da impugnação, na fase de cumprimento da sentença condenatória por execução forçada, não leva ao desfazimento da arrematação (art. 694, CPC). Nesse caso, tem o executado a haver do exequente o valor

2 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 678.

por esse recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor em que avaliado o bem, haverá do exequente também a diferença (art. 694, §2º, CPC). Na realidade, o executado tem direito não só ao valor pelo qual foi alienado o bem – ou ao valor em que avaliado - , mas tem direito ao ressarcimento pelo dano experimentado em face da perda indevida do bem (art. 186 e 927, CC). Pode o executado postular ação ressarcitória em face da indevida perda de seu bem nos próprios autos da execução. Sendo o caso de dimensionar o dano experimentado pelo executado para além do valor em que arrematado ou avaliado o bem, cabe liquidação por arbitramento".

Assim, ausente a prova de má-fé do arrematante, e não havendo nenhuma nulidade a ele imputável, com o registro da carta de arrematação do imóvel, seria defeso conceder outra solução jurídica que não seja a manutenção do negócio jurídico firmado, incumbindo ao exequente, caso demonstrado algum dano indevido e nexo de causalidade, arcar com perdas e danos ocasionados à parte executada, mantendo-se a arrematação (alienação).

Tal desfecho deve-se ao fato de o ordenamento jurídico pátrio conferir estabilidade à carta de arrematação, perfeita nos termos do art. 694 do CPC, à luz da segurança jurídica que norteia este negócio jurídico.

A propósito, confira-se outros precedentes também do STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. ARREMATAÇÃO CONCLUÍDA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. EXTEMPORANEIDADE. ARREMATAÇÃO EFETUADA. DESCONSTITUIÇÃO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO. DESCABIMENTO. 1. " ***O artigo 694, caput, do Código de Processo Civil, estabelece que, assinado o auto pelo juiz, arrematante e serventuário da Justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável. É nítido que a norma busca conferir estabilidade à arrematação, não só protegendo e, simultaneamente, impondo obrigação ao arrematante, mas também buscando reduzir os riscos do negócio jurídico, propiciando efetivas condições para que os bens levados à hasta pública recebam melhores ofertas, em benefício das partes do feito executivo e da atividade jurisdicional na execução.*** *"* (REsp 1313053/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 15/03/2013) Destaquei.

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CÍVEL. ARREMATAÇÃO DO BEM. EXPEDIÇÃO DA RESPECTIVA CARTA. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DESCONSTITUIÇÃO DA ARREMATAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos do art. 694 do CPC, "assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado", somente podendo ser tornada sem efeito em situações excepcionais, como as do § 1º do mencionado artigo. 2. Assinado o auto de arrematação de bem imóvel, não pode ele ser objeto de posterior penhora em execução fiscal movida contra o proprietário anterior, mesmo que ainda não efetivado o registro da respectiva carta no registro imobiliário. Precedentes do STJ. 3. Recurso especial a que se dá provimento." (REsp 866.191/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 22/2/2011, DJe 28/2/2011)

Perdas e danos a favor da autora (executada)

Fixada a premissa de que não se pode tornar ineficaz a arrematação operada sobre o bem imóvel da executada, ora demandante, diante do vício não ser com ela relacionado, deve-se resolver o litígio em perdas e danos, sem prejudicar os direitos do arrematante e, por via de consequência, da terceira adquirente do bem.

Sobre este aspecto a sentença recorrida indeferiu o pedido de indenização a título de danos materiais, sob o argumento de que *'a autora não se desincumbiu de seu ônus'* (f. 391), arbitrando, entretanto, indenização a título de danos morais no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), pelos seguintes fundamentos:

> *"Embora não tenha sido produzida prova nos autos sobre o descontentamento e agruras sofridos pela autora em decorrência da alienação judicial do imóvel em exame, alienação essa eivada de vícios, como já constatou, tenho que nesse caso o dano moral é presumido".*
>
> *(...)*
>
> *"Nesse ponto é inegável que a alienação em questão, principalmente diante da expectativa da autora de valorização imobiliária ascendente na cidade de Três lagoas, trouxe-lhe abalo moral passível de reparação". (f. 392-393)*

Em sua irresignação recursal, a autora pleiteia que seja reconhecido o seu direito de ser ressarcida a título de danos materiais e morais, no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) cada. Enquanto que a irresignação recursal do Município de Três Lagoas, MS, assenta-se na premissa de que não merece ser condenada a perdas e danos à medida que a demandante é quem deu causa à arrematação *sub judice* em virtude de não ter honrado com o pagamento dos tributos sobre ele incidentes.

A parte exequente, ora demandada, sustentou, ainda, que a condenação da fazenda pública ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a favor da demandante redunda em enriquecimento ilícito, notadamente em função dos valores em litígio no feito executivo e, ainda, do importe arrecadado com a arrematação do imóvel e sua avaliação.

Alegou que a condenação a título de dano moral não encontra respaldo em qualquer comprovação da ocorrência deste e que o mesmo não pode ser reconhecido como *in re ipsa*.

Dano moral

Compulsando os autos, verifica-se que a autora, Sra. Eunice de Fátima Rodrigues foi citada e intimada acerca da penhora do imóvel através de edital e deixou a execução seguir, sem oferecer defesa. A questão acerca da nulidade da citação por edital foi afastada pelo juízo de primeiro grau na sentença e não foi objeto de recurso pelas partes, transitando em julgado, dessa forma.

Além de ter sido citada de forma válida, a devedora também tomou conhecimento de que seu imóvel iria a leilão no mês de janeiro de 2006, tanto que afirma em sua petição inicial que recebeu diversos telefonemas de uma imobiliária alertando-a nesse sentido, vindo a se insurgir somente em 28/11/2007, com o ajuizamento do presente processo.

Apesar de ter ido até a Prefeitura para se inteirar sobre os débitos de IPTU relativos a seu imóvel, a devedora foi negligente, já que não buscou se informar sobre o referido leilão, tampouco quanto à existência de ações ajuizadas pelo município, de forma que teve significativa parcela de responsabilidade na situação que teria gerado o alegado dano moral.

Logo, se algum dano ocorreu, pode ser tranquilamente imposto à própria executada, que mesmo tendo ciência do leilão designado e possuindo matérias de defesa sólidas, calou-se e permitiu o prosseguimento da execução fiscal até final arrematação de seu imóvel, com emissão da carta de arrematação, seu respectivo registro no cartório imobiliário e emissão de mandado de imissão de posse em favor do arrematante.

Sobre outro aspecto, também cumpre asseverar que a autora sequer tem legitimidade para postular eventual indenização relativa à dano moral decorrente da ausência de intimação do seu cônjuge acerca da penhora. Isso porque, foi seu cônjuge quem se viu impossibilitado de oferecer defesa diante da constrição do imóvel em questão. Assim, se dano moral houve, é dele o direito de pleiteá-lo em juízo.

Ademais, os constrangimentos que a autora alega ter sofrido não restaram sequer demonstrados, o que seria imprescindível à caracterização do dano moral, tendo em vista que o agir do réu e a consequente nulidade da penhora não configuram, por si, violação à dignidade da demandante.

Assim, procede a irresignação recursal do Município, merecendo ser afastada sua condenação ao pagamento de indenização por dano moral, eis que, além de não ser parte legítima para pleiteá-la, sua a inércia teve significativa influência no seguimento da execução e na arrematação do imóvel.

Dessa forma, afasta-se a condenação do município ao pagamento de indenização por danos morais.

Danos materiais

Quanto aos danos materiais, como já dito neste acórdão, diante da ausência de prova de má-fé do arrematante, e não havendo nenhuma nulidade a ele imputável, com o registro da carta de arrematação do imóvel, torna-se defeso conceder outra solução jurídica que não seja a manutenção do negócio jurídico firmado.

Como consequência disso, deve ser determinada a entrega do valor obtido com a arrematação à executada, condenando-se o exequente, caso demonstrado algum dano indevido e nexo de causalidade, a arcar com perdas e danos ocasionados à ela, mantendo-se a arrematação (alienação).

Essa é a solução apontada pela doutrina pátria, senão vejamos:

> *"O desfazimento da arrematação implicava o retorno dos seus figurantes ao estado anterior. No direito atual, contudo, que outorga estabilidade relativa à alienação forçada, o retorno ao status quo ante fica pré-excluído, consoante a legitimidade para postular tal dissolução. Se o executado reclamar a dissolução, o negócio subsiste para o arrematante (art. 694, caput, parte final) - salvo formulando desistência, a teor do art. 746, § 1º -, e, portanto, nem sempre ocorrerá a dissolução. É preciso que ela seja pleiteada pelo exequente ou pelo arrematante. Assim, perante o arrematante, a arrematação não se dissolve, conquanto julgados procedentes os embargos do art. 746 (art. 694, caput, parte final), ressalvadas as hipóteses de nulidade imputáveis ao próprio arrematante, como a incapacidade para adquirir. Com relação ao credor, o desfazimento da arrematação acarreta a perda do direito ao produto da alienação e seu crédito continuará pendente"* (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 1128)

> *"Tendo em conta a proteção ao terceiro arrematante de boa-fé, a procedência dos embargos do executado, em execução autônoma, ou da impugnação, na fase de cumprimento da sentença condenatória por execução forçada, não leva ao desfazimento da arrematação (art. 694, CPC). Nesse caso, tem o executado a haver do exequente o valor por esse recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor em que avaliado o bem, haverá do exequente também a diferença (art. 694, §2º, CPC). Na realidade, o executado tem direito não só ao valor pelo qual foi alienado o bem – ou ao valor em que avaliado - , mas tem direito ao ressarcimento pelo dano experimentado em face da perda indevida do bem (art. 186 e 927, CC). Pode o executado postular ação ressarcitória em face da indevida perda de seu bem nos próprios autos da execução. Sendo o caso de dimensionar o dano experimentado pelo executado para além do valor em que arrematado ou avaliado o bem, cabe liquidação por arbitramento".* (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 678.)

Portanto, ao contrário do que entendeu o magistrado de primeiro grau, o produto obtido com a arrematação do imóvel deve ser devolvido à executada, autora desta ação anulatória.

E considerando-se que o imóvel levado à praça foi avaliado em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), na data de 21/2/2003 (f. 57) e arrematado por 61% de seu valor – R$ 1.804,27 (mil oitocentos e quatro reais e vinte e sete centavos) - em 12/6/2006 (f. 148), resta devidamente comprovado o dano material sofrido pela parte executada, autora desta ação anulatória, no valor de R$ 695,73 (seiscentos e noventa e cinco reais e setenta e três centavos).

Esse valor – R$ 695,73 (seiscentos e noventa e cinco reais e setenta e três centavos), deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir da data da arrematação (12.6.2006) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Diante disso, deve a sentença ser parcialmente reformada, determinando-se que o valor obtido na arrematação, devidamente atualizado, seja devolvido à executada (autora da anulatória), devendo o município exequente (requerido na ação anulatória) ser condenado a pagar a ela, à título de perdas e danos, o valor de R$ 695,73 (seiscentos e noventa e cinco reais e setenta e três centavos), corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir da data da arrematação (12.6.2006) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Do ônus da sucumbência na lide principal

No tocante a distribuição do ônus da sucumbência na lide principal, verifica-se que a magistrada singular, quando da decisão, embora tenha negado provimento ao pedido de indenização por danos materiais, optou por julgar procedente o pedido inicial, condenando o réu – Município de Três Lagoas, integralmente ao pagamento dos honorários advocatícios, isentando-o das custas.

Todavia, diante do parcial acolhimento dos apelos de ambas as partes,- um para afastar a condenação por danos morais e outro para condenar a pagar danos materiais - resta nítida a procedência parcial do pedido, razão pela qual, há de ser aplicada ao caso, a regra contida no artigo 21 do CPC – sucumbência recíproca.

O nosso sistema de distribuição de ônus da sucumbência leva em consideração a sucumbência das partes. Assim, *"Cada parte deve suportar a verba advocatícia na proporção da sua derrota, bem como recebê-la na medida de sua vitória"*. [3]

Nestes termos o artigo 21 do Código de Processo Civil:

> *Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.*
>
> *Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.*

Como no caso dos autos a parte autora decaiu de seu pedido apenas quanto aos danos morais, viável é a distribuição de forma proporcional, da sucumbência. Assim, condena-se a autora a arcar com 30 % dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00 pela juíza de piso, e o réu – Município de Três Lagoas, os outros 70%.

Com relação ao arrematante e à adquirente, corréus na ação principal, deve ser aplicado o princípio da causalidade. Assim, considerando-se que quem deu causa à propositura da ação foi o réu Município de

3 (STJ. 2ª Turma, REsp 13.526/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJU. 18.11.91)

Três Lagoas (exequente), que deixou de providenciar a intimação do esposo da autora (executada) quanto à penhora do imóvel levado à hasta pública, deve ser condenado a pagar honorários advocatícios em favor dos seus advogados, na forma como fixado pela magistrada de primeiro grau, ou seja, R$ 1.500,00 para cada. Sem custas, diante da isenção do Município.

Lide Secundária - Denunciação à Lide

No caso em tela, percebe-se que o juízo *a quo* olvidou-se de julgar, na sentença recorrida, a denunciação à lide deferida à f. 308 dos autos.

Trata-se de *error in procedendo,* que, em tese, acarretaria a anulação, de oficio, do julgado, por se tratar de matéria de ordem pública.

Todavia, porque a questão é exclusivamente de direito e porque a demanda está em condição de ser julgada, aplica-se à hipótese, em necessário respeito ao princípio da celeridade processual, o disposto no art. 515, §3º do CPC, na redação introduzida pela Lei no. 10.532/2001 do CPC, motivo pelo qual passa-se a julgá-la.

Como visto, a requerida Carolina da Silva Nogueira, denunciou à lide o réu Alcir de Queiroz Prado, pretendendo receber perdas e danos em caso de procedência do pedido de anulação do ato da arrematação.

Ora, mesmo com a procedência do pedido de nulidade da penhora e da arrematação do imóvel, os efeitos da arrematação foram mantidos em face do arrematante e adquirente (terceiros de boa-fé), o que leva a crer que o pedido feito na denunciação à lide restou prejudicado diante da perda superveniente do interesse de agir.

Assim, julga-se extinta a denunciação da lide interposta por Carolina da Silva Nogueira em face de Alcir de Queiroz Prado, com base no art. 267, VI, do CPC. Deixo de condenar, contudo, a denunciante ao pagamento de honorários advocatícios ao litisdenunciado, por não vislumbrar sucumbência apta e suficiente para tanto.

Dispositivo Final

Ante o exposto, conheço do apelo interposto por Eunice de Fátima Rodrigues e dou-lhe parcial provimento para determinar que o valor obtido na arrematação do imóvel, seja-lhe entregue, devendo o município exequente (requerido na ação anulatória) ser condenado a pagar a ela, a título dano material, o valor de R$ 695,73 (seiscentos e noventa e cinco reais e setenta e três centavos), corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir da data da arrematação (12.6.2006) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

De outro lado, conheço do apelo interposto pelo Município de Três Lagoas-MS, e dou-lhe parcial provimento para afastar a condenação por danos morais.

Como no caso dos autos a parte autora decaiu de seu pedido apenas quanto aos danos morais, viável é a distribuição de forma proporcional, da sucumbência. Assim, condena-se a autora a arcar com 30 % dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00 pela juíza de piso, e o réu – Município de Três Lagoas, os outros 70%. Com relação ao arrematante e à adquirente, corréus na ação principal, deve ser aplicado o princípio da causalidade. Assim, considerando-se que quem deu causa à propositura da ação foi o réu Município de Três Lagoas (exequente), que deixou de providenciar a intimação do esposo da autora (executada) quanto à penhora do imóvel levado à hasta pública, deve ser condenado a pagar honorários advocatícios em favor dos seus advogados, na forma como fixado pela magistrada de primeiro grau, ou seja, R$ 1.500,00 para cada. Sem custas, diante da isenção do Município. A obrigação da autora permanecerá

suspensa enquanto não houver prova de alteração em suas condições financeiras, nos termos do art. 12 da Lei 1060/50, eis que trata-se de beneficiária da justiça gratuita.

Por fim, com base no art. 515, § 3º, do CPC, julgo extinta a denunciação da lide interposta por Carolina da Silva Nogueira em face de Alcir de Queiroz Prado, com base no art. 267, VI, do CPC (perda superveniente do interesse de agir). Deixo de condenar, contudo, a denunciante ao pagamento de honorários advocatícios ao litisdenunciado, por não vislumbrar sucumbência apta e suficiente para tanto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos e, com base no artigo 515 § 3º do CPC, jugaram extinta a denunciação da lide, 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 02 de fevereiro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0049020-64.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA – AUTO DE LANÇAMENTO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA – ICMS – APURAÇÃO DE DIFERENÇA DE QUANTIDADE DE GADO – DADOS DA DECLARAÇÃO ANUAL DE PRODUTOR – DAP E RELATÓRIOS DO SISTEMA DO FISCO ESTADUAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – *ERROR IN PROCEDENDO* – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO – PRELIMINAR REJEITADA – DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO – ART. 173, INC. I DO CTN – PREJUDICIAL NÃO VERIFICADA – MÉRITO – NULIDADE DO ALIM – OBSERVÂNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO – AUTUAÇÃO FISCAL BALIZADA PELOS DITAMES LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA E QUE OUTORGARAM AO CONTRIBUINTE O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA – PERDA DO BENEFÍCIO AO DIFERIMENTO POR IMPOSIÇÃO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DE CRÉDITO DE ICMS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ENTRADA DE GADO NA PROPRIEDADE RURAL – IMPOSSIBILIDADE DE REDUZIR O MONTANTE DA AUTUAÇÃO – MULTA TRIBUTÁRIA – CONFISCO – REDUÇÃO QUE SE IMPÕE – REDIMENSIONAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.

I - 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 ou mesmo ofensa ao Estado Democrático de Direito pelo julgamento antecipado da lide, não havendo falar-se, por via de consequência, em nulidade da sentença.

II - Tratando-se de débito fiscal oriundo de lançamento por homologação com parcial pagamento do tributo, aplica-se a regra do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional para aferição da decadência, ou seja, o prazo de cinco anos a contar da data do fato gerador, e não o art. 173, I, do CTN aplicável nos casos em que não houve pagamento do imposto.

III - A diferença apurada entre as notas fiscais emitidas pelo produtor e seus estoques iniciais e finais constitui-se em indício de entrada ou saída de gado sem emissão de nota fiscal e, conseqüente, a existência de fato gerador que implica no recolhimento do tributo.

IV - A perda do benefício ao diferimento não decorre de ato discricionário do fisco, mas de imposição legal, conforme determina o art. 3º do Anexo II ao Regulamento do ICMS.

V - Diante da ausência de comprovação do crédito de ICMS decorrente da entrada de animais, não há falar-se em direito à compensação do imposto para o fim de reduzir o montante da autuação.

VI - A vedação do confisco estende-se às multas tributárias. O patamar encontrado para tanto tem sido o valor da obrigação principal, ou seja, o valor da obrigação tributária funciona como limitador da norma sancionatória, razão por que a abusividade da multa somente poderá ser reconhecida quando ultrapassar o montante de 100% (cem por cento) do tributo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, afastar a decadência e a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Carlos Roberto de Souza Amaro, inconformado com a sentença de improcedência dos pedidos formulados nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária ajuizada em face do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 288-299 e 307-309), interpôs recurso de apelação (f. 314-344).

Arguiu preliminar de nulidade da sentença por *error in procedendo*, sob o argumento de que houve cerceamento do direito de defesa, diante do não indeferimento de provas em momento oportuno, mas na própria sentença, surpreendendo o apelante.

Mencionou argumentos no sentido de defender a necessidade de dilação probatória, mediante a oitiva de testemunhas, *que estiveram envolvidas com compra e venda de gado* (...) *que tinham total conhecimento da quantidade de bovinos que circularam pelo sítio, das idas e vindas ao IAGRO para retirar guias, bem como a emissão de notas fiscais perante a Fazenda estadual* (f. 319) e, ainda, produção de prova pericial, *para elaborar laudo confrontando a documentação da Fazenda, IAGRO, leiloeira e do recorrente com o objetivo de afirmar se existia ou não uma quantidade de gado que poderia ter sido vendida sem a emissão de notas fiscais* (f. 319-320).

Defendeu que a ausência de indeferimento da dilação probatória, com o imediato julgamento da lide, torna o julgado em total desacordo com o Estado Democrático, em afronta ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, devido processo legal e fundamentação das decisões.

Sob outro enfoque, como prejudicial de mérito, alegou a decadência do direito do fisco de constituir o crédito tributário, com fundamento no art. 250 da Lei Estadual nº 1.810/97, *diante da ausência de afirmação do fisco da data que foi considerado da ocorrência do fato imponível* (f. 324).

No mérito, aduziu a inexistência de obrigação tributária por ofensa ao devido processo legal administrativo, alegando que a Declaração Anual do Produtor-DAP como única fonte do direito de tributar não segue os contornos do art. 155 da CF relativamente ao ICMS.

Afirmou que a autuação fiscal impugnada advém de suposta promoção de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS (saída-venda de gado), apurado por levantamento de evolução dos estoques, diante da comparação dos dados da Declaração Anual do Produtor-DAP e os relatórios do sistema, por falta de cumprimento de obrigação acessória (emissão de documento fiscal).

Desta forma, defendeu ser imprescindível perquirir se havia estoque bovino na quantidade presumida pelo fisco, notadamente porque a emissão de nota fiscal de comprova ou venda de gado passa, obrigatoriamente, pela Fazenda Estadual e IAGRO, os quais retêm uma via da nota fiscal, sendo que o IAGRO emiti guia de transporte dos bovinos.

Alegou que, diante deste controle, não basta que o produtor rural (contribuinte) afirme possuir determinada quantidade de gado se os registros dos órgãos estaduais não confirmam essa afirmação.

Mencionou que, ao contrário do que assentou a sentença recorrida, o relatório do IAGRO constante dos autos evidencia divergência com a DAP.

Expôs que não se utilizou do direito especificado pela Lei Estadual nº 1.589/95, que instituiu a declaração retificadora para correção de eventuais lançamentos na DAP, porque *desconhecia que fora enviado a Fazenda Estadual uma DAP sem o seu conhecimento* (f. 326).

Invocou a observância do disposto no §3º do art. 7º da Lei Estadual nº 1.589/95, que preconiza que diante da constatação de divergências entre as informações do produtor via DAP e os registros do IAGRO deve prevalecer os dados contidos nos arquivos da Fazenda Estadual, tais como as fichas sanitárias do IAGRO e das Guias de Trânsito Animal, extratos e movimentações, em que constam as notas fiscais ou mesmo os relatórios de vacinas anuais, controladas pelo IAGRO, para se averiguar a real quantidade de gado.

Aduziu que esta possibilidade, inclusive, está em consonância com o art. 3º da Lei nº 2.315/2001, que dispõe sobre os princípios do processo administrativo tributário, razão pela qual requer a reforma da sentença, para se declarar a inexistência da obrigação tributária, face a afronta ao devido processo legal administrativo.

Sob outro enfoque, defendeu a nulidade do ALIM por ausência de descrição da matéria tributável, alegando que inexiste a descrição da matéria tributável (fato gerador), bem com a tipificação legal, que induzem o contribuinte a erro e dificulta sua defesa.

Argumentou que o fisco afirma que apurou os estoques com base na DAP e no Relatório do Sistema, que, entretanto, refere-se ao ano anterior e extremamente inconsistente, relativos a dados de janeiro de 1998 a maio de 2000, que espelham número inferior ao constante da declaração do produtor, desmuniciada de assinatura deste.

Alegou, ainda, a deficiência de fundamentação legal do ALIM, bem como a ausência de declinação da alíquota ou mesmo da quantificação da matéria tributável, sustentando, também, a nulidade do ALIM pela utilização de legislação revogada, que prejudica o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, aduziu que o ALIM deve ser declarado nulo porque deixou de ser precedido de prévio levantamento fiscal idôneo, conforme preconiza a Lei Estadual nº 1.810/97.

No que tange a correção monetária, aduziu que a sentença nega vigência à lei estadual, que exige a especificação do método de correção do tributo, impedindo que o contribuinte impugne tal aspecto.

Suscitou que, *em sendo o diferimento a transferência do recolhimento do tributo para momento posterior a ocorrência do fato gerador, logo, não existe norma que retire o direito ao diferimento do contribuinte, ainda que, supostamente, não tenha havido a emissão de notas fiscais* (f. 335).

Alegou, sob outro enfoque, o caráter confiscatório da multa que lhe foi imposta, pugnando por sua redução para patamar inferior.

Por fim, discorre sobre o princípio da não-cumulatividade, a fim de que lhe seja conferido o crédito do tributo na apuração do valor devido

A parte apelada apresentou resposta ao recurso (f. 350-366), oportunidade em que pugnou pelo afastamento da preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pleiteando, no mérito, pelo não provimento do apelo.

VOTO

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Carlos Roberto de Souza Amaro, inconformado com a sentença de improcedência dos pedidos formulados nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária ajuizada em face do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 288-299 e 307-309).

Segundo a narrativa da inicial, o Auto de Lançamento de Imposição de Multa-ALIM 0008830, lavrado pelo fisco estadual é nulo.

A Fazenda Estadual, por sua vez, defende que o demandante, ora apelante, *promoveu operação de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, gado bovino, previstas no artigo 5º da Lei 1810/97, apuração por levantamento da evolução dos estoques pela comparação entre os dados da DAP e os Relatórios do Sistema acrescido da falta de esclarecimentos satisfatórios facultados em termo de intimação e não atendido, com consequente perda da faculdade do diferimento da tributação conforme prevê o artigo 12, II, da Lei 1.810/97, por falta de cumprimento da obrigação acessória de emissão de documento fiscal como previsto no artigo 3º, II, a, do Anexo III – Diferimento* (f. 18).

O juízo *a quo*, por sua vez, julgou antecipadamente a lide e concluiu pela improcedência do pleito autoral (f. 288-299 e 307-309).

Inconformado, o demandante interpôs o presente recurso de apelação (f. 314-344).

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo e passo à análise de seus fundamentos, por ordem de prejudicialidade.

Preliminar de nulidade da sentença

O apelante arguiu preliminar de nulidade da sentença por *error in procedendo*, sob o argumento de que houve cerceamento do direito de defesa, diante do não indeferimento de provas em momento oportuno, mas na própria sentença, surpreendendo o apelante.

Mencionou argumentos no sentido de defender a necessidade de dilação probatória, mediante a oitiva de testemunhas, *que estiveram envolvidas com compra e venda de gado* (...) *que tinham total conhecimento da quantidade de bovinos que circularam pelo sítio, das idas e vindas ao IAGRO para retirar guias, bem como a emissão de notas fiscais perante a Fazenda estadual* (f. 319) e, ainda, produção de prova pericial, *para elaborar laudo confrontando a documentação da Fazenda, IAGRO, leiloeira e do recorrente com o objetivo de afirmar se existia ou não uma quantidade de gado que poderia ter sido vendida sem a emissão de notas fiscais* (f. 319-320).

Defendeu que a ausência de indeferimento da dilação probatória, com o imediato julgamento da lide, torna o julgado em total desacordo com o Estado Democrático, em afronta ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, devido processo legal e fundamentação das decisões.

Melhor sorte não socorre o apelante quanto ao alegado cerceamento de defesa, uma vez que, ao contrário do que defende, o julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando o

juízo entende-se satisfeito com as provas constantes dos autos para formação de seu convencimento, sendo desnecessária a produção de outras provas.

Como cediço, é o juiz, destinatário da prova, que tem a incumbência de 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 ou mesmo ofensa ao Estado Democrático de Direito pelo julgamento antecipado da lide, não havendo falar-se, por via de consequência, em nulidade da sentença.

Em tais circunstâncias, rejeito a preliminar.

Prejudicial de mérito (decadência)

Sob outro enfoque, como prejudicial de mérito, o apelante alegou a decadência do direito do fisco de constituir o crédito tributário, com fundamento no art. 250 da Lei Estadual nº 1.810/97, *diante da ausência de afirmação do fisco da data que foi considerado da ocorrência do fato imponível* (f. 324).

1 MARCATO, Antonio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 983.

2 VICENTE, Grego Filho. **Direito processual civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169-170. v. 12.

Na hipótese, a autuação fiscal impugnada advém de suposta promoção de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS (saída-venda de gado), apurado por levantamento de evolução dos estoques, diante da comparação dos dados da Declaração Anual do Produtor-DAP e os relatórios do sistema, por falta de cumprimento de obrigação acessória (emissão de documento fiscal), quando instaurado processo de baixa de inscrição estadual, em 19/04/2006 (f. 21).

Infere-se que a autuação combatida tomou como referência a Declaração Anual do Produtor-DAP, ano base 2001, para determinar a quantidade de bovinos inicial e, após, deduziu as saídas pelas notas fiscais e encontrou um saldo de 642 cabeças de gado, que deu origem ao Auto de Lançamento de Imposição de Multa-ALIM.

A base de cálculo, diante da ausência de emissão de nota fiscal, decorreu de valor presumível (R$178.483,00), conforme pauta fiscal da data do levantamento (01/2002), sendo a alíquota de 17%, prevista na respectiva legislação do ICMS (f. 38-43).

Tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação o direito de a Fazenda Pública constituir o seu crédito tributário extingue-se após o decurso de prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN) somado a mais cinco anos iniciais em que o fisco poderia ter efetuado o lançamento (art. 173, I, do CTN).

Como cediço, o ICMS constitui tributo cujo lançamento ocorre por homologação, conforme disposto no art. 150 do CTN.

De tal modo, o contribuinte auxilia o Fisco no ato do lançamento, recolhendo o tributo, antes mesmo de qualquer medida ou quantificação por parte da Administração Público, com base em cálculo próprio, *in verbis:*

> *"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa".*

Após a antecipação do pagamento pelo contribuinte, cumpre à Fazenda Pública a conferência da exatidão do valor recolhido, homologando o procedimento.

Nos casos em que se verificar imprecisão no pagamento, não haverá homologação, tampouco a extinção do crédito, ensejando o lançamento de ofício da diferença, com base no art. 149, V, do CTN:

> *"Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...)*
>
> *V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte*".

Para aferição do prazo decadencial, cumpre proceder-se à distinção de duas hipóteses: lançamento por homologação com o pagamento parcial do imposto; e lançamento por homologação sem o pagamento do imposto.

Na primeira hipótese, incidente a norma do art. 150, §4º, do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos a contar da data do fato gerador:

> *"Art. 150 § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se*

tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Lado outro, nas hipóteses em que não houve qualquer pagamento do ICMS, aplicável a regra geral do art. 173, I, do CTN, vez que o lançamento será de ofício:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Nesse sentido, o seguinte precedente do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. ARESTO ATACADO BASEADO NO EXAME DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ÓBICE DA SÚMULA 280/STF. DISCUSSÃO ACERCA DA OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO A MENOR. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA.ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. 1. Por ofensa a direito local não cabe recurso especial (Súmula 280/STF, por analogia). 2. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula 7/STJ). 3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que na hipótese de ausência de pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN (cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1507666/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015)

Na espécie, não houve o pagamento do tributo, e nos termos da fundamentação aqui exposta, o termo *a* quo do prazo decadencial deve ser o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme determina o art. 173, I, do CTN.

Ainda sobre a situação tratada nos autos, infere-se que o apelante aduz que desde o ano de 2002 não existem mais animais relativos à inscrição estadual, que estava sendo solicitada a baixa. Desta forma, o fato gerador foi a data final do levantamento de estoque (2002).

Assim, o lançamento do tributo ocorreu no ano de 2006, diante da apuração de dados informados pelo contribuinte.

Logo, como o termo inicial do fisco seria a partir de 01/01/2002, não há falar-se em decadência do direito do fisco de constituir o crédito tributário.

Mérito

Nulidade do ALIM - Auto de Lançamento de Imposição de Multa

O apelante aduz, no mérito, vários argumentos tendentes a imputar vícios ao procedimento administrativo que culminou no ALIM- Auto de Lançamento de Imposição de Multa nº 0008830.

Aduziu a inexistência de obrigação tributária por ofensa ao devido processo legal administrativo, alegando que a Declaração Anual do Produtor-DAP como única fonte do direito de tributar não segue os contornos do art. 155 da CF relativamente ao ICMS.

Afirmou que a autuação fiscal impugnada advém de suposta promoção de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS (saída-venda de gado), apurado por levantamento de evolução dos estoques, diante da comparação dos dados da Declaração Anual do Produtor-DAP e os relatórios do sistema, por falta de cumprimento de obrigação acessória (emissão de documento fiscal).

Desta forma, defendeu ser imprescindível perquirir se havia estoque bovino na quantidade presumida pelo fisco, notadamente porque a emissão de nota fiscal que comprova venda de gado passa, obrigatoriamente, pela Fazenda Estadual e IAGRO, os quais retêm uma via da nota fiscal, sendo que o IAGRO emite guia de transporte dos bovinos.

Alegou que, diante deste controle, não basta que o produtor rural (contribuinte) afirme possuir determinada quantidade de gado se os registros dos órgãos estaduais não confirmam essa afirmação.

Mencionou que, ao contrário do que assentou a sentença recorrida, o relatório do IAGRO constante dos autos evidencia divergência com a DAP.

Expôs que não se utilizou do direito especificado pela Lei Estadual nº 1.589/95, que instituiu a declaração retificadora para correção de eventuais lançamentos na DAP, porque *desconhecia que fora enviado a Fazenda Estadual uma DAP sem o seu conhecimento* (f. 326).

Invocou a observância do disposto no §3º do art. 7º da Lei Estadual nº 1.589/95, que preconiza que diante da constatação de divergências entre as informações do produtor via DAP e os registros do IAGRO deve prevalecer os dados contidos nos arquivos da Fazenda Estadual, tais como as fichas sanitárias do IAGRO e das Guias de Trânsito Animal, extratos e movimentações, em que constam as notas fiscais ou mesmo os relatórios de vacinas anuais, controladas pelo IAGRO, para se averiguar a real quantidade de gado.

Aduziu que esta possibilidade, inclusive, está em consonância com o art. 3º da Lei nº 2.315/2001, que dispõe sobre os princípios do processo administrativo tributário, razão pela qual requer a reforma da sentença, para se declarar a inexistência da obrigação tributária, face a afronta ao devido processo legal administrativo.

Sob outro enfoque, defendeu a nulidade do ALIM por ausência de descrição da matéria tributável, alegando que inexiste a descrição da matéria tributável (fato gerador), bem com a tipificação legal, que induzem o contribuinte a erro e dificulta sua defesa.

Argumentou que o fisco afirma que apurou os estoques com base na DAP e no Relatório do Sistema, que, entretanto, refere-se ao ano anterior e extremamente inconsistente, relativos a dados de janeiro de 1998 a maio de 2000, que espelham número inferior ao constante da declaração do produtor, desmuniciada de assinatura deste.

Alegou, ainda, a deficiência de fundamentação legal do ALIM, bem como a ausência de declinação da alíquota ou mesmo da quantificação da matéria tributável, sustentando, também, a nulidade do ALIM pela utilização de legislação revogada, que prejudica o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, aduziu que o ALIM deve ser declarado nulo porque deixou de ser precedido de prévio levantamento fiscal idôneo, conforme preconiza a Lei Estadual nº 1.810/97.

Por qualquer dos ângulos alegados pelo apelante, não merece prosperar sua irresignação recursal.

Explico.

De acordo com o ALIM- Auto de Lançamento de Imposição de Multa nº 0008830, ora impugnado, o fato gerador decorreu da seguinte situação praticada pelo apelante (f. 18):

> *"Promoveu operação de circulação de mercadorias, gado bovino, previstas no art. 5º, I, da Lei 1.810/97, apurado por levantamento da devolução de estoques por comparação entre os dados da DAP e os relatórios do sistema acrescido da falta de esclarecimentos satisfatórios, facultados em termo de intimação(...) com consequente perda perda da faculdade do diferimento da tributação conforme prevê o artigo 12, II, da Lei 1.810/97, por falta de cumprimento da obrigação acessória de emissão de documento fiscal como previsto no artigo 3º, II, a, do Anexo III – Diferimento, obrigando-se a recolher o ICMS incondicionalmente nos termos do art. 12, § 2º, da Lei 1.810/97, na Agência Fazendária de Jaraguari/MS conforme art. 14, I, da Lei 1.810/97, tendo como base de cálculo o valor da Pauta, conforme previsão no art. 30 da Lei 1.810/97, sendo responsável (...)."*.

Conforme anexo da referida autuação, *o Levantamento Fiscal que demonstra falta de bovinos no estoque final, fato que implica a dedução de que saíram sem documento fiscal no total de 602 cabeças no valor total de R$178.483,00 em janeiro de 2002* (f. 41).

Infere-se, portanto, que houve a presunção de saída de gado bovino da propriedade rural do apelante, conforme autoriza a Lei nº 1.810/97, diante da comparação da Declaração Anual do Produtor Rural (DAP) entregue ao Estado com o relatório das notas fiscais emitidas, o que outorgou ao apelante o inequívoco conhecimento da matéria tributável que lhe estava sendo imposta, tanto que apresentou a competente defesa administrativa, em que alegou erro no preenchimento da DAP (f. 45 e 62-73).

Melhor sorte não socorre o apelante com relação à ausência de especificação da alíquota utilizada para o cálculo do crédito tributário, porquanto, como bem declinado na sentença recorrida, *é de fácil constatação a utilização da alíquota de 17% do valor da operação presumida, uma vez que estão presentes a base de cálculo e o valor do tributo. Dividindo-se o valor do crédito tributário pela sua base de cálculo, tem-se por quociente a alíquota mencionada e, pelo que consta nos autos, está correta e de acordo com as prescrições do Código Tributário Estadual (art. 41, III da Lei 1.810/97)* (f. 293).

Não fosse isso, o §1º, inc. I do art. 28 da Lei nº 2.315/01, que dispõe sobre o Processo Administrativo Tributário, no âmbito estadual, fixa que a ausência, a inexatidão ou a insuficiência dos fundamentos legais do lançamento consideram-se supridas pela adequada descrição dos fatos, que possibilite o exercício de reclamação ou defesa pelo sujeito passivo, o que, de fato, ocorre na hipótese.

No que tange a correção monetária, também não prospera o pleito recursal, no sentido de que a sentença nega vigência à Lei Estadual 2.315/2001, que exige a especificação do método de correção do tributo, vez que no ato impugnado (ALIM) consta, no campo da discriminação do crédito tributário, que os valores nominais foram convertidos em unidades fiscais, nos termos dos arts. 278 e 283 da Lei nº 1.810/1997, aplicando-se a Unidade de Atualização Monetária de Mato Grosso do Sul – UAM (f. 18), conforme bem esclarecido pelo juízo *a quo* (f. 307-309).

Logo, não prospera a alegação autoral no sentido de que o ALIM seria nula pela afronta ao devido processo legal administrativo.

Sob outro enfoque, não prospera a irresignação do apelante no que tange a quantificação de gado apurado (602 cabeças), a qual, como dito, adveio da comparação entre os números declinados na DAP com o relatório das notas fiscais emitidas, o que ensejou, inclusive, sua intimação para prestar esclarecimentos e apresentar documentos que entendesse necessários, o que motivou a manifestação, em 10/05/2006, em

que se argumentou *que os totais das DAPs desde o ano de 1998 parecem estar incorretos (relação das Entradas/Saídas anexas)* (f. 45).

Portanto, diante da ausência de esclarecimento do apelante no sentido de comprovar que a base de cálculo seria incorreta, deve manter-se hígida a apuração realizada pelo fisco estadual.

Ademais, não assiste razão ao apelante a argumentação no sentido de que, diante da constatação de divergências entre as informações do produtor via DAP e os registros do IAGRO, deve prevalecer os dados contidos nos arquivos da Fazenda Estadual, tais como as fichas sanitárias do IAGRO e das Guias de Trânsito Animal, extratos e movimentações, em que constam as notas fiscais ou mesmo os relatórios de vacinas anuais, controladas pelo IAGRO, para se averiguar a real quantidade de gado.

Isto porque, a quantidade de gado apurada pelo fisco estadual, relativo ao ano de 2001, decorreu de dados informados a este, pelo contribuinte através da Declaração do Produtor, a qual deve refletir seu exato movimento econômico.

Neste sentido, segue precedente deste Tribunal:

> *APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO FISCAL – ICMS – GADO BOVINO – INFRAÇÃO DETECTADA POR MEIO DE LEVANTAMENTO FISCAL BASEADO NO CONFRONTO DAS DECLARAÇÕES ANUAIS DO PRODUTOR E DAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELO CONTRIBUINTE – ALEGAÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DA RETIFICAÇÃO DOS DADOS QUE FORAM DECLARADOS PELO PRODUTOR NA DAP.*
>
> *A declaração anual do produtor rural (DAP) deve refletir o exato movimento econômico do produtor.*
>
> *A diferença apurada entre as notas fiscais emitidas pelo produtor e seus estoques iniciais e finais constitui-se em indício de entrada ou saída de gado sem emissão de nota fiscal e conseqüente recolhimento do tributo.*
>
> *Não podem ser consideradas válidas as retificações das declarações feitas pelo contribuinte que não obedeceram ao procedimento legal previsto no art. 118 do Decreto Estadual n. 9.203/98, concernente à denúncia espontânea.* (TJMS. Quarta Turma Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2003.007796-0/0000-00 - Caarapó. Relator Des. Atapoã da Costa Feliz. J. 19/09/2006)

Direito ao diferimento

Suscitou que, "*em sendo o diferimento a transferência do recolhimento do tributo para momento posterior a ocorrência do fato gerador, logo, não existe norma que retire o direito ao diferimento do contribuinte, ainda que, supostamente, não tenha havido a emissão de notas fiscais"* (f. 335).

Com efeito, ao revés do que defende o apelante, a perda do benefício ao diferimento não decorre de ato discricionário do fisco, mas de imposição legal, conforme determina o art. 3º do Anexo II ao Regulamento do ICMS, *in verbis:*

> *Art. 3º A aplicação do diferimento previsto neste Decreto fica condicionada:*
>
> *(...)*
>
> *II - ao cumprimento das seguintes obrigações acessórias:*

> *a) a emissão, pelo remetente, de Nota Fiscal apropriada, dispensada essa obrigação nos casos de circulação de produtos típicos do artesanato regional, de sucata vendida por não-contribuinte e de outros que a Administração Fazendária indicar;* Destaquei

Neste norte, face o não cumprimento da obrigação acessória (emissão de nota fiscal), defeso aplicar ao apelante o diferimento previsto no Decreto Estadual nº 9.203/98.

Princípio da não-cumulatividade

O apelante requer lhe seja conferido o crédito do tributo na apuração do valor devido, com fundamento no princípio da não-cumulatividade.

Com efeito, referido pleito somente pode existir quando há comprovação do recolhimento do imposto na operação anterior, com o devido destaque do imposto na entrada do gado em seu estabelecimento, à luz do que dispõe o art. 66 da Lei nº 1.810/97.

Logo, incumbiria ao contribuinte, ora apelante, demonstrar o seu direito ao creditamento, o que não ocorreu na hipótese, porque o apelante deixou de comprovar por documentos idôneos a entrada dos animais em sua propriedade rural (f. 262).

Portanto, diante da ausência de comprovação do crédito de ICMS decorrente da entrada de animais, não há falar-se em direito à compensação do imposto para o fim de reduzir o montante da autuação.

Valor da multa

Como cediço, a multa tributária possui a finalidade de desestimular a sonegação fiscal e o descumprimento das obrigações tributárias, sejam elas principais ou acessórias.

Outrossim, à luz da orientação jurisprudencial, inclusive do STF[3], considerando a ausência de expressa disposição em lei, tem-se consolidado o entendimento no sentido de que a vedação do confisco estende-se às multas tributárias.

Por pertinente, segue precedente do STF:

> *Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. APLICABILIDADE ÀS MULTAS TRIBUTÁRIAS. INOVAÇÃO DE MATÉRIA EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I –* ***A vedação à utilização de tributos com efeito de confisco (art. 150, IV, da Constituição) deve ser observada pelo Estado tanto na instituição de tributos quanto na imposição das multas tributárias.*** *II – A questão referente à não demonstração, pelo recorrido, do caráter confiscatório da multa discutida nestes autos, segundo os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência desta Corte, não foi arguida no recurso extraordinário e, desse modo, não pode ser aduzida em agravo regimental. É incabível a inovação de fundamento nesta fase processual. III – Agravo regimental improvido.* (RE 632315 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 14/08/2012, Processo eletrônico DJe-181 Divulg 13-09-2012 Public 14-09-2012) Destaquei.

Neste norte, o patamar encontrado para tanto tem sido o valor da obrigação principal, ou seja, o valor da obrigação tributária funciona como limitador da norma sancionatória, razão por que a abusividade da multa somente poderá ser reconhecida quando ultrapassar o montante de 100% (cem por cento) do tributo.

3 ARE 778.428/MS. DJ 29/11/2013.

Em caso análogo, a despeito de tratar de outra lei fiscal, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, assim se manifestou:

> *EMENTA – ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO – MULTA FISCAL PREVISTA NO ART. 558, II, DA LEI COMPLEMENTAR DO MUNICÍPIO DE CORUMBÁ, FIXADA EM 50% DO VALOR DO IMPOSTO DEVIDO – INEXISTÊNCIA DE TRIBUTO CONFISCATÓRIO – NORMA QUE ATENDE AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – IMPROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO.*
>
> ***Se a multa estabelecida no dispositivo da legislação tributária, cuja inconstitucionalidade foi arguida incidentalmente em apelação cível, não ultrapassa o valor do crédito principal, não há efeito confiscatório, porquanto atende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.*** (TJMS. Órgão Especial. Argüição de Inconstitucionalidade - Nº 0801264-34.2013.8.12.0008/50001 – Corumbá. Relator designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. J. 27 de maio de 2015) Destaquei.

Assim, como no caso dos autos a lei estadual prevê multa no percentual de 150% do valor do tributo, impõe-se a sua redução para o percentual de 100%, como bem concluiu o e. Des. Relator, à luz do entendimento já sufragado pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça[4].

Neste sentido, segue precedente deste órgão colegiado:

> *E M E N T A – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÕES – ESTORNO E MANIFESTAÇÃO QUANTO AO CONVÊNIO N° 128/94 E LC N°24/75 – REJEITADAS – OBSCURIDADE – MULTA TRIBUTÁRIA – MULTA EXCESSIVA – NATUREZA CONFISCATÓRIA – EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.*
>
> *A decisão judicial não precisa analisar de forma expressa cada artigo de lei ou tese ventilada pelas partes, deve, sim, evidenciar o que foi levado em conta pelo julgador, formando sua convicção sobre os temas colocados à sua apreciação.*
>
> ***Ainda que a multa tenha como finalidade impor um gravame ao contribuinte pelo descumprimento de um dever legal, essa prerrogativa administrativa fiscal não pode extrapolar limites que afrontem as garantias dispostas na Magna Carta. A multa de 150% do valor da dívida, revela-se ilegal e confiscatória.***
>
> *(...)* (Embargos de Declaração nº 0075607-94.2009.8.12.0001/50000. Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/09/2015; Data de registro: 29/09/2015) Destaquei.

Logo, merece prosperar a irresignação recursal quanto ao pedido de redução da multa fiscal.

Portanto, julga-se parcialmente procedente o pleito autoral a fim de reduzir o percentual da multa fiscal *sub judice* para 100% do valor do crédito do imposto efetivamente utilizado.

Redimensionamento da sucumbência

Diante do desfecho exarado no julgamento deste recurso, impõe-se o redimensionamento dos ônus sucumbenciais.

4 Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000952-90.2007.8.12.0044/50003. Relator Des. Josué de Oliveira. J. 03/04/2013.

Como o êxito da parte autora refere-se apenas e tão somente à redução do valor da multa, de 150% para 100% e, considerando que sua pretensão visava a anulação total do Auto de Lançamento de Imposição de Multa nº 0008830, conclui-se que há sucumbência parcial desta, diante da relevância econômica evidenciada, mas que, todavia, não lhe proporciona a reciprocidade em relação ao êxito obtido pela parte demandada.

Neste norte, impõe-se redimensionar os ônus sucumbenciais que deverão ser arcados no percentual de 30% pelo Estado de Mato Grosso do Sul e 70% pelo autor, ora apelante, admitida a compensação conforme Súmula 306 do STJ.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Carlos Roberto de Souza Amaro e dou-lhe parcial provimento para reduzir o percentual da multa fiscal *sub judice* para 100% do valor do crédito do imposto efetivamente utilizado e, com isso, redimensionar os ônus sucumbenciais, os quais deverão ser arcados no percentual de 30% pelo Estado de Mato Grosso do Sul e 70% pelo autor, mantido o montante da verba honorária fixado na sentença, admitida a compensação conforme Súmula 306 do STJ, considerando o desfecho exarado neste julgamento, pelos fundamentos supra declinados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a decadência e a preliminar e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 02 de fevereiro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0802185-17.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE AFASTADA – RECEBIMENTO DE DIÁRIAS POR SECRETÁRIO JURÍDICO DO MUNICÍPIO DE SELVÍRIA – DECRETO MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE REQUISITOS – APRESENTAÇÃO DE RELATÓRIOS E DOCUMENTOS PROBATÓRIOS CINCO DIAS APÓS O RETORNO – SUPERAÇÃO DO LIMITE DE DIÁRIAS POR MÊS – PAGAMENTO INDEVIDO – EFETIVA LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – DESNECESSIDADE DA PROVA DA MÁ-FÉ – DANO AO ERÁRIO COMPROVADO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I – É o juiz, destinatário da prova, que tem a incumbência de decidir sobre a necessidade ou não de dilação probatória mais ampla ou, ao invés, julgar antecipadamente a lide, como no caso presente.

II – Devido o ressarcimento ao erário, independentemente de má-fé, diante do descumprimento de ato normativo expresso, que permitia o pagamento de diária a título de compensação de despesas com alimentação, hospedagem e transporte, desde que respaldado em relatório e documentos probatórios do deslocamento, que importou em pagamentos indevidos a favor do apelante, com efetiva lesão ao patrimônio público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar, com o parecer. Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal, com o parecer.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

José Maria Rocha, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação civil pública de ressarcimento ao erário ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, que o condenou "*no ressarcimento, ao Município de Selvíria, do valor relativo às diárias arroladas nesta sentença, no importe total de R$ 33.572,20, que deverá ser atualizado pelo IGPM/FGV desde a data do ajuizamento da ação e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação*" (f. 300-311), interpôs recurso de apelação (f. 317-325).

Arguiu, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, diante do julgamento antecipado da lide, a despeito de expresso requerimento para produção de prova testemunhal.

No mérito, afirmou que o ressarcimento determinado pela sentença só poderia ser deferido se ficasse demonstrada a má-fé no recebimento das diárias que lhe foram pagas.

Defendeu que auferiu os valores descritos com base em lei, porque realizou as viagens a serviço público, conforme comprovado nos autos, argumentando inexistir prova de desonestidade praticada pelo apelante.

Alegou que a instituição de diárias justifica-se diante da realização de viagens a bem do serviço público, devidamente comprovadas nos autos, com o atendimento dos requisitos previstos no Decreto Municipal, mediante a apresentação de relatórios, independentemente da apresentação de notas fiscais, à luz do princípio da legalidade.

Aduziu que os valores recebidos de boa-fé não devem ser devolvidos ao erário, conforme precedentes do STJ e que na hipótese, diante da ausência de dolo ou má-fé do apelante de lesar o erário, mostra-se devida a reforma do *decisum* recorrido.

A parte apelada apresentou resposta ao recurso (f. 330-334), oportunidade em que pleiteou o seu não provimento.

A PGJ manifestou no feito (f. 343-354), opinando pela rejeição da preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, pelo seu não provimento.

VOTO

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto por José Maria Rocha, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação civil pública de ressarcimento ao erário ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, que o condenou "no ressarcimento, ao Município de Selvíria, do valor relativo às diárias arroladas nesta sentença, no importe total de R$ 33.572,20, que deverá ser atualizado pelo IGPM/FGV desde a data do ajuizamento da ação e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação" (f. 300-311).

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo (f. 317-325) e passo à análise de seus fundamentos, por ordem de prejudicialidade.

Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa

Melhor sorte não socorre o apelante quanto ao alegado cerceamento de defesa, uma vez que, ao contrário do que defende, o julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando o juízo entende-se satisfeito com as provas constantes dos autos para formação de seu convencimento, sendo desnecessária a produção de outras provas.

Como cediço, é o juiz, destinatário da prova, que tem a incumbência de 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 a magistrada 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 pelo julgamento antecipado da lide e, por via de consequência, em nulidade da sentença.

Em tais circunstâncias, rejeito a preliminar.

Mérito recursal

Compulsando os autos, denota-se que a presente demanda, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, visa o ressarcimento de valores pagos a favor do demandado, ora apelante, que, na qualidade de Secretário Jurídico do Município de Selvíria, MS, auferiu a importância de R$35.364,10 (trinta e cinco mil, trezentos e sessenta e quatro reais e dez centavos), a título de diárias de deslocamentos que teria realizado no ano de 2013, lastreado no Decreto Municipal nº 471/2002.

Segundo a fundamentação exposta na exordial, o referido Decreto Municipal seria inválido e, por isso, não poderia respaldar os pagamentos realizados a favor do demandado ou, subsidiariamente, pleiteou o ressarcimento ao erário diante da não comprovação das viagens realizadas, que, supostamente, deram lastro aos pagamentos auferidos.

O juízo sentenciante afastou a alegação de invalidade do citado Decreto e julgou parcialmente procedente o pleito autoral, declinando, para tanto, os seguintes fundamentos:

1 MARCATO, Antonio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 983.

2 FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169-170. v. 2.

Os dados externados na tabela supra dispensam maiores dilações acerca da conduta do requerido, que auferiu valores elevados, inclusive, a título de diárias, sem que para tanto comprovasse a legitimidade em recebê-las.

Nesse ponto é de se ressaltar que, apesar de o Ministério Público ter afirmado na inicial que os valores das diárias indevidamente recebidas pelo requerido foi no importe de R$ 35.364,10, foi constatado por esta magistrada que o valor correto foi de R$ 33.572,20, cujo montante deverá ser ressarcido integralmente aos cofres públicos pelo requerido.

É de se destacar que o procedimento permitiu ao demandado que trouxesse aos autos documentos aptos a ilidirem a pretensão autoral, todavia, limitou-se a juntar apenas matérias jornalísticas e alegar na contestação, sem qualquer comprovação efetiva, o que lhe era facilmente possível por meio de notas, faturas, relatórios ou outro documento capaz de provar o alegado.

Nesse cenário, tenho que abrir instrução processual não terá o condão de alterar o livre convencimento desta magistrada que, à toda evidência, entende, sem sombras de dúvidas, que o demandado lesou o erário recebendo diárias indevidas, mesmo porque é obvio que poderia ter buscado, frente a Administração Municipal, os comprovantes necessários para juntar nos autos.

Exigia-se prova documental que não foi produzida, não havendo que socorra o Demandado.

(...)

Importante assentar, ainda, que as diárias foram concedidas em manifesta violação ao Decreto Municipal que trata da matéria, uma vez que referido diploma legal prevê que "o servidor receberá as diárias antecipadamente e pelo valor vigente no período de deslocamento" e que "não poderão ser concedidas mais de 10 (dez) diárias no mesmo mês" (artigo 7º).

Entretanto, o que se percebe nos autos é que os pagamentos das diárias não eram efetuados de forma antecipada, bem como que diversos meses atingiu-se o limite do número de 10 diárias previstos na legislação municipal, conforme se vê:

- Janeiro: 12 diárias

- Fevereiro: 12 diárias

- Março: 11 diárias

- Abril: 10 diárias

- Maio: 04 diárias

- Junho: 14 diárias

- Julho: 10 diárias

- Agosto: 10 diárias

- Setembro: 12 diárias

O Decreto Municipal também é bastante claro ao determinar que o "servidor é obrigado a apresentar a comprovação da viagem realizada, até 05 (cinco) dias úteis do

retorno, através do Relatório de Viagem e do bilhete de passagem ou notas fiscais do local do destino, quando for o caso", nos termos do art. 8º, enquanto o parágrafo único do mesmo artigo prevê que "a não apresentação do Relatório de Viagem, de acordo com o estabelecido neste artigo, presumirá o pagamento indevido de diárias, inabilitando o beneficiário a receber novas diárias até que as exigências sejam cumpridas, além de aplicar-se às disposições do art. 12 deste Decreto".

Sendo assim, é evidente que o requerido não obedeceu as disposições do Decreto Municipal, razão pela qual não lhe assiste nenhuma razão.

Verificando-se que o recebimento das diárias não ocorreu mediante a regular comprovação da viagem com finalidade pública, pode-se falar em conduta imoral do solicitante.

(...)

Assim, considerando o prejuízo verificado ao erário e revelada a atitude ilícita do requerido, há que se condená-lo ao ressarcimento integral do dano.

Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido contido na inicial para os fins de condenar o requerido Jose Maria Rocha no ressarcimento, ao Município de Selvíria, do valor relativo às diárias arroladas nesta sentença, no importe total de R$ 33.572,20, que deverá ser atualizado pelo IGPM/FGV desde a data do ajuizamento da ação e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação.

Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil.

Sem custas e honorário advocatícios.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquive-se com as baixas e anotações necessárias.

Inconformado, o demandado interpôs recurso a este Tribunal e afirmou que o ressarcimento determinado pela sentença só poderia ser deferido se ficasse demonstrada a má-fé no recebimento das diárias que lhe foram pagas.

Defendeu que auferiu os valores descritos com base em lei, porque realizou as viagens a serviço público, conforme comprovado nos autos, argumentando inexistir prova de desonestidade praticada pelo apelante.

Alegou que a instituição de diárias justifica-se diante da realização de viagens a bem do serviço público, devidamente comprovadas nos autos, com o atendimento dos requisitos previstos no Decreto Municipal, mediante a apresentação de relatórios, independentemente da apresentação de notas fiscais, à luz do princípio da legalidade.

Aduziu que os valores recebidos de boa-fé não devem ser devolvidos ao erário, conforme precedentes do STJ e que na hipótese, diante da ausência de dolo ou má-fé do apelante de lesar o erário, mostra-se devida a reforma do *decisum* recorrido.

Conforme dito alhures, a importância auferida pelo demandado, ora apelante, decorreu de previsão legal disposta no Decreto Municipal nº 471/2002, que dispõe:

Art. 1º - Ao Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e Serviços do Poder Executivo Municipal de Selvíria, Estado de Mato Grosso do Sul, que se deslocarem a serviço,

> *em representação ou para participar de treinamentos ou eventos técnicos, para outras localidades do Estado ou País, serão concedidas diárias a título de compensação de despesas com alimentação, hospedagem e transporte urbano.*

Outrossim, este mesmo ato normativo, em seu art. 8º, impõe a obrigação de que as viagens sejam comprovadas documentalmente, exigindo que o beneficiário das diárias, além de redigir um relatório, apresente notas fiscais ou bilhetes de passagens, até cinco dias úteis de seu retorno, sob pena de os pagamentos serem considerados indevidos, *in verbis*:

> *Art. 8º - O agente político ou servidor é obrigado a apresentar a comprovação da viagem realizada, até 05 (cinco) dias uteis do retorno, através do Relatório de Viagem e do bilhete de passagem ou notas fiscais do local de destino, quando for o caso.*
>
> *Parágrafo Único. A não apresentação do Relatório de Viagem, de acordo com o estabelecido neste artigo, presumirá o pagamento indevido de diárias, inabilitando o beneficiário a receber novas diárias até que as exigências sejam cumpridas, além de aplicar-se às disposições do art. 12 deste Decreto.*

No presente caso, o *decisum* recorrido concluiu que as diárias pagas ao demandado, ora apelante, foram concedidas em manifesta violação ao transcrito ato normativo (Decreto Municipal), porque os pagamentos não eram efetuados de forma antecipada, além de ter superado o número limite de 10 (dez) diárias no mesmo mês, previsto na legislação municipal (art. 7º).

Infere-se, pois, que ao contrário do que argumentou o apelante, independentemente da comprovação dos deslocamentos, a condenação em análise baseou-se em circunstância não impugnada pelo recorrente, já que evidenciado pagamentos irregulares pelo descumprimento de requisitos previstos no próprio ato normativo municipal que respalda o pagamento de diárias.

Isto porque restou incontroverso nos autos que o apelante não obedeceu as disposições do Decreto Municipal nº 471/2002, seja porque deixou de apresentar os relatórios e eventuais documentos comprobatórios do deslocamento (notas fiscais e bilhetes de passagens), no prazo expressamente declinado (*até 05 (cinco) dias uteis do retorno* – art. 8º), ou mesmo porque, na maioria dos meses ultrapassou o limite do número de 10 (dez) diárias permitidas na legislação municipal.

Cumpre registrar, ainda, que não socorre o apelante a argumentação no sentido de que não foi evidenciada a má-fé que justificasse sua condenação, porquanto, ao contrário do que se alega, na hipótese, o ressarcimento ao erário prescinde da comprovação desta, diante do descumprimento de ato normativo expresso, que importou em pagamentos indevidos a favor do apelante, com efetiva lesão ao patrimônio público.

Até mesmo porque, defeso o apelante tentar esquivar-se da condenação alegando desconhecimento da lei (art. 3º da LICC[3]).

Não fosse isso, como reforço de argumento, pertinente assentar que, após detida análise dos autos, infere-se que nesta via judicial inexistiu comprovação, mesmo indiciária, de que o apelante realmente efetuou os deslocamentos a bem do serviço público local que justificaram o recebimento da importância de R$ 35.364,10 (trinta e cinco mil, trezentos e sessenta e quatro reais e dez centavos), no ano de 2013, sendo que os relatos mencionados na contestação (f. 261-270) e os recortes de jornais (f. 274-284), não cumpriram este intento.

3 Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Logo, não prospera a irresignação recursal, já que evidenciada a vantagem patrimonial indevida do apelante, em detrimento dos cofres públicos do Município de Selvíria, MS, razão por que a sentença recorrida merece ser mantida como proferida.

Dispositivo

Ante todo o exposto, de acordo com o parecer da PGJ, conheço do recurso de apelação interposto por José Maria Rocha, mas, afastando a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, nego-lhe provimento, para manter inalterada a sentença recorrida.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Nélio Stábile.(Vogal)

Peço vênia ao Eminente Relator para divergir de seu Voto e dar provimento ao recurso.

Por primeiro, quanto à preliminar de nulidade de sentença, acompanho o Relator.

Quanto ao mérito, voto pelo provimento do recurso, porque a determinação é de que o Apelante não realize viagens, a bem do serviço público, nem receba diárias; entretanto, se as viagens foram realizadas por necessidade de serviço e o apelante recebeu e ou receber os valores, que são devidos, não há se falar em ilegalidade.

Assim, divergindo do Relator, Voto pelo provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, com o parecer. Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal, com o parecer.

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. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0831154-39.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DO MPE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – MÉRITO – CAPTAÇÃO DE ÁGUA SUBTERRÂNEA E DISPENSAÇÃO DE ESGOTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TAMPONAMENTO DO POÇO E ADEQUAÇÃO DO ESTABELECIMENTO HOTELEIRO AO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO PELA CONCESSIONÁRIA – FISCALIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – INDEVIDA – NÃO COMPROVAÇÃO – PEDIDO DO AUTOR DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRECLUSÃO – MATÉRIA DECIDIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não ofende o princípio da dialeticidade o recurso que reitera os mesmos fundamentos já utilizados na inicial, porque, dada a insurgência sobre a parte na qual houve sucumbência, é coerente que haja repetição de argumentos.

Os danos materiais e morais decorrentes de violação de direitos difusos – decorrentes do uso de água e da eventual degradação do solo ou das águas ou da saúde dos cidadãos – somente são cabíveis caso sejam efetivamente demonstrados, o que não é o caso dos autos, porquanto o autor, além de não cumprir o ônus que lhe competia (art. 333, I, do CPC), não logrou êxito no pedido de inversão do ônus da prova, mormente o fato desta questão ter sido decidida em agravo de instrumento anteriormente apreciada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e em parte com o parecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 15 de março de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Ministério Público do Estadual, nos autos de ação civil pública de n. 0831180-37.2013.8.12.0001 em que contende com IMASUL - Instituto do Meio Ambiente deste Estado, Estado de Mato Grosso do Sul, Município de Campo Grande, Benito Mussulini Galli - ME (Hotel Falli) e Benito Mussulini Galli, oferece recurso de apelação cível.

O recorrente, em suas razões, pondera que:

1 – a sentença indeferiu o pedido do Ministério Público de condenar os apelados que exercem atividade econômica de hotelaria na obrigação de pagar quantia certa, a título de ressarcimento e/ou indenização pelo recurso ambiental utilizado (recurso hídrico: água), consoante o método de cálculo aritmético detalhado no tópico nº 5.2.4 desta inicial, sendo que o fundamento adotado pelo juízo sentenciante é de que antes de 09.1.2014 havia ausência de disposição clara a respeito da proibição de utilizar águas subterrâneas e o Estado de Mato Grosso do Sul talvez precise de mais tempo para regulamentar o uso dos recursos hídricos do Estado;

2 – a Constituição Federal, em seu artigo 225, declara que a água é recurso ambiental, autêntico bem de uso comum do povo em razão de ser essencial à sadia qualidade de vida, fundamental à vida digna;

3 – a outorga de uso de recursos hídricos é pressuposto para a captação de água, ou seja, não a possuindo previamente não há que se iniciar a escavação ou manter a captação de água subterrânea, para consumo humano ou não;

4 – os apelados, além de realizarem suas atividades operacionais sem licenças ambientais válidas e vigentes por todo o tempo de funcionamento, instalaram e operaram sistema alternativo de captação de água subterrânea para distribuição coletiva de águas aos consumidores e frequentadores do empreendimento, sem a outorga de uso de recuso hídrico e licença ambiental, inclusive auferindo lucros sem qualquer contribuição, contraprestação ou pagamento pelo uso do mencionado recurso, contrariando toda a legislação vigente;

5 – é obrigatória a conexão às redes públicas de águas tratadas e esgotamento sanitário para tratamento, conforme Lei de Saneamento Básico e outras legislações federais, estaduais e municipais;

6 – resta evidente e comprovado também pelo Histórico de Consumo constante da inicial que os apelados utilizam e consomem recursos ambientais, notadamente as águas interiores subterrâneas, com fins econômicos, uma vez que as utilizam na atividade econômica sem qualquer contraprestação ou contribuição, conforme narrado, contrariando os art. 3º, inc. V, e 4º, inc. VII, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), razão pela qual devem ressarcir os prejuízos ocasionados, indenizando o uso de recursos ambientais, inclusive em dinheiro, o que concretiza o princípio da reparação integral;

7 – o Superior Tribunal de Justiça admite o ressarcimento pela fruição dos recursos ambientais;

8 – diante dos fatos, caracterizado pelo uso indiscriminado, descontrolado e ilegal do recurso ambiental, no caso, a água subterrânea, invoca-se o princípio do poluidor-pagador expressamente previsto no art. 4º, inc. VII, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), que se ombreia ao art. 225, § 3º da Constituição Federal, pelo qual se impõe, ao poluidor e ao predador, a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos;

9 – os valores arrecadados serão destinados ao Fundo Municipal do Meio Ambiente de Campo Grande-MS (FMMA), conforme regra contida no artigo 13, da Lei n. 7.347/1985;

10 – em face da elevação do meio ambiente à categoria de direito fundamental expressamente consagrado no artigo 225, da CF, três são os seus atributos: irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, de modo que se afigura intolerável qualquer violação perpetrada contra tal direito, e, uma vez evidenciada, exige-se a reparação e indenização em dinheiro;

11 – o valor da reparação deve observar o consumo médio diário per capita (hospede), a quantidade de apartamentos disponíveis no hotel para ocupação, hospedagem etc, a quantidade de dias entre o termo

inicial da contagem da utilização do recurso ambiental com fins econômicos e a data da efetiva comprovação de tamponamento técnico dos poços de captação de água subterrânea, mediante laudo técnico acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), bem como o valor em reais do m³ correspondente, na data do efetivo pagamento da condenação, àquele aplicado pelo Poder concedente local como critério para cobrança pela utilização da água distribuída na rede pública;

12 – a sentença não concedeu a tutela específica, porquanto entendeu que determinados pedidos já haviam sido atendidos; todavia, o fato de os empreendedores haverem adequado suas condutas às disposições legais (obtenção da licença para operar etc.) no curso da demanda ou até mesmo antes de sua citação não implica em perda do objeto da ação civil pública ambiental, mas, ao contrário, implica na confissão de que permaneceu anos sem respeitar as disposições legais e na demonstração da probabilidade de o empreendedor vir a reiterar no descumprimento dessas normas;

13 – o pedido de tutela inibitória deve ser acolhido para determinar que os requeridos se abstenham de possuir ou utilizar sistema alternativo de captação de água subterrânea e sistema alternativo de destinação de esgoto;

14 – também não é possível que os pedidos formulados pelo autor sejam acolhidos de forma diversa do pleiteado, pois há ofensa ao direito à tutela específica prevista nos artigos 84, do CDC, e do 461, do CPC;

15 – embora a sentença tenha reconhecido a omissão do Poder Público no tocante à fiscalização, julgou improcedente o pedido de condenação das pessoas jurídicas de direito público na obrigação subsidiária de pagar as verbas e danos devidos pelos particulares, situação esta que não prevalecer, pois é dever do Poder Público evitar a ocorrência de riscos ou danos ambientais ou à vida das pessoas, por meio de suas políticas de fiscalização e atividade relacionadas ao poder de polícia;

16 – há solidariedade na reparação do dano ambiental quando há concurso entre agentes privados e Poder Público no descumprimento de normas ambientais, geradoras de risco, ameaça e dano ambiental;

17 – os requeridos também devem ser condenados a pagar o dano moral coletivo provocado por suas condutas lesivas ao meio ambiente, à ordem urbanística ou a qualquer outro interesse difuso e coletivo, independentemente de culpa, conforme disposto no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente); e,

18 – a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inc. VIII, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), aplica-se à ação civil pública por força do art. 21 da Lei nº 7.347/1985 (Ação Civil Pública), justificando sua incidência em razão da natureza e dos interesses tutelados na ação coletiva, bem como na incontestável vulnerabilidade e hipossuficiência dos titulares dos direitos difusos e coletivos.

Prequestiona a matéria posta em discussão e, ao final, pugnam pelo conhecimento e provimento do apelo conforme arrazoado (item 5).

O Município de Campo Grande, em sua resposta, arguiu preliminar de violação ao princípio da dialeticidade e, no mérito, aduziu não haver motivos para modificar o provimento judicial impugnado pelo Ministério Público (p. 857/862).

O Estado de Mato Grosso do Sul e o Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul também oferecem contrarrazões e pretendem o desprovimento do recurso, mantendo-se na íntegra a sentença invectivada, inclusive no que se refere ao ônus da sucumbência (p. 878/907).

Benito Mussulini Galli - ME (Hotel Falli) e Benito Mussulini Galli ofertaram resposta à p. 867/874.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não acolhimento da preliminar de não conhecido do recurso do MPE levantada em contrarrazões e pelo provimento do recurso do autor a fim de acolher todos os pedidos iniciais (p. 919/943).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Ministério Público do Estadual, nos autos de ação civil pública de n. 0831180-37.2013.8.12.0001 em que contende com IMASUL - Instituto do Meio Ambiente deste Estado, Estado de Mato Grosso do Sul, Município de Campo Grande, Benito Mussulini Galli - ME (Hotel Falli) e Benito Mussulini Galli, oferece recurso de apelação cível.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Benito Mussulini Galli - ME (Hotel Falli), Benito Mussulini Galli, Município de Campo Grande-MS, IMASUL e Estado de Mato Grosso do Sul, aduzindo, em resumo, que, conquanto exista a rede pública de água e de esgoto e a respectiva obrigatoriedade de conexão, o Hotel requerido utiliza do sistema de captação de água – poço, bem como promove a liberação de esgoto por meio de fossa, irregularidades estas permitidas pelos entes públicos e que deveriam ser corrigidas, além de serem os requeridos condenados no ressarcimento ao meio ambiente ocasionado com suas condutas lesivas.

Em sentença, o magistrado condutor do feito encerrou a lide nos seguintes termos:

> *"Por estes motivos, julgo parcialmente procedente os pedidos para:*
>
> *- confirmar que o tamponamento do poço de água subterrânea que existam no estabelecimento hoteleiro requerido foi necessário;*
>
> *- que os demais pedidos formulados pelo Ministério Público são improcedentes.*
>
> *Julgo extinto o processo nos termos do art. 269, I, do CPC. Sem custas e honorários.*
>
> *Publique-se, registre-se e intimem-se. Oportunamente, arquive-se."*

Pois bem. Passo ao exame da súplica.

Preliminar de não conhecimento do recurso.

Insiste o recorrido Município de Campo Grande que o recurso apresentado pelo autor – MPE não deve ser conhecido, por ofensa ao princípio da dialeticidade, porquanto o recorrente não teria apresentado novas razões para seu inconformismo, mas limitado a copiar as teses já ventiladas quando da propositura da ação.

Sem razão.

Como é sabido, pelo princípio da dialeticidade há a necessidade do recorrente deixar claro e explícito os motivos e causas que ensejam a modificação da decisão. Assim, o recorrente deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais pretende a anulação ou reforma da decisão recorrida, combatendo os fundamentos da decisão invectivada. Sem isso, o recurso não pode ser conhecido.

Neste contexto, a lição oportuna do professor Nelson Nery Júnior, em Princípios Fundamentais – Teoria geral dos recursos. 5. ed., Revista dos Tribunais, 2000, p. 149:

> *"O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido da nova decisão".*

No caso, verifica-se que o Ministério Público apelante, em sua peça recursal, deduz argumentos pelos quais entende que a decisão deve ser reformada, confrontando-a diretamente, tanto que procura modificar o resultado da demanda, especialmente no que se refere à reparação do dano ambiental, demonstrando as razões que justificam acolher a súplica.

E, ao final, formula pedido certo e determinado de revisão da sentença, guardando plena consonância com o decreto proferido pelo Juízo singular.

Por conseguinte, não se vislumbra qualquer infringência à dialeticidade no apelo manejado, o qual deve ser conhecido, mormente quando a mera reprodução da inicial não é suficiente, por si só, para afrontar referido princípio.

Portanto, rejeita-se a preliminar.

Mérito

Quanto ao mérito recursal, o apelante pretende o provimento do recurso, para determinar a inversão do ônus da prova, bem como obrigar os requeridos Benito Mussulini Galli - ME (Hotel Falli) e Benito Mussulini Galli a 1) absterem-se de possuir ou utilizar sistema alternativo de captação de água e de dispensação de esgoto; 2) paralisarem as suas atividades hoteleiras até que obtenham as licenças referidas no recurso; 4) pagarem quantia certa a título de reparação pelo uso da água e de reparação aos consumidores lesados, tanto do ponto de vista individual homogêneo quanto extrapatrimonial coletivo.

Requer, ainda, que os requeridos Município de Campo Grande, IMASUL e Estado de Mato Grosso do Sul, sejam condenados solidariamente a fiscalizarem e vistoriarem as atividades dos apelados, no mínimo uma vez por ano, a adotarem as providências cabíveis, bem como a não concederem ou renovarem licenças, autorizações e outorgas relativas ao poço existente no local, e ao ressarcimento pelo uso da água e pelos danos extrapatrimoniais causados ao meio ambiente e aos consumidores.

Pois bem. Conforme se dessume dos autos, o Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul, muito embora exista rede pública de água e de esgoto e a respectiva obrigatoriedade de conexão, constatou que o Hotel Falli descumpre a legislação vigente, eis que realiza a captação de água subterrânea, através de poço, bem como promove a liberação de resíduos por meio de fossa e não pela rede de esgoto disponibilizada pela concessionária competente para tanto.

Em razão dessas irregularidades, o Ministério Público instaurou Inquérito Civil para que as providências legais fossem adotadas pelos requeridos, referentes à captação ilegal de água subterrânea e da dispensação irregular de esgoto, e para que os entes públicos fiscalizassem e exigissem do empreendimento a postura correta prevista na legislação ambiental.

Diante da inércia dos requeridos, o Ministério Público ajuizou a presente Ação Civil Pública, requerendo, em síntese, que o Hotel fosse impedido de utilizar os meios irregulares de captação de água e de dispensação de esgoto, e compelido a aderir ao sistema público respectivo. Os pedidos iniciais foram parcialmente acolhidos.

Neste momento, insurge-se o MPE quanto a não condenação dos requeridos no pagamento da indenização decorrente da indevida utilização de água subterrânea, bem como pelo dano moral coletivo.

Ainda, o recorrente pretende o acolhimento de seus pedidos iniciais consistentes nas obrigações de fazer e não fazer impostas aos requeridos.

Conforme é possível evidenciar dos autos, os fatos que ensejaram o ajuizamento desta ação são bem definidos na inicial, quais sejam, a captação de água subterrânea e a dispensação de esgoto, sem a ligação do hotel com a rede pública de prestação de serviços de água e de esgoto.

Assim, os pedidos relacionados ao Hotel Falli são direcionados a resolver os problemas acima expostos e de evitar a sua repetição. Por outro lado, as obrigações de fazer ou de não fazer imputáveis aos entes públicos são pertinentes à fiscalização do empreendimento e à vedação de fornecimento de licenças enquanto não houver o atendimento às normas ambientais pelos requeridos.

Ao resolver a demanda, o Juiz singular definiu claramente as obrigações de cada um, conforme o trecho da sentença transcrito a seguir (...):

> *"Do poço.*
>
> *O Hotel requerido construiu um poço para a captação de água subterrânea.*
>
> *Em 29/08/2013, o promotor de justiça ajuizou esta ação civil pública. Em 12/12/2013 (fls. 705) o requerido procedeu ao tamponamento do poço.*
>
> *Esta ação, representa a concordância superveniente o pedido nesta parte.*
>
> *Embora fosse até dispensável outros argumentos, sobre a questão de fundo registro o seguinte.*
>
> *No aspecto legal percebemos que as águas subterrâneas são patrimônio público1 e o seu aproveitamento depende de outorga ou de autorização de uso pelo Estado, através do preenchimento de determinados critérios que serão definidos pelo Conselho Estadual de Recursos Hídricos2.*
>
> *É importante registrar que o procedimento para a outorga deste direito ainda não foi concluído, muito embora um decreto do governador3 já tenha definido o modo de composição do Conselho de Recursos Hídricos e este mesmo Conselho já tenha aprovado o Plano Estadual de Recursos Hídricos de Mato Grosso do Sul4.*
>
> *É certo, por outro lado, que existe uma resolução da Secretaria Estadual do Meio Ambiente que define, ainda que precariamente, uma solução para este vazio legislativo. É a Resolução Semac n. 08, de 06 de julho de 2009. Abro um parênteses para esclarecer que o termo "precariamente", acima utilizado, decorre da inexistência da tal regulamentação construída pelo órgão competente (Conselho de Recursos Hídricos5) e a partir dos dados e dos estudos vindos do Plano Estadual de Recursos Hídricos de Mato Grosso do Sul.*
>
> *Seja como for, trata-se de ação positiva de natureza administrativa tendente a suprir a lacuna até que venha a regulamentação pelo órgão competente (Conselho de Recursos Hídricos), demonstrando que o Poder Público não está de todo omisso, ao contrário do que foi alegado.*
>
> *Esta resolução Semac n. 08/09 dispõe o seguinte:*
>
> *"Considerando que o Conselho Estadual de Recursos Hídricos ainda não estabeleceu os critérios gerais para a outorga de direito de uso...*
>
> *Resolve (...)*

Art. 1º - A instalação de poços tubulares profundos, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, será ambientalmente autorizada de acordo com as disposições desta Resolução.

§1º Para efeito dessa resolução entende-se por poços tubulares profundos aqueles oriundos de obras de hidrogeologia de acesso a um ou mais aquíferos, para captação de água subterrânea executadas com sonda perfuratriz.

§ 2º Ficam dispensadas da obtenção da autorização de que trata o caput deste artigo as seguintes fôrmas de captação de água subterrânea:

I. Perfuração e operação de poços de grandes diâmetros, escavados manualmente, dotados ou não de revestimento com tijolos ou anéis de concreto; e

II. Perfuração e operação de poço tubular com profundidade inferior a 50 mestros e diâmetro inferior a quatro polegadas e meia.

§ 3º A dispensa de autorização de que trata o parágrafo anterior não exime o proprietário do poço e o técnico responsável pela implantação do sistema de captação, da responsabilidade por danos ambientais decorrentes das intervenções realizadas com vistas à captação de água e nem de outras obrigações legais decorrentes da atividade de captação, a exemplo da vedação de interligação de poços à instalação hidráulica predial que esteja ligada à rede pública de abastecimento de água que trata o art. 45 da Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007.

§ 4º Em áreas urbanas servidas com rede pública de abastecimento de água, a expedição de autorização ambiental para perfuração de novo poço tubular profundo ou a certificação de poços tubulares profundos já existentes poderá ser indeferida, a critério do IMASUL, em função do tipo de uso pretendido para a água e das possibilidades de recepção das águas residuárias por rede de esgoto ou sistema de tratamento.

Art. 2º - Em conformidade com o disposto no art. 1º, o Imasul emitirá os seguintes documentos:

I. Autorização ambiental para perfuração de poço tubular profundo: concedida na fase preliminar aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos para a perfuração e testes do poço, não conferindo ao seu titular, o direito ao uso dos recursos hídricos;

II. Certificado de Registro de Poço: documento que certifica o registro do poço tubular profundo e confere direito ao uso dos recursos hídricos" destaque nosso.

Percebe-se da parte destacada na resolução acima que em locais servidos com a rede pública de água era vedado a "interligação" de poços à instalação hidráulica predial, mas ficava a dúvida quanto a perfuração dos poços para uso autônomo, até porque o parágrafo quarto admitia a possibilidade de certificação de poços existentes em áreas urbanas servidas com a rede pública de água.

Já a Resolução Semac n. 001 de 09/01/2014 foi mais clara e incisiva, não deixando margem para dúvidas, ao consignar que:

- "art. 1º (...)

§ 4º. Em áreas urbanas servidas com rede pública de abastecimento de água não será expedida Autorização Ambiental para perfuração de novo poço ou certificação de poços já existentes, exceto para atender de processos industriais ou casos excepcionais devidamente justificados e acatados pelo Imasul."

Do exposto, ficam claros os seguintes aspectos:

- o Estado de Mato Grosso do Sul está regulamentando o uso dos recursos hídricos do Estado, mas ainda não definiu critérios para se conceder o direito de uso das águas subterrâneas. Talvez precise de mais tempo;

- ao menos desde 09/01/2014, o uso deste recurso natural nas áreas urbanas servidas com rede pública é proibido, salvo as exceções transcritas na norma acima;

- até a data acima, pela ausência de disposição clara e completa em contrário e pela inteligência do art. 11, II e § 1º e do art. 20, § 1º da Lei Estadual 2.406/02 adiante transcritos, a perfuração de poços e o uso da água subterrânea para usos ditos "insignificantes" era tolerada e isenta de remuneração, desde que existisse a comunicação ao órgão ambiental em formulário próprio e acompanhada técnico especializado. Estes formulários acompanham a contestação do Estado revelando que eram tolerados e utilizados.

Assim, o hotel requerido não estava, até então, claramente impedido de perfurar poços rasos, para usos insignificantes e sem interligação a rede hidráulica predial.

Sendo assim, improcede o pedido de indenização pelo uso da água, por danos ambientais e por danos morais coletivos, que, diga-se de passagem, sequer foram demonstrados.

Por outro lado, é procedente o pedido de tamponamento dos poços existentes e também o pedido para que a fiscalização do Poder Público aconteça, pois esta obrigação é inerente à sua atividade. Como o tamponamento será definitivo, a fiscalização não precisará ser anual, bastando uma vez para se confirmar o cumprimento da orem judicial.

Transcrevo adiante os artigos da Lei Estadual 2.406/02 acima mencionados:

"Art. 11. Estão sujeitos a outorga pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Cultura e Turismo, dentre outros estabelecidos pelo Conselho Estadual dos Recursos Hídricos, os seguintes usos do recurso:

II - extração de água de aqüífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo...

§ 1º A outorga, nos casos de usos insignificantes, deverá ser substituída por Comunicação de Obra ao Órgão Concedente, sempre que tiver formulário próprio assinado por responsável técnico, excetuados os casos de usos dos recursos hídricos com potencial de grande interferência no meio ambiente.

§ 2º O órgão fiscalizador disporá, no caso da Comunicação de Obra prevista no parágrafo anterior, do prazo de 30 (trinta) dias para fiscalizar o empreendimento ou exigir maiores providências, findos os quais, não havendo contradição oficial, considerar-se-á o empreendedor autorizado a realizar a obra proposta.

Art. 12. O regulamento estabelecerá os critérios e diretrizes do cadastramento e outorga de que se refere o artigo anterior.

Art. 20 (...)

§ 1º São considerados insignificantes e serão isentos da cobrança pelo direito de uso da água as capacitações e derivações empregadas em processo produtivo agropecuário, assim como os usos destinados à subsistência familiar rural ou urbana, mantida, em todos os casos, entretanto, a obrigatoriedade de cadastramento no órgão outorgante (...)

Art. 21. Estão sujeitos à cobrança todos aqueles que utilizam os recursos hídricos.

§ 1º A utilização dos recursos hídricos destinados às necessidades domésticas de propriedades e de pequenos núcleos habitacionais, distribuídos no meio rural, estará isenta de cobrança quando independer de outorga de direito de uso, conforme legislação a respeito da documentação do hotel e da necessidade de ligação com a rede pública de água e esgoto, vale o registro de que a contestação do hotel apresenta documentos suficientes para se concluir que estes fatos específicos já foram superados ou não correspondem exatamente à realidade.

Por estes motivos, julgo parcialmente procedente os pedidos para:

- confirmar que o tamponamento do poço de água subterrânea que existam no estabelecimento hoteleiro requerido foi necessário;

- que os demais pedidos formulados pelo Ministério Público são improcedentes.

Julgo extinto o processo nos termos do art. 269, I, do CPC. Sem custas e honorários.

Publique-se, registre-se e intimem-se. Oportunamente, arquive-se."

As providências requeridas pelo Ministério Público Estadual foram atendidas, no que concerne ao tamponamento do poço e à ligação do Hotel à rede pública de prestação de serviços de água e de esgoto. Assim, não é possível sustentar que a tutela requerida não foi atendida nesta ação.

Por outro lado, o Município de Campo Grande informou, através de sua contestação, que, em vistoria realizada no imóvel em que está sediado o empreendimento imobiliário, o Hotel, em 06/11/2012, teria promovido a ligação à rede pública de abastecimento de água e coletora de esgoto (p. 683/693).

Ainda, noticiou a concessão de Licença Ambiental Simplificada n. 010.0232/2012, com validade até 19/07/2017 (p. 686).

Assim, verifica-se que os fatos elencados pelo Ministério Público Estadual como infração ao meio ambiente e possíveis geradores de dano material e moral à coletividade, ou já foram devidamente solucionados ou sobre eles há expressa referência na sentença, como o objeto das obrigações de fazer impostas ao requeridos.

Outrossim, é certo que as demais providências mencionadas no recurso do Ministério Público – tais como a vedação aos entes públicos quanto à concessão de licenças ambientais e outros tipos de documentos – enquadrar-se-iam no âmbito do que se poderia entender por sentença condicional, ou seja, não se trataria propriamente de imposição de obrigação de fazer ou de condenação quanto aos fatos mencionados na inicial, mas de situações que podem ou não ocorrer, daqui para frente.

Ora, uma vez que a sentença condicional é vedada no sistema processual brasileiro, especificamente pelo art. 460, parágrafo único, do CPC, não há como acolher a pretensão do apelante.

Por outro lado, a despeito de restar comprovada a existência de poço tubular no Hotel Falli, a quantificação de seu uso não restou provada nos autos, muito menos houve demonstração de que os hóspedes ou quaisquer outros cidadãos tivessem sido afetados concretamente pela capacidade do hotel em realizar a captação subterrânea de água.

Ainda, não verifico ter sido realizada qualquer perícia técnica no local a fim de verificar pra que fins é utilizada a água, a qualidade dessa, e a existência de poluição ou mesmo a potencialidade de dano ambiental

com o uso do referido poço. Portanto, não há provas quanto ao provável dano ambiental destacado pelo autor, ora apelante.

Era ônus do requerente comprovar o alegado dano ambiental, até porque, a questão acerca da inversão do ônus probatório já foi decidida nesta Corte, quando da interposição do Agravo de Instrumento de n. 1400324-10.2014.8.12.0000, no qual restou expressamente negado o pedido do autor, conforme já havia sido deliberado pelo juiz de primeira instância.

Assim, encontra-se preclusa qualquer discussão quanto à possibilidade ou não de inversão do ônus da prova.

Neste momento, considero importante destacar o seguinte trecho do acórdão proferido por este Tribunal quando do exame da questão envolvendo a inversão probatória:

> *"2 – Quanto a inversão do ônus da prova, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "A inversão do ônus da prova está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências"* (AgRg no Ag n.º 789.682/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 03/02/2009, DJe de 12/02/2009).
>
> *Não basta, portanto, se tratar de violação às normas ambientais, pois embora se aplique à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (art. 21, da Lei nº 7347/85 c/c arts. 6º e 90, da Lei nº 8.078/90) "em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal."* (AgRg no Ag n.º 651.899/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 20.11.06).
>
> *Colho, oportunamente, o seguinte julgado da Corte Superior em que, em consonância com o entendimento exposto acima e a decisão do juiz singular, limita a inversão do ônus da prova:*
>
> *Ementa: ÁGUA. POÇO ARTESIANO. OUTORGA. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. DANO AMBIENTAL. REDE PÚBLICA. 1. Não é de se conhecer de apelação na parte em que não se mostra útil ao recorrente por falta de interesse. Hipótese em que a sentença condenou a Ré a se abster de instalar novo poço artesiano e de utilizar forma alternativa de abastecimento de água sem outorga do poder público. 2. É obrigatória a ligação na rede pública de abastecimento de água, em caso de disponibilidade, sendo defesa a exploração de outras fontes de captação de água. Art. 45 da Lei nº 11.445/2007. 3. São legais as restrições ao uso dos recursos hídricos subterrâneos constantes do artigo 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74. É ilegal, portanto, a exploração de água subterrânea sem prévia outorga do Poder Público. Constatado o uso ilegal, é de ser ordenado o tamponamento do poço artesiano. 4. A inversão do ônus da prova subordina-se à prova da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência da parte. Jurisprudência do STJ. O ajuizamento pelo Ministério Público de ação civil pública de reparação por dano ambiental não leva, forçosamente, à inversão do ônus da prova. A exploração de poço artesiano sem outorga não gera, necessariamente, dano ambiental, e o Ministério Público não pode ser considerado, na causa em que litiga com idosa de mais de 70 anos e de poucos recursos, parte hipossuficiente. 5. A responsabilidade objetiva por dano ambiental exige prova do evento danoso e do nexo causal. Recurso do Autor conhecido, em parte, e, na parte conhecida, negado seguimento. Negado seguimento ao recurso da Ré.* (Apelação Cível Nº 70051645810, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 06/11/2012)

Desta feita, mantenho a negativa de inversão do ônus da prova, conforme estabelecido pelo magistrado de primeiro grau".

Aliás, é de registrar que o Recurso Especial manejado pelo MPE contra a decisão desta Corte não foi provido, porquanto seu exame envolvia a análise de matéria fática, situação esta incompatível com o sistema do STJ.

Neste sentido, não tendo o autor comprovado o suposto dano material e moral, não há como acolher seu pedido de reparação.

É importante destacar que o mero consumo da água captada do subsolo não é atividade potencialmente poluidora, não podendo a eventual falta de autorização ensejar a condenação dos requeridos, sendo certo que as diretrizes estabelecidas pelo MPE apelante para elaboração do valor devido em eventual condenação são parâmetros gerais e não tratam a realidade dos fatos; são presunções do que seria o consumo daquele empreendimento hoteleiro e não comprovam qualquer dano ambiental.

Portanto, adequada a sentença ao rejeitar o pedido de condenação formulado pelo autor, descabendo qualquer revisão neste tópico.

Registram-se os seguintes julgados, inclusive desta Corte, que, em situação semelhante, indeferiu o pedido de condenação dos requeridos ante a ausência de prova do dano ambiental:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. POÇO ARTESIANO. UTILIZAÇÃO DE ÁGUA SUBTERRÂNEA PARA CONSUMO HUMANO. LOCAL ABASTECIDO PELA REDE PÚBLICA. SENTENÇA REFORMADA. 1. Caso em que incorreta a sentença do Julgador a quo em autorizar o uso de poço artesiano para fins de consumo humano, uma vez que restou comprovado que o local em questão é abastecido por rede pública - CORSAN. Hipótese em que a água proveniente do poço só pode ser utilizada para fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura, consoante os termos do art. 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74. Precedentes jurisprudenciais. 2. Em razão da ausência de produção de provas a fim de apurar a existência de dano ambiental ou da potencialidade de dano com o uso do poço no caso concreto, não há que se falar em pagamento de indenização pelos danos difusos materiais e morais. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70057644379, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 16/04/2014)

EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO CARACTERIZAÇÃO – MÉRITO – LEGITIMIDADE PASSIVA DE SÓCIOS – NÃO CONFIGURAÇÃO – PESSOAS QUE NÃO EXERCEM QUALQUER FUNÇÃO DE COMANDO OU QUE TENHAM PRATICADO ATOS QUE PREJUDIQUEM O MEIO AMBIENTE - CAPTAÇÃO DE ÁGUA SUBTERRÂNEA E DISPENSAÇÃO DE ESGOTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TAMPONAMENTO DO POÇO E ADEQUAÇÃO DO ESTABELECIMENTO HOTELEIRO AO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO PELA CONCESSIONÁRIA RESPECTIVA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – NÃO COMPROVAÇÃO – APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Não ofende o princípio da dialeticidade o recurso que reitera os mesmos fundamentos já utilizados na inicial, porque, dada a insurgência sobre a parte na qual houve sucumbência, é coerente que haja repetição de argumentos.

> *A legitimidade para figurar no pólo passivo da ação civil pública deve estar relacionada com a existência de poder de administração por parte do sócio, ou que ele tenha praticado atos que impliquem infração ao meio ambiente.*
>
> *Os danos materiais e morais decorrentes de violação de direitos difusos decorrentes do uso de água e da eventual degradação do solo ou das águas ou da saúde dos cidadãos somente são cabíveis caso sejam efetivamente demonstrados, o que não é o caso dos autos, tendo em vista que nos períodos em que passou a ser expressamente vedado o uso de poços subterrâneos de captação de água, a empresa já havia sido impedida de proceder desse modo.*
>
> *É cabível a aplicação de multa por descumprimento contra a Fazenda Pública, em razão da inexistência de vedação legal nesse sentido.* (TJMS - 0831172-60.2013.8.12.0001. Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/09/2015; Data de registro: 04/09/2015)

Pelo exposto, deve ser negado provido ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual

Prequestionamento

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida

Dispositivo.

Diante do exposto e em parte com o Parecer, conheço do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual e e nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 15 de março de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental nº 0825112-03.2015.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SUSPEITA PELA EMPRESA RESPONSÁVEL NO ABASTECIMENTO DE ÁGUA DE HAVER IRREGULARIDADE NO CONSUMO – CONDUTA EM QUEBRAR A CALÇADA PARA VERIFICAR EVENTUAL DESVIO NO ABASTECIMENTO – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO – DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A fiscalização pela concessionária para verificar eventual desvio de abastecimento de água caracteriza exercício regular de direito, não havendo falar em indenização quando inexistente ato ilícito ou abuso de direito quando da inspeção.

Se o agravante limita-se a expender, em sede de agravo interno, os mesmos argumentos utilizados por ocasião de seu recurso, não logrando demonstrar erro ou injustiça da decisão, é de não prover o regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Maria José Clemente de Barros, nos autos de ação de indenização por danos morais de n. 0825112-03.2015.8.12.0001 em que contende com Águas Guariroba S.A., oferece recurso de agravo regimental.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1 – deve ser mantida a sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, pois os requisitos da reparação por danos morais encontram-se devidamente comprovados nos autos;

2 – a conduta da agravada, como comprovado nos autos, foi ilegítima, uma vez que os seus funcionários compareceram a residência da autora e, sob a alegação de suspeita de fraude, furaram toda a frente da sua casa, atrás de gato, expondo a autora a uma situação vexatória e humilhante perante as pessoas que ali se aglomeravam, além de rirem e debocharem dela quando esta afirmou que utilizava água fornecida por vizinhos e irmãs, que a levavam em baldes até a sua moradia;

3 – a jurisprudência pátria não destoa do conteúdo exarado na sentença, motivo pelo qual suplica a agravante pela manutenção da decisão proferida pelo juízo singular.

Por fim, pugna pelo juízo de retratação e, não sendo este o entendimento, seja o presente recurso submetido a exame no órgão colegiado.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Maria José Clemente de Barros, nos autos de ação de indenização por danos morais de n. 0825112-03.2015.8.12.0001 em que contende com Águas Guariroba S.A., oferece recurso de agravo regimental.

Em suma, a parte agravante alega que os requisitos para a reparação civil estão presentes nos autos, visto que a conduta da requerida foi ilícita, uma vez que os seus funcionários compareceram a residência da autora e, sob a alegação de suspeita de fraude, furaram toda a frente da sua casa, atrás de gato, expondo a autora a uma situação vexatória e humilhante perante as pessoas que ali se aglomeravam, além de rirem e debocharem dela quando esta afirmou que utilizava água fornecida por vizinhos e irmãs, que a levavam em baldes até a sua moradia.

A súplica não procede.

Como pode ser visto, a decisão agravada restou assim fundamentada:

> *"A hipótese em exame dispensa o julgamento pelo Órgão Colegiado, por questão de economia processual, conforme determina o art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, que permite o relator dar provimento, de plano, ao recurso, quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.*
>
> *Inicialmente faço algumas considerações. O corte de fornecimento de água se deu em razão do inadimplemento da parte autora com relação a fatura relativa ao mês de Julho/20114, vencida em 11/08/2014, no valor de R$51,30. Há, ainda, o reconhecimento da recorrida de estar adimplente com todas as faturas, inobstante isso, acosta aos autos comprovantes de pagamento das faturas compreendidas entre os meses de 02/2014 a 03/2015, mas não existe comprovante de pagamento especificamente da fatura vencida em 11/08/2014*[1].
>
> *Inclusive, conforme consignado pelo juízo de primeira instância houve notificação da parte do débito em aberto nos seguintes moldes:*
>
> *"Depreende-se das faturas de f.19 (mês de referência 01/2015), f.23 (mês de referência 12/2015 campo parcialmente ilegível), f.27 (mês de referência 11/2014), f. 67 (mês de referência 02/2015) e f. 69 (mês de referência 03/2015), no campo "OUTRAS INFORMAÇÕES" existência de débito no valor de R$ 51,30, bem como consta notificação de suspensão dos serviços após 30 dias do não pagamento da Fatura."*
>
> *Logo, legítima a suspensão do fornecimento de água.*
>
> *Quanto ao comparecimento dos funcionários da apelante na residência da requerente para averiguação, sob o pretexto do decurso de prazo de 4 (quatro) meses sem*

1 p. 71 e 72

o pedido de religamento, causando desconfiança, é certo que passaram a vistoriar o local com a quebra da calçada do imóvel, no intuito de constatar algum desvio de abastecimento, sendo inclusive reconhecido pela empresa nos termos do relatório das razões, conforme apontado acima, e na peça de resposta, nestes termos:

"Ocorre que, decorridos quase quatro meses da suspensão do fornecimento de água no imóvel da parte adversa, em momento algum ela solicitou o restabelecimento do serviço. Assim, a concessionária ré teve de vistoriar o local a fim de descobrir se não havia alguma irregularidade na ligação de água do imóvel, uma vez que é impossível alguém habitar um imóvel, por quatro meses, sem o fornecimento de água." (p. 125)

Nesta medida, a suposta arbitrariedade a ser indenizada decorreria da ação dos funcionários da recorrente que ao procederem a análise através da perfuração da calçada para investigação de eventual desvio ilícito de água, teriam deixado de atuar com respeito ao Decreto Municipal n. 12.071/2012. Porém, vejamos:

Art. 68. A demonstração da irregularidade se fará:

I - Se evidente a irregularidade, valerá como prova de sua ocorrência, o termo de ocorrência, acompanhada das respectivas fotografias;

II - Caso não seja evidente a irregularidade, a Concessionária utilizará outros meios para constatação, como testemunhas ou perícia sobre o hidrômetro ou demais equipamentos hidráulicos, sendo que a perícia será realizada nos moldes do art. 51, deste Regulamento;

III - Em qualquer hipótese, fará prova da irregularidade a ausência de defesa do Usuário, se ciente do termo de ocorrência, não apresentar Defesa.

Conforme se denota, em havendo irregularidade não evidente é dever da concessionária utilizar outros meios para constatação como a perícia sobre o hidrômetro ou dos demais equipamentos hidráulicos.

Ora, segundo se infere do processado a empresa de saneamento procedeu a inspeção nos equipamentos hidráulicos em função da fundada presunção de que a ausência de reativação do serviço por período de quatro meses seria suficiente para sustentar a suspeita de desvio.

Tratando-se na espécie de responsabilidade objetiva, seria desnecessária a demonstração de culpa, bastando apenas a conduta, o dano e a existência de nexo de causalidade.

Entrementes, no caso em tela para a caracterização da responsabilidade civil não se vislumbra irregularidade por parte da recorrente, pois não há outro meio de proceder o procedimento de inspeção senão através com a abertura de cavidade na via.

A regular suspensão do fornecimento de água por falta de pagamento por período razoável nos meses que antecederam a intervenção da autora conjugado ao fato desta situação incutir na apelante a necessidade de análise no local em face da possibilidade de existir alguma irregularidade, bem como o leve dano fachada de sua residência[2], *que inclusive mais tarde foi recuperada, afastam a pretensão inicial.*

Isto porque, tais fatos, apesar de desagradáveis, não configuram ofensa moral, eis que não houve ação ilícita nem abuso de direito. Também não houve acusação de fraude,

2 p. 75

mas, sim, operação no exercício regular de inspeção da concessionária sem a qual não seria possível verificar eventual irregularidade oculta, uma vez que se trata de instalação subterrânea.

Ainda que se admita o constrangimento de ter a frente de sua residência submetida a uma intervenção deste gênero, tal situação é suscetível a qualquer cidadão que viva em sociedade.

Como sabido, o dano moral indenizável não decorre de desconforto, dissabor ou de qualquer outra perturbação do bem-estar. Mais que isso, exige violação aos direitos da personalidade. O dissabor enfrentado pode até ser motivo de insatisfação, todavia, circunstâncias deste jaez não justificam condenações por danos morais, diante da inarredável ausência de ofensa à honra ou danos à personalidade.

Nessa senda colho estes arestos desta 2ª Câmara Cível:

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSPEÇÃO PARA APURAÇÃO DE FRAUDE DE ENERGIA ELÉTRICA - PROCEDIMENTO DENTRO DA NORMALIDADE - RECURSOS NÃO PROVIDO. A fiscalização pela concessionária para verificar eventual desvio de energia caracteriza exercício regular de direito, não havendo falar em indenização quando inexistente ato ilícito ou abuso de direito quando da inspeção. (TJMS - Relator(a): Des. Julizar Barbosa Trindade; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 18/03/2014; Data de registro: 27/03/2014 - 0054482-65.2012.8.12.0001) Destacado

APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - DESCONTO INDEVIDO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CORRESPONDENTE BANCÁRIO - RESTITUIÇÃO NA FORMA SIMPLES - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. É solidária a responsabilidade em indenizar da instituição financeira quando o contrato é celebrado por intermédio de sua correspondente, por pertencerem a mesma cadeia de consumo que causou prejuízos ao consumidor. O desconto em holerite decorrente da existência de empréstimo consignado declarado nulo por fraude na assinatura não enseja a restituição dos valores cobrados em dobro, porquanto não está configurada a má-fé ou o dolo da instituição financeira. Não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade do autor. (TJMS - Relator(a): Juiz Jairo Roberto de Quadros; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/11/2015; Data de registro: 18/11/2015 - 0041803-04.2010.8.12.0001) Destacado

Destarte, sopesando o fato do atraso no pagamento da fatura, o que como reconhecido pela autora e lhe obrigava a solicitar o auxílio dos vizinhos, certo é esta situação era conhecida dos demais moradores, ou seja, fato pré-existente indicando seu estado de inadimplência.

Portanto, conquanto seja possível que a vistoria na calçada tenha gerado algum aborrecimento, a meu ver, foi perfeitamente suportável e não trouxe maiores consequências, o que torna improcedente o pedido da requerente, mesmo porque não há qualquer prova nos autos para afastar o exercício do direito de apuração de irregularidades prevista no art. 63, do Decreto Municipal n. 12.071/2012.

Diante do exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao presente recurso a fim de reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de danos morais.

Analisando-se o provimento impugnado, bem como as razões recursais, vejo que os argumentos suscitados pelo agravante não são suficientes para o juízo de retratação, pois os requisitos para a reparação civil não restaram demonstrados durante a instrução probatória.

Como dito, a conduta da requerida não se mostrou abusiva, porquanto realizada dentro de suas atribuições, nos termos do Decreto Municipal n. 12.071/2012, a fim de verificar eventual desvio de abastecimento, especialmente porque presente a dúvida quanto à regularidade no consumo.

Outrossim, também não restou evidenciado o dano moral, uma vez que os transtornos decorrentes da conduta praticada pela autora limitaram-se a eventos decorrentes da vida em sociedade. O dissabor enfrentado pode até ser motivo de insatisfação, todavia, circunstâncias deste jaez não justificam condenações por danos morais, diante da inarredável ausência de ofensa à honra ou danos à personalidade.

Reitero que reexaminei os autos e não me convenci da necessidade de modificar a decisão agravada, mantendo-a em toda a sua extensão.

Diante do exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz José Ale Ahmad Netto e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Conflito de Competência nº 1602496-04.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO – FINALIDADE DE EXCLUIR PATERNIDADE VOLUNTARIAMENTE RECONHECIDA – COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO – PROCEDÊNCIA.

A questão a ser enfrentada no presente feito não envolve apenas o direito meramente registral, mas sim o reconhecimento do vínculo sócio-afetivo entre os envolvidos para prevalência da paternidade biológica declarada judicialmente em detrimento da lançada no registro de nascimento do menor com o genitor ali já constante, o que, por óbvio, exige a dilação probatória.

Tão importante quanto a retificação de assento civil, é a questão contenciosa para verificar o vínculo afetivo entre o menor e o que consta ou constará efetivamente na certidão como seu pai, já que tratar-se, portanto, também de uma ação com o intuito de mudança da filiação, remetendo a matéria relativa ao desfazimento do ato ao Juízo de Família.

Assim, a anulação de registro civil de nascimento envolve exclusão de paternidade, há de ser resolvida a questão através de procedimento contencioso regular, sendo competente para afastar a eficácia do reconhecimento a Vara da Família e não a Vara de Registros Públicos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade e contra o parecer, julgar procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juiz de Direito da 3 ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos e a Juíza de Direito da 1ª Vara de Família, ambos da Comarca de Campo Grande, suscitado nos autos n. 0805887-94.2015.8.12.0001.

A Juíza de Direito da 1ª Vara de Família declinou a competência ao Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos para processamento e julgamento da ação de anulação de registro de nascimento, por entender que na ação anulatória de registro de nascimento inexiste a pretensão relativa ao reconhecimento e declaração de paternidade, porquanto já restou ela verificada em outro feito, mas tão somente a alteração do citado registro público (p. 12-13).

Por sua vez, o Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos suscitou o conflito negativo, declarando sua incompetência para o processamento e julgamento da ação, sob o fundamento de que "*o mérito da questão abrange tão somente a comprovação de mero erro em registro público. Há a necessidade de dilação probatória sob o crivo do contraditório para que o autor demonstre entre outros fatores atinentes ao tema, o vício de consentimento por erro, dolo, coação, simulação ou fraude, bem como a não ocorrência do vínculo sócio-afetivo e a prevalência de sua paternidade biológica reconhecida na averiguação oficiosa* (...)" (*sic*, p. 15).

Recebido o conflito negativo de competência, requisitou-se informações do Juízo Suscitado (p. 19), que foram prestadas às páginas 25-26.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência do conflito negativo com o reconhecimento da competência do Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, para a apreciação da demanda (p. 32-38).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juiz de Direito da 3 ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos e a Juíza de Direito da 1ª Vara de Família, ambos da Comarca de Campo Grande.

O feito causador da dúvida sobre a competência para recebimento, apreciação e julgamento, refere-se a ação anulatória de registro de nascimento de n. 0805887-94.2015.8.12.0001, proposta por Guilherme Lucas Mazzetto Corrêa em desfavor de Tatiane de Souza Barbosa e Eber Araújo de Alencar Júnior, este, pai registral do menor Vítor de Souza Barbosa Alencar, buscando a alteração do registro de nascimento da criança para que passe a constar no citado documento como genitor.

A demanda foi distribuída à Juíza da 1ª Vara de Família, mas esta declinou a competência ao Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, por entender que na ação anulatória de registro de nascimento inexiste a pretensão relativa ao reconhecimento e declaração de paternidade, porquanto já restou ela verificada em outro feito, mas tão somente a alteração do citado registro público (p. 12-13).

Por sua vez, o Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos suscitou o conflito negativo, declarando sua incompetência para o processamento e julgamento da ação, sob o fundamento de que "*o mérito da questão não abrange tão somente a comprovação de mero erro em registro público. Há a necessidade de dilação probatória sob o crivo do contraditório para que o autor demonstre entre outros fatores atinentes ao tema, o vício de consentimento por erro, dolo, coação, simulação ou fraude, bem como a não ocorrência do vínculo sócio-afetivo e a prevalência de sua paternidade biológica reconhecida na averiguação oficiosa* (...)" (*sic*, p. 15).

Nas informações prestadas pela magistrada suscitada, esta confirmou o seu entendimento anteriormente exposto na ocasião que declinou da competência (p. 25-26).

Sobre a distribuição das varas judiciais na comarca do Estado, a Resolução n. 221, de 1º de setembro de 1994, deste Tribunal de Justiça, dispõe:

> *"(...)*
>
> *Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:* (alterado pelo art. 2º da Resolução n. 525, de 6/6/2007 – DJMS, de 14/6/2007.)

> *aos das Varas de Família, processar e julgar as ações e incidentes relativos à Família em geral, ao casamento, divórcio e separação, à capacidade das pessoas, aos alimentos, e as relativas à convivência comum, decorrentes do companheirismo;* (alterada pela Resolução n. 371, de 6/3/2002 - DJMS, de 7/3/2002.)
>
> *aos das Varas de Fazenda Pública e Registros Públicos, processar e julgar:*
>
> *os feitos de interesse das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, suas autarquias ou Fundações de Direito Público, com exceção daqueles de competência das Varas de Execução Fiscal, Cartas Precatórias Cíveis e Direitos Difusos, Coletivos e Individuas Homogêneos;* (alterado pelo art. 1º da Resolução n. 456, de 10/11/2004 -DJMS, de 17/11/2004.)
>
> *os mandados de segurança, hábeas data e mandado de injunção,* (alterado pelo art. 2º da Resolução n. 525, de 6/6/2007 – DJMS, de 14/06/2007.)
>
> *os feitos relativos a registros públicos, inclusive os procedimentos de dúvida e de averiguação oficiosa de que trata o art. 2º Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992,* (alterado pleo art. 1º da Resolução n. 456, de 10/11/2004.)
>
> *(...)*

Pois bem. Não obstante o respeito devido ao entendimento esposado pelo Juízo suscitado, entendo que assiste razão ao juízo suscitante do conflito negativo, de sorte que se deve conhecer da medida interposta e fixar a competência do douto Juízo da 1ª Vara de família para o exame, processamento e julgamento do citado feito n. 0805887-94.2015.8.12.0001.

Extrai-se dos documentos que instruem este conflito que o pedido constante da inicial da ação de anulatória de registro de nascimento, consiste na alteração do registro de nascimento do menor, porque no citado documento consta o nome do atual companheiro da genitora de seu filho e não o seu, mesmo após ser reconhecido judicialmente como pai.

Ocorre que a questão a ser enfrentada no presente feito não envolve apenas o direito meramente registral, mas sim o reconhecimento do vínculo sócio-afetivo entre os envolvidos para prevalência da paternidade biológica declarada judicialmente em detrimento da lançada no registro de nascimento do menor com o genitor ali já constante, o que, por óbvio, exige a dilação probatória.

Ora, se inexistiu o vício de consentimento pelo pai não biológico e sim um verdadeiro intuito de assumir a criança como seu filho fosse, o desfecho da demanda poderá ser outro.

Logo, veja que tão importante quanto a retificação de assento civil, é a questão contenciosa para verificar o vínculo afetivo entre o menor e o que consta ou constará efetivamente na certidão como seu pai, já que tratar-se, portanto, também de uma ação com o intuito de mudança da filiação, remetendo a matéria relativa ao desfazimento do ato ao Juízo de Família.

A respeito:

> *DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação. 2. O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio*

pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho. 3. As alegações do recorrido de que foi convencido pela mãe do menino a registrá-lo como se seu filho fosse e de que o fez por apreço a ela não configuram erro ou qualquer outro vício do consentimento, e, portanto, não são, por si sós, motivos hábeis a justificar a anulação do assento de nascimento, levado a efeito por ele, quatro anos antes, quando, em juízo, voluntariamente reconheceu ser o pai da criança, embora sabendo não sê-lo. 4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1229044 SC 2010/0224824-2, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 04/06/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 13/06/2013) Destaquei

E M E N T A - CONFLITO DE COMPETÊNCIA – VARA CÍVEL – VARA CÍVEL ESPECIALIZADA (REGISTROS PÚBLICOS) – QUESTÃO QUE ENVOLVE ESTADO DE PESSOA – COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA OU, NA SUA FALTA, DAQUELA RESPONSÁVEL PELAS DEMANDAS ENVOLVENDO ESTADO DAS PESSOAS – ART. 9º, ALÍNEA "A" DA RESOLUÇÃO N. 221/1994-TJMS.

A retificação do registro, com base no art. 113, da Lei 6015, pode implicar mudança do estado de filiação, situação que remete o feito para tramitar perante o Juízo de Família. (TJ/MS - Conflito de Competência Nº 1600023-40.2013.8.12.0000 – Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Julgamento: 07/05/2013)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. FINALIDADE DE EXCLUIR PATERNIDADE VOLUNTARIAMENTE RECONHECIDA. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. PROCEDÊNCIA. I - Se a anulação de registro civil de nascimento envolve exclusão de paternidade, há de ser resolvida a questão através de procedimento contencioso regular, sendo competente para afastar a eficácia do reconhecimento a Vara da Família e não a Vara de Registros Públicos; II - conflito de competência julgado procedente. (TJ-MA - CC: 275762010 MA, Relator: Jaime Ferreira de Araújo, Data de Julgamento: 15/12/2010)

Sendo assim, tenho que refoge à competência para o exame da causa à Vara de Registros Publicos.

Diante do exposto, julgo procedente o presente conflito negativo para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara de Família da comarca de Campo Grande para processar o feito nº 0805887-94.2015.8.12.0001. Contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz José Ale Ahmad Netto e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Agravo Regimental nº 0810899-60.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – EXTRAVIO DE BAGAGEM – DANOS MORAIS – CONFIGURADOS – RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS ÁREAS – ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ – APLICAÇÃO DO CDC E NÃO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA E DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – AGRAVANTE DELE NÃO SE DESINCUMBIU – RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2016.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Gol Linhas Áreas Inteligentes S/A interpõe o presente agravo regimental em face de Arlete Correa da Silva Ferraz, pretendendo a reforma da decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação, interposto contra sentença de procedência na ação nº 0810899-60.2013.8.12.0001.

Invoca o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, com base no qual não se poderia pretender a prevalência da legislação consumerista sobre tratados e convenções internacionais. Aduz que devem ser aplicados ao caso o Código Brasileiro de Aeronáutica e as demais normas expedidas pela ANAC.

Entende não caber condenação por danos materiais, uma vez que a Apelada não teria comprovado que os itens alegadamente extraviados de fato estavam no interior de sua bagagem, sendo exorbitante o valor pedido; cumpriria à passageira fazer declaração prévia de bens a transportar.

Alega que a responsabilidade do transportador cinge-se a valor por quilo de bagagem despachada ou furtada, em face das disposições do Código Brasileiro de Aviação e da Convenção de Varsóvia e Montreal. A Agravada não faria jus a indenização, visto que teria incorrido em culpa exclusiva sua.

Assevera que não houve danos morais, mas apenas mero aborrecimento; de qualquer forma, a verba fixada não seria razoável e nem proporcional.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Gol Linhas Áreas Inteligentes S/A interpõe o presente agravo regimental em face de Arlete Correa da Silva Ferraz, pretendendo a reforma da decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação, interposto contra sentença de procedência na ação nº 0810899-60.2013.8.12.0001.

Os argumentos esposados pela Agravante são basicamente os mesmos da apelação, não tendo condão de desconstituir os fundamentos da decisão monocrática objurgada, os quais passo a reiterar.

Primeiramente, com respeito a responsabilidade civil das empresas aéreas por má prestação de serviço, é sólida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que é regida, não pelo Convenção de Varsóvia ou ao Código Brasileiro de Aeronáutica, mas pelo Código de Defesa do Consumidor. É o que se observa no seguintes recentíssimos julgados:

> *AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. 1. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOVAÇÃO RECURSAL. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA DO SERVIÇO. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CABIMENTO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 3. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA. INAPLICABILIDADE EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. 4. REVISÃO DO VALOR COMPENSATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 5. AGRAVO DESPROVIDO. (STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 799.505 - SC [2015/0262871-0] - RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE – DATA PUBLICAÇÃO: 09.11.2015)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPANHIA AÉREA. ATRASO NO VOO. 1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. 2. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR FIXADO. SÚMULA 7/STJ. 3. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista. Precedentes. (...) 3. Agravo improvido*." (STJ - AgRg no AREsp 567.681/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 4/11/2014.)

No que tange aos danos materiais, a Apelante não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia; aliás, não impugnou especificadamente sua inversão, limitando-se a asseverar a inexistência de prova do *quantum* alegado pela Apelada como correspondente ao valor da bagagem extraviada, o que não tem o condão de infirmar a fixação de origem.

Como anotado pela Juíza de origem, o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor atribui ao fornecedor o ônus da prova nas relações de consumo, em havendo hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas alegações, como no caso em tela.

Saliente-se, ademais, que a lista de objetos pessoais que constavam das malas, segundo apontou a Autora, não se mostra extraordinária, tratando-se de itens de uso comum e diário de vestuário, medicamentos e higiene pessoal – gastos embasados pelos recibos e notas fiscais juntados – que obviamente necessitou comprar na Europa, devendo-se levar em consideração o custo de vida daquele continente. Assim, deve prevalecer o valor fixado a título de danos materiais, que se revela compatível.

Anoto, ainda, que é responsabilidade da companhia aérea demonstrar que disponibilizou formulário descritivo dos itens despachados e que informou com respeito a possibilidade de declaração dos bens transportados na bagagem, para eventual e posterior indenização em caso de extravio ou outros prejuízos, o que não ocorreu no presente caso.

O Código de Defesa do Consumidor aplica-se exatamente no que tange ao ônus probatório que imputa ao transportador, em demonstrar inconsistência ou improcedência das alegações do demandante, do qual a Agravante não se desincumbiu. Por essa razão, referida legislação consumerista revela-se incompatível com os diplomas normativos suscitados, especialmente no que tange ao *quantum* indenizatório.

Quanto aos danos morais, tem-se que a situação em questão ultrapassa o mero aborrecimento, em face do abalo pessoal causado à Apelada ao ver-se despojada de praticamente todos seus objetos pessoais básicos, em país estrangeiro, o que justifica plenamente ver-se indenizada no montante estabelecido.

O Superior Tribunal de Justiça tem encampado entendimento de que é possível, excepcionalmente, a revisão do valor atribuído à indenização pelos danos morais. Todavia, não se observa a exclusão do dano moral nas situações de extravio de bagagem por responsabilidade da empresa área, como no caso em tela. E o valor arbitrado para esse quesito revela-se razoável e pertinente, conforme corrobora aquele Sodalício, em ação na qual fixado o mesmo montante desta (destaquei):

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. OVERBOOKING. EXTRAVIO DE BAGAGENS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA N. 7/STJ.*
>
> *1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando o acórdão impugnado examina e decide, de forma motivada e suficiente, as questões relevantes para o desate da lide.*
>
> *2. A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código de Defesa do Consumidor.*
>
> *3. A revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido.* (STJ – AgRg no AREsp 409045 RJ 2013/0341811 – Relator Ministro João Otávio de Noronha – Terceira Turma - DJe 29/05/2015)

Não é outro o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – MÉRITO – TRANSPORTE AÉREO – EXTRAVIO DE BAGAGEM – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – DEVER DE INDENIZAR – REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.*
>
> *1. As empresas aéreas contratadas pelo sistema code share respondem solidariamente por danos causados aos passageiros.*

> *2. Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.*
>
> *3. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, conforme dispõe o artigo 734 do CC. 4. O valor da indenização por danos morais é reduzido para se tornar razoável e proporcional ao dano sofrido, e atender aos fins preventivo e compensatório a que se destina. No caso, valor da indenização por danos morais diminuído para R$ 10.000,00 (dez mil reais). Recurso conhecido e parcialmente provido.* (TJ/MS – Apelação nº 0818313-75.2014.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Juiz Geraldo de Almeida Santiago)

Pelas razões esposadas, o pedido recursal não merece acolhimento.

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, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 02 de fevereiro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0810114-30.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não há falta de interesse de agir quando se busca recebimento do valor do seguro obrigatório (DPVAT), sem que se tenha realizado prévio requerimento administrativo em que a seguradora tenha negado tal benefício. A inexistência de pedido administrativo pleiteando o bem da vida invocado pelo requerente não impede a apreciação da demanda pelo Poder Judiciário, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Recurso 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, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Everton da Silva Lemos interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 10º Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos nº 0810114-30.2015.8.12.0001, da Ação de Cobrança de Seguro Obrigatório, movido contra Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, indeferiu a petição inicial, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 267, I, VI c/c 295, III, do CPC.

Condenou a parte requerente no pagamento de eventuais custas processuais, cobrança essa suspensa na forma do art.12 da Lei nº 1.060/50.

O apelante ingressou com Ação de Cobrança visando o recebimento da indenização do seguro obrigatório – DPVAT, por conta do acidente automobilístico sofrido, pleiteando o recebimento do valor integral daquele benefício, correspondente a R$13.500,00.

O Juízo de primeiro grau, por primeiro, intimou o agravante-requerente para juntar aos autos documento comprobatório do prévio requerimento administrativo de pagamento do seguro para recebimento do pedido inicial. Ante a negativa do requerente-agravante, indeferiu a petição inicial, extinguindo o feito, por falta de interesse de agir. Busca a reforma da sentença para o o feito tenha prosseguimento na origem.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Conforme Relatório, trata-se de Recurso de Apelação interposto por Everton da Silva Lemos contra sentença proferida pelo Juízo da 10º Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos nº 0810114-30.2015.8.12.0001, de Ação de Cobrança de Seguro Obrigatório movida contra Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, indeferiu a petição inicial, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 267, I, VI c/c 295, III, do CPC.

Aduz que, segundo o princípio constitucional da inafastabilidade da Jurisdição, ninguém é obrigado a procurar a via administrativa antes de ingressar com ação judicial, de modo que a não comprovação do pedido administrativo não subtrai da Recorrente o direito à persecução de sua pretensão em juízo. Ademais, informa que a seguradora sequer forneceu documento que permita comprovar que houve, ao menos a tentativa de recebimento pela via administrativa, isso porque lhe foi "*informado pela atendente da Seguradora que o 'DPVAT é pago somente no caso de despesas particulares, não sendo estendido àqueles que se utilizam do SUS*". Requerer a reforma da sentença, com o retorno dos autos à origem para prosseguimento até ulteriores termos.

Pois bem.

O cerne da irresignação devolvida a apreciação desta Corte de Justiça limita-se a análise da necessidade, ou não, de comprovação de requerimento administrativo prévio à Seguradora para obtenção de indenização do Seguro Obrigatório DPVAT.

A resposta é negativa.

O direito de ação é garantia constitucional que não se submete a qualquer requisito de prévia análise de pedido administrativo. Mesmo quando se tratar de ação contra ente público não há qualquer necessidade de prévio pedido administrativo e, com muito maior razão tal pedido é prescindível em se tratando de empresa privada.

Negar o acesso ao Poder Judiciário resultaria em violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, que preceitua que *"a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."*

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul vem decidindo nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA E/OU ACIDENTE PESSOAIS EM GRUPO. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REQUERIMENTO DE PAGAMENTO DE SEGURO NA VIA ADMINISTRATIVA. INEXIGÊNCIA DE PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, XXXV E 217 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RE Nº. 631.240. INAPLICABILIDADE. SENTENÇA ANULADA - RECURSO PROVIDO*
>
> *I) É defeso ao julgador exigir o prévio requerimento na via administrativa para o exercício do direito constitucional de ação, tendo em vista o princípio ou direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição e a previsão também constitucional do art. 217, que impõe o esgotamento na justiça desportiva para o conhecimento de ações que versem sobre tais matérias, e que nos faz concluir que qualquer exceção ao referido princípio deve constar expressamente na Constituição da República.*

> *II) Tratando-se de ação de cobrança referente a seguro de vida, sem natureza previdenciária, e, ainda, sendo notório e reiterado o comportamento das seguradoras no sentido de se esquivarem do fiel cumprimento de sua parte no contrato, o entendimento sedimentado no RE nº. 631.240 não tem aplicação no caso.*
>
> *Recurso conhecido e provido.* (Apelação – Nº 0800374-45.2015.8.12.0002. Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/06/2015; Data de registro: 25/06/2015).
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – EXTINÇÃO DO PROCESSO ANTE À FALTA DE INTERESSE DE AGIR – PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – PRESCINDÍVEL – INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO – PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL – ENTENDIMENTO DO RE 631.240/MG APLICÁVEL APENAS A BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO. É assente neste Tribunal de Justiça que a inexistência de pedido administrativo pleiteando o bem da vida invocado pelo requerente não impede a apreciação da demanda pelo Poder Judiciário, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República). Dessa forma, é prescindível o esgotamento da via administrativa para que o interessado possa pleitear o seu direito, socorrendo-se diretamente do Poder Judiciário, razão pela qual inarredável é o interesse de agir da apelante. O entendimento exarado do RE n. 631.240/MG diz respeito às ações previdenciárias em que a parte for o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, de modo que, no caso em análise, trata-se de contrato de seguro em grupo, assim, a adoção do paradigma alhures não se aplica no caso em análise*. (TJMS – Apelação Cível nº 0811777-45.2014.8.12.0002 – Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível; Relator: Desembargador Divoncir Schreiner Maran; Data de Julgamento: 06/10/2015; Data de Registro: 28/10/2015).

Não é diverso o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRÉVIO REQUERIMENTO OU EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. INTERESSE DE AGIR. RECONHECIMENTO DO INDÉBITO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.*
>
> *1. No tocante à necessidade de exaurimento prévio da via administrativa para o ingresso de demanda judicial, o entendimento das duas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o não-esgotamento da via administrativa não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito repetitivo.*
>
> *2. Agravo regimental não-provido.* (AgRg no REsp 1190977/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/08/2010, data de publicação 28/09/2010).

Assim, concluo pela desnecessidade do prévio requerimento administrativo para ajuizamento da ação. É caso de provimento do presente recurso, portanto.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Everton da Silva Lemos e dou provimento para tornar insubsistente a sentença combatida, determinando o retorno dos autos à sua origem e seu recebimento sem exigência de prévio pedido administrativo, dando prosseguimento do feito.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º Vogal)

Everton da Silva Lemos, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Cobrança que move em face de Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, ante a ausência de requerimento administrativo.

A respeito do tema, havia firmado entendimento no sentido de não ser necessário o esgotamento prévio da via administrativa para que o interessado buscasse a tutela jurisdicional.

Tal entendimento estava alicerçado no preceito Constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que estabelece que qualquer indivíduo pode acionar o Poder Judiciário sempre que houver violação ao seu direito, mediante lesão ou ameaça.

Contudo, refletindo melhor acerca do tema, tenho por bem rever meu posicionamento e adotar como requisito indispensável para a propositura da ação de cobrança de seguro DPVAT, o prévio requerimento administrativo, pelas razões que passo a fundamentar.

O interesse de agir, também chamado interesse processual, caracteriza-se pela materialização do binômio necessidade-utilidade (e/ou adequação) da atuação jurisdicional. De acordo com a Teoria Eclética da ação, adotada pelo nosso ordenamento processualista, é necessária, em regra, a afirmação de uma lesão a um direito para o exercício do direito de ação. A existência de um conflito de interesses no âmbito do direito material faz nascer o interesse processual para aquele que não conseguiu satisfazer consensualmente seu direito.

E ainda, a necessidade do exercício do direito de propor a ação pode decorrer de imposição legal ou no momento em que o réu se nega a cumprir espontaneamente determinada obrigação.

Nesse sentido preleciona Luiz Rodrigues Wambier:

> *"O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, consequentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspeto prático. Essa necessidade tanto pode decorrer de imposição legal (anulação de casamento, p. ex.) quanto da negativa do réu em cumprir espontaneamente determinada obrigação ou permitir o alcance de determinado resultado (devedor que não paga o débito no vencimento).*- destaquei
>
> *Assim, se A pretende obter a satisfação de um crédito representado por um contrato que não se constitua executivo, de que é titular diante de B, terá necessidade da tutela jurisdicional se B, no vencimento, se negar ao pagamento (...)"* (Curso avançado de processo civil. p. 160/161. v. 1)

Desse modo, verificado que o réu se negou a cumprir a obrigação, nesse momento exsurge o interesse de agir, consubstanciado na busca do Poder Judiciário para a solução do conflito.

Consoante ensinamentos de Fredie Didier Jr.:

> *"O exame da "necessidade da jurisdição" fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito (...)"* (Curso de direito processual civil. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 212. v. 1)

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, também ressalta o Poder Judiciário como via necessária à satisfação da pretensão:

> *"Haverá o interesse processual sempre que o provimento jurisdicional pedido for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende."* (Instituições de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 310. v. 2)

Aplicando-se os ensinamentos acima citados ao caso em comento, pode-se dizer que o interesse da parte beneficiária só nasce com a negativa da seguradora em cumprir espontaneamente a obrigação, consistente no pagamento da indenização de acordo com o grau de invalidez.

E o pagamento espontâneo da obrigação se dá com a apresentação do pedido administrativo.

Assim, se a seguradora negar administrativamente o pedido do interessado, ou opor resistência infundada à pretensão extrajudicial, nasce o interesse de agir, que é a busca pelo Poder Judiciário para a solução da lide.

O interesse de agir também pode surgir nos casos em que, mesmo ingressando primeiramente na via administrativa, a seguradora impõe à parte uma série de exigências praticamente impossíveis de serem cumpridas, comprometendo assim o andamento do processo administrativo, retardando-o sem qualquer justificativa.

Esclareça-se ainda que não é requisito obrigatório o esgotamento da via administrativa, mas ao menos que a parte demonstre que não obteve êxito, de alguma forma, na via extrajudicial.

No caso vertente, denota-se que a parte autora não formulou nenhum pedido administrativo, inexistindo, portanto, resistência por parte da seguradora.

Logo, não há conflito a ser solucionado pelo Judiciário, carecendo, por conseguinte, de interesse processual a parte recorrente.

Urge salientar que a provocação do Estado e a posterior concretização do processo não pode ser instrumento de mera consulta, mas sim, meio de aplicação da justiça, como forma de soluções de conflitos.

No mesmo sentido é o entendimento do STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. DPVAT. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. REQUISITO ESSENCIAL PARA PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. INÉRCIA DO AUTOR QUANTO A ESTE PEDIDO. REVERSÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. MATÉRIA ATINENTE À COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*
>
> *1. O requerimento administrativo prévio constitui requisito essencial para o ingresso da demanda judicial (...)"* (AgRg no REsp 936.574/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 8/8/2011)
>
> *"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA.*
>
> *1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação.*

> *2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF.*
>
> *3. O interesse de agir ou processual configura-se com a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida ao Juiz. A necessidade da prestação jurisdicional exige a demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos.*
>
> *4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa.*
>
> *5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada (...)"* (REsp 1310042/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012) - destaquei

Frise-se ademais, que o Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição (direito de ação), previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF, não é absoluto, tanto que a Suprema Corte assim já decidiu:

> *"Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos.*
>
> *Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa."* (STF, 2ª Turma, HC 93250, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ 27/06/08)

Pelo exposto, peço vênia ao e. relator para negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

***

2ª Seção Cível
Agravo Regimental nº 1411319-48.2015.8.12.0000/50000
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DENEGAÇÃO DE PLANO – INGRESSO EM CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS – CANDIDATO ELIMINADO DO PROCESSO SELETIVO ANTERIOR – PRAZO DE VALIDADE DO PROCESSO SELETIVO ANTERIOR EXPIRADO – POSSIBILIDADE DE ADENTRAR NO MÉRITO PARA INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL – PROSSEGUIMENTO DO FEITO SERIA MERO EXERCÍCIO RETÓRICO – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – INDEFERIMENTO – COMPROVAÇÃO DE SUFICIÊNCIA ECONÔMICA – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Ausente, por férias, o Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2015.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Erasmo Bruno de Mello Cubas interpõe o presente agravo regimental, pretendendo a reforma da decisão monocrática que indeferiu liminarmente o Mandado de Segurança nº 1411319-48.2015.8.12.0000.

O Agravante alega que a decisão objurgada não se enquadra no artigo 10, da Lei 12.016/2009, visto que adentrou no mérito da demanda. Repetiu as alegações da inicial, reiterando a pretensão de ser convocado para curso de formação de Sargentos da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.

Afirma que foi aprovado na 634ª colocação no Processo Seletivo Interno para ingresso no Curso de Formação de Sargentos realizado no ano de 2013, regido pelo Edital nº 1/2013/SAD/SEJUSP/PM3/PMMS, com previsão de 40 vagas, posteriormente ampliada.

Todavia, em abril de 2014, foi publicado o Edital nº 1/2014/SAD/SEJUSP/PM3/PMMS, para preenchimento de 28 novas vagas para o mesmo cargo, embora ainda houvesse candidatos aprovados do concurso anterior, que ainda estaria válido.

Aduz que não há mais necessidade de discutir o mérito da questão, em razão do teor do Acórdão que concedeu a segurança nos autos nº 1409233-41.2014.8.12.0000. Como se trata de situação análoga, deve ser reproduzido o mesmo efeito no julgamento deste *mandamus*, sob pena de haver um desequilíbrio jurídico.

Alega que a Administração, erroneamente, convocou para matrícula apenas os candidatos que já conseguiram determinação judicial – alguns deles em classificação inferior à do Impetrante – em vez de seguir a ordem de classificação do certame de 2013, e somente após seu esgote passar a convocar os aprovados em 2014. Insurge-se contra o indeferimento dos benefícios da assistência judiciária.

Relatei.

Não vislumbro razões suficientes para reconsideração da decisão agravada, que fica mantida por seus próprios fundamentos.

Inclua-se em pauta para julgamento.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Erasmo Bruno de Mello cubas interpõe o presente Agravo Regimental, pretendendo a reforma da decisão monocrática que indeferiu liminarmente o Mandado de Segurança nº 1411319-48.2015.8.12.0000.

A decisão agravada deve ser mantida. O Agravante limitou-se a repetir os argumentos já esposados no recurso de Agravo de Instrumento, insuficientes para afastar os fundamentos lançados alhures, que passo a reiterar.

Por primeiro, não há dúvida de que o Impetrante foi eliminado do processo seletivo para ingresso no Curso de Formação de Sargentos PMMS 2013. É o que se depreende dos seguintes dispositivos editalícios (f.25/31 - destaquei):

> *6.22.4 - Os candidatos aprovados na Prova Escrita Objetiva, conforme relação publicada no Diário Oficial do Estado, serão convocados para a fase seguinte em um quantitativo correspondente a 3 (três) vezes o número de vagas oferecidas.*
>
> *6.22.4.1 - Os candidatos não convocados de acordo com o critério estabelecido no subitem 6.23.1, estarão automaticamente eliminados do Processo Seletivo Interno para Ingresso no Curso de Formação de Sargentos – QPPM/2013.*
>
> *10.4 - Serão convocados para a realização do CFS/PM apenas os candidatos aprovados e classificados de acordo com o item 10.1 e, observado o quantitativo de vagas estabelecido no item 1.3 deste Edital.*
>
> *11.2.1 - Somente será matriculado no CFS o candidato que tiver sua inscrição aceita e for classificado dentro do limite das vagas, conforme critérios estabelecidos neste Edital - Habilitação por Mérito Intelectual, e continuar preenchendo os mesmos requisitos exigidos no subitem 3.1.*
>
> *13.2 - A simples classificação no Processo Seletivo não gera direito à matrícula no curso, a qual será efetivada somente se o candidato estiver dentro das vagas oferecidas e cumprir as exigências contidas neste Edital.*

O processo seletivo 2013, por critério de mérito intelectual, previu o oferecimento de 40 vagas, sendo que apenas os aprovados na prova objetiva, classificados dentro do quantitativo de três vezes o número de vagas, é que seriam convocados para a fase subsequente.

Para não deixar margem de dúvida, o edital chega até a ser repetitivo no que tange a esse regramento, asseverando que os demais candidatos, fora da 120ª colocação, estão automaticamente eliminados do processo seletivo.

Ou seja, o Impetrante sequer teria direito de prosseguir participando o das demais fases visto que, na prova objetiva, ficou classificado em 634º lugar; muito menos poderia, obviamente, ser matriculado e participar do curso de formação, que é o fim último da seleção.

Além disso, sobreleva destacar que processo seletivo interno para ingresso em curso de formação não se confunde com concurso público tal qual assentado na Constituição da República, em seu artigo 37, II, que prevê que *"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos"*. O dispositivo constitucional obviamente trata de ingresso no serviço público, e não de ascensão funcional.

Isso não significa, de modo algum, menor atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, dentre os quais se destacam legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ocorre, por vezes, o contrário: vincula-se o ente ou órgão promotor do concurso a conduta sequer prevista em Lei.

É exatamente o que se observa no que diz respeito a necessidade de homologação de concurso público, que é uma "exigência" jurisprudencial e não legal. A Constituição fala em prazo de validade, não em homologação. E se nem mesmo para ingresso no serviço público é imposta tal providência, menos ainda para processo seletivo interno que visa a ascensão funcional.

A despeito disso, o edital de 2013 foi claro e expresso quanto à validade do processo seletivo, conforme item 13.3 (f.33):

> *13.3 -O presente processo seletivo terá a validade improrrogávelde 60 (sessenta) dias, contados a partir da data de matrícula no curso.*

O Edital nº 15/2013/PM3 (em anexo), publicado em 10.10.2013, homologou a Ata de Matrícula nº 002/CFS/2013 – Mérito Intelectual, com o nome de cada um dos 40 aprovados para participar do curso de formação. Ou seja, a partir daquela data iniciou-se a contagem do prazo de sessenta dias, que se esgotou em 09.12.2013, extinguindo-se a validade do processo seletivo, que findou-se e aperfeiçoou-se.

Apenas em 2014, pelo Edital nº 1/2014/SAD/SEJUS/PM3/PMMS, publicado em 29.04.2014 – quase cinco meses depois – foi aberto novo certame para ingresso em novo Curso de Formação de Sargentos, que em absolutamente nada violou direito dos candidatos aprovados no processo seletivo anterior. Dos candidatos eliminados, nem é preciso dizer.

Ou seja, o Impetrante não tinha, como não teve, direito de participar das fases subsequentes à prova objetiva do processo seletivo de 2013; por conseguinte, não tinha e não tem direito de participar do Curso de Formação de Sargentos 2013; e, menos ainda, direito de participar do Curso de Formação de Sargentos 2014. Isso porque foi eliminado do processo seletivo de 2013, que transcorreu legal e regularmente, da mesma forma que a seletiva de 2014.

Quanto à alegação de que não se deve mais adentrar ao mérito da discussão, em razão de Acórdão proferido em outro mandado de segurança, é evidente seu descabimento. Não há qualquer vinculação entre um processo e outro, e ou entre um julgado e outro. O mandado de segurança mencionado fez coisa julgada *inter partes* e assim se dará com este.

Finalmente, mas não por último, anoto que não há qualquer impedimento para que o Magistrado adentre o mérito da demanda, se o direito pleiteado evidentemente não existe. A lei não só permite como leva-o a decidir assim.

Não haveria qualquer sentido, necessidade ou utilidade para o prosseguimento de ação que pleiteia direito cuja inexistência é patente ao Julgador.

A Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança, determina em seu artigo 10:

> *Art. 10. A inicial* ***será desde logo indeferida****, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.* (grifei)

O dispositivo impõe ao Julgador o indeferimento da inicial quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais. Em que pesem os argumentos contrários, não há como concluir que o artigo diga respeito apenas a pressupostos formais, exatamente em razão da distinção feita entre as expressões 'não ser o caso' e 'faltar algum dos requisitos legais'.

O início da Lei, em seu artigo 1º, já estabelece: *"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo.*.". Convencido da inexistência do direito líquido e certo, por óbvio o Magistrado está convicto de não ser caso de mandado de segurança, porque a Lei assim o diz. Não lhe resta alternativa lógica, portanto, a não ser o indeferimento liminar da inicial.

Convém anotar que, se a mera ausência de prova pré-constituída do direito alegado tem o condão de implicar na extinção da ação mandamental, muito mais há de impor tal consequência ante a presença de prova inequívoca da inexistência desse direito.

Ressalto que o prosseguimento do processo seria mero exercício retórico, o que não se coaduna com os reclamos de celeridade na providência jurisdicional. Por essas razões, impõe-se a extinção do *mandamus* em seu nascedouro.

Por último, devem ser indeferidos os benefícios da assistência judiciária, já que o Agravante aufere renda considerável (R$3.511,09), além de ter contratado advogado particular para atuar no pleito. Assim, não faz jus aos benefícios da assistência judiciária, considerando que há prova documental que leva à conclusão de não ter a alegada hipossuficiência.

Ressalto que a forma como a parte despende seus vencimentos, se de maneira regrada ou não, é questão que refoge ao âmbito de apreciação da necessidade dos referidos benefícios, devendo ser considerado, por isso mesmo, o salário bruto auferido.

É de se concluir que, nada obstante declarar-se pobre, o Impetrante tem condição financeira para arcar com as custas processuais.

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, nos termos do voto do relator. Ausente, por férias, o Des. Dorival Renato Pavan.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0000581-96.2011.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – RECURSO DO MUNICÍPIO DE RIBAS DO RIO PARDO: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – OBRAS PÚBLICAS DE LOTEAMENTO URBANO – FALTA DE ESCOAMENTO DE ÁGUAS PLUVIAIS – DANOS NO IMÓVEL DO REQUERENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANOS MATERIAIS – COMPROVADOS – QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL – RAZOABILIDADE – RECURSO CONHECIDO DESPROVIDO.

As pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros quando demonstrado o nexo causal e o ato lesivo, bem como ausente qualquer causa excludente de responsabilidade. A realização de obras pelo poder público municipal para o loteamento de imóveis residenciais no entorno da propriedade rural do demandante causou danos ao solo, com o aparecimento de erosões e voçorocas, em razão do escoamento incorreto de águas pluviais, sendo devida a reparação. Havendo prova do alegado dano material, é devida a reparação. Analisadas as condições econômicas das partes e o sofrimento dos requerentes, o valor arbitrado a título de danos morais não comporta redução, pois fixado em quantia razoável.

RECURSO ADESIVO DE SEBASTIÃO ANATÓLIO CARDOSO ESPÓLIO: RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – PRELIMINAR ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES – INADMISSIBILIDADE DO RECURSO – AFASTADA – MÉRITO – OBRAS PÚBLICAS DE LOTEAMENTO URBANO – FALTA DE ESCOAMENTO DE ÁGUAS PLUVIAIS – DANOS NO IMÓVEL DO REQUERENTE – LUCROS CESSANTES – COMPROVADOS – QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL – RAZOABILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EQUITATIVA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

É admissível o recurso que busca a reforma da sentença para que haja um resultado mais vantajoso, considerando que a parte não obteve êxito na totalidade dos pedidos formulados na inicial.

É devido o pagamento de lucros cessantes que o demandante estimou perceber com a atividade comercial antes desenvolvida e interrompida pelos danos causados pelo município.

Analisadas as condições econômicas das partes e o sofrimento dos requerentes, o valor arbitrado a título de danos morais não comporta elevação, pois fixado em quantia razoável.

Ainda que os honorários advocatícios sejam fixados de forma equitativa, na forma do § 4º do art. 20 do CPC, devem ser observados os critérios contidos nas alíneas a, b e c do § 3º do mesmo dispositivo legal, considerando o conteúdo econômico da demanda, bem como ao grau de zelo do profissional, natureza e importância da causa, trabalho desempenhado e o tempo exigido.

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – OBRAS PÚBLICAS DE LOTEAMENTO URBANO – FALTA DE ESCOAMENTO DE ÁGUAS PLUVIAIS – DANOS NO IMÓVEL DO REQUERENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANOS

MATERIAIS – COMPROVADOS – DANO MORAL – CONFIGURADO – QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL – RAZOABILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EQUITATIVA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

As pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros quando demonstrado o nexo causal e o ato lesivo, bem como ausente qualquer causa excludente de responsabilidade.

A realização de obras pelo poder público municipal para o loteamento de imóveis residenciais no entorno da propriedade rural do demandante causou danos ao solo, com o aparecimento de erosões e voçorocas, em razão do escoamento incorreto de águas pluviais, sendo devida a reparação.

Havendo prova do alegado dano material, é devida a reparação.

É devido o pagamento de lucros cessantes que o demandante estimou perceber com a atividade comercial antes desenvolvida e interrompida pelos danos causados pelo município.

Analisadas as condições econômicas das partes e o sofrimento dos requerentes, o valor arbitrado a título de danos morais não comporta redução ou majoração, pois fixado em quantia razoável.

Ainda que os honorários advocatícios sejam fixados de forma equitativa, na forma do § 4º do art. 20 do CPC, devem ser observados os critérios contidos nas alíneas a, b e c do § 3º do mesmo dispositivo legal, considerando o conteúdo econômico da demanda, bem como ao grau de zelo do profissional, natureza e importância da causa, trabalho desempenhado e o tempo exigido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar, dar parcial provimento ao recurso de Sebastião Anatólio Cardoso (Espólio), negar provimento ao recurso do Município de Ribas do Rio Pardo e, de ofício, em sede de reexame necessário, manter em parte a sentença, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Município de Ribas do Rio Pardo interpôs recurso de apelação e Sebastião Anatólio Cardoso - Espólio interpôs recurso adesivo em face da sentença proferida por Evandro Endo, Juiz da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo que, na ação de reparação de danos ajuizada pelo Espólio de Sebastião Anatólio Cardoso em desfavor de Município de Ribas do Rio Pardo, julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para condenar o ente municipal a pagar ao requerente o valor de R$ 65.286,00 (sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais) a título de danos materiais (danos emergentes), corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, desde maio de 2013, acrescido de juros de mora de 1% ao mês

a contar da citação, bem como pagar indenização de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, corrigido pelo IGPM/FGV a partir da sentença, com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Em razões de recurso de apelação (f. 268-277), o Município de Ribas do Rio Pardo alega que *"operando-se o ato do Poder Público causador de dano na modalidade omissiva, deverá restar comprovado além dos elementos que caracterizam a responsabilidade objetiva, também o elemento da culpa do ente público, tornando-se a responsabilidade, neste caso, na modalidade subjetiva."*

Destaca que os requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar não estão presentes, quais sejam, ação (omissão), dano, nexo causal e culpa.

Sustenta que, embora o laudo pericial aponte o início de processo erosivo no imóvel de propriedade do recorrido, não restou demonstrado que tal fato, por si só, "ocasionaria a ruptura das lagoas artificiais", como aduzido na inicial e na sentença.

Enfatiza que não há provas da ocorrência do dano material, pois a ruptura das lagoas não danificou os tanques de piscicultura do recorrido. Ademais, o valor de R$ 65.286,00 (sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais) não pode ser utilizado como base para quantificação do alegado dano material, pois referem-se à prestação de serviços de revitalização da estrutura do imóvel em questão.

Aduz que os danos materiais alegados devem, necessariamente, ser comprovados e aferíveis, economicamente.

Aponta a inexistência de dano moral, pois o apelado enfrentou mero aborrecimento com os fatos descritos no feito.

Ressalta que a quantificação do dano moral deve observância a critérios próprios, como o grau de reprobabilidade da conduta, o caráter pedagógico da condenação, a consideração da repercussão do dano na vida da pessoa e a capacidade econômica das partes.

Requer o conhecimento e o provimento do recurso para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial ou para que haja redução dos valores arbitrados.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 286-294), pugnando pelo improvimento do recurso.

Em razões do recurso adesivo (f. 295-302), Sebastião Anatólio Cardoso sustenta que o valor do dano moral é ínfimo frente ao desgaste emocional sofrido, pois foi privado de exercer a única atividade que lhe permitia o sustento.

Destaca que *"além das obras, realizadas pelo município, causarem prejuízos na propriedade do apelante (processo erosivo), houvera ainda uma agressão ao meio ambiente."*

Aduz que, no passado, as partes celebraram um TAC a fim de que o município pudesse retificar a degradação causada pelas obras, o que jamais ocorreu, pois sempre sofreu com os desgastes impostos pela ação irregular do município.

Enfatiza que *"tem prevalecido o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral possui natureza jurídica compensatória, no que tange à vítima, e punitiva com relação ao agressor, atuando como sansão. Visa, deste de modo, desestimular a pratica de nova lesão ao direito de personalidade".*

Ressalta que o dano moral deve ser majorado para 50 (cinquenta) salários mínimos.

Destaca que a sentença merece reforma no tocante aos lucros cessantes, pois restaram provados com os documentos de f. 30-32, elaborado por agente público que, *in loco*, constatou a capacidade de produção da atividade comercial desempenhada, baseando-se na quantidade de peixes que havia na propriedade na época que desempenhava as atividades comerciais.

Menciona que, de acordo com a produtividade e do histórico, a AGRAER verificou o rendimento anual de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil), valor irrefutável que deixou de perceber desde o ano de 2011.

Afirma a necessidade de majoração dos honorários advocatícios de sucumbência para 20% do valor da condenação.

Requer o provimento do recurso para reformar em parte a sentença e majorar os danos morais, arbitrar a quantia de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a título de perdas e danos (lucros cessantes) e arbitrar os honorários advocatícios em 20% do valor da condenação.

O recorrido apresentou contrarrazões (f. 308-313), arguindo preliminar de não conhecimento do recurso por ausência de sucumbência do recorrente Sebastião. No mérito, pugna pelo seu improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de reexame necessário, bem como recurso de apelação interposto por Município de Ribas do Rio Pardo e recurso adesivo interposto por Espólio de Sebastião Anatólio Cardoso em face da sentença proferida pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo que, na ação de reparação de danos ajuizada pelo Espólio de Sebastião Anatólio Cardoso em desfavor de Município de Ribas do Rio Pardo, julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para condenar o ente municipal a pagar ao requerente o valor de R$ 65.286,00 (sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais) a título de danos materiais (danos emergentes), corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, desde maio de 2013, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, bem como pagar indenização de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, corrigido pelo IGPM/FGV a partir da sentença, com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Confira-se a parte dispositiva da sentença (f. 251-260):

> *"Ante o exposto, resolvo o mérito nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgando* ***parcialmente procedente*** *o pedido formulado pela parte requerente na inicial, em desfavor do requerido, ambos já qualificados, para o fim específico de condenar o Município de Ribas do Rio Pardo/MS a pagar à requerente o valor R$ 65.286,00 (sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais), a título de danos materiais (danos emergentes), corrigidos pelo IGPM/FGV desde maio de 2013 (fl. 208), mais juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, e a pagar indenização por dano moral no valor que arbitro em R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos pelo IGPM/FGV a partir da data desta sentença, mais juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.*
>
> *Julgo improcedente o pedido de reparação por lucros cessantes por não haver comprovação de efetivo e certo aumento patrimonial virtual.*
>
> *Ante a sucumbência mínima do pedido, condeno, ainda, o requerido ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, que fixo no valor correspondente a 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, considerando o grau de zelo profissional, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço."*

Primeiramente, esclareço que por se tratar-se de sentença de procedência parcial, proferida em face de Poder Público Municipal e em que pese a ausência de remessa necessária pelo Juiz *a qu*o, face o princípio da economia processual, exercerei, nesta oportunidade o reexame necessário, consoante o inciso I artigo 475 do CPC.

Confira-se:

> *Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*
>
> *I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;*

Em razões do recurso de apelação, o Município de Ribas do Rio Pardo pugna pela reforma da sentença nos seguintes pontos: a) afastamento da responsabilidade objetiva, com o reconhecimento da ausência dos requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar; b) ausência de provas do alegado dano material; c) ausência de dano moral; d) redução do *quantum* fixado a título de dano moral.

Em razões do recurso adesivo, o Espólio de Sebastião Anatólio Cardoso requer: a) a majoração do *quantum* arbitrado a título de dano moral; b) condenação do requerido ao pagamento de danos materiais na modalidade lucros cessantes; c) majoração dos honorários advocatícios para 20% do valor da condenação.

Em contrarrazões ao recurso adesivo, o recorrido Município de Ribas do Rio Pardo argui preliminar de inadmissibilidade recursal, por ausência de sucumbência do demandante Sebastião Anatólio Cardoso.

Breve relato dos fatos:

Consta na inicial que o então requerente Sebastião Anatólio Cardoso exercia a atividade comercial de "pesque e pague" em sua propriedade, localizada em área baixa, nas proximidades do Córrego da Lagoa, sito à Rua Senador Filinto Muller, n. 1.333, Centro, na cidade de Ribas do Rio Pardo, denominado "Recanto Diana", sendo que após o advento de loteamentos residenciais em sua proximidade, o Município precisou abrir novas vias de acesso, realizadas sem sistema de drenagem e em inobservância às normas técnicas, o que causou consideráveis transtornos e estragos na região, inclusive, na propriedade do requerente. Isto porque, há concentração da água das chuvas para uma única direção, causando erosões na propriedade do requerente, dificultando seu acesso e ameaçando a ruptura das lagoas artificiais, em evidentes prejuízos. Esclareceu que a falta de acesso à propriedade afastou os clientes, causou o assoreamento das lagoas artificiais, bem como a morte e fuga dos peixes que guarneciam o local. Ressaltou que o Município se comprometeu a promover as reparações necessárias, tendo firmado, em 15/06/2004 (f. 47), Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público Estadual para a contenção das águas pluviais, contudo, permaneceu inerte. Apontou que tentou a solução do impasse de forma amigável, não tendo tido êxito. Destacou que foi realizado laudo técnico, o qual aponta o descaso do requerido com o meio ambiente. Requereu a reparação por perdas e danos (dano emergente, lucro cessante e danos morais).

Na contestação (f. 116-118), o Município requerido alega que vem cumprindo o Termo de Ajustamento de Conduta realizado com o Ministério Público Estadual em 2003, tendo pago valor acordado ao requerente (R$ 60.000,00), para compensar os danos materiais sofridos desde 2001 (f. 51). Pugnou pela improcedência da demanda.

O requerente faleceu no curso da ação, razão pela qual houve a substituição processual pelo Espólio.

Na sentença, o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, para condenar o Município ao pagamento de R$ 65.286,00 (sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais) a título de danos emergentes R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Procedo à análise conjunta dos recursos.

Da preliminar de não conhecimento do recurso adesivo

Em contrarrazões, Município de Ribas do Rio Pardo pugnou pelo não conhecimento do recurso adesivo interposto por Sebastião Anatólio Cardoso *"em razão de sua inadmissibilidade por faltar-lhe um dos requisitos essenciais a sua admissibilidade, ou seja, sucumbência recíproca, uma vez que a sentença foi totalmente desfavorável ao Município de Ribas do Rio Pardo."*

Os requisitos de admissibilidade dos recursos são divididos em dois grandes grupos pela doutrina, a saber, os intrínsecos e extrínsecos.

Dentre os requisitos intrínsecos se encontra o cabimento, a legitimação para recorrer, interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer (Fredie Didier Jr.[1] ressalta que, para Nelson Nery Jr., este requisito está dentre os requisitos extrínsecos).

Já os requisitos extrínsecos são aqueles relativos ao modo de exercício do direito de recorrer: tempestividade, regularidade formal e preparo.

Sobre o tema, eis a lição de Fredie Didier Jr *et al:*

> *"O objeto do juízo de admissibilidade dos recursos é composto dos chamados requisitos de admissibilidade, que se classificam em dois grupos: a) requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer): cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; b) requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercício do direito de recorrer): preparo, tempestividade e regularidade formal."* (Curso de direito processual civil. 11. ed. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 46)

Como visto, verifica-se que o interesse está entre os requisitos intrínsecos de admissibilidade do recurso, o qual está ligado à ideia de sucumbência da parte que o interpõe, visando a reforma da sentença.

Sobre o tema, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade[2] mencionam:

> *"Requisitos de admissibilidade: interesse em recorrer. Consubstancia-se na necessidade que tem o recorrente de obter a anulação ou reforma da decisão que lhe for desfavorável. É preciso, portanto, que tenha sucumbido, entendida a sucumbência aqui como a não obtenção, pelo recorrente, de tudo o que poderia ter obtido do processo. Assim, ainda que tenha se saído vencedor na demanda, pode ter sucumbido e, consequentemente, ter interesse em recorrer. Se pediu 100 e obteve 80, ganhou a demanda parcialmente, pois não obteve tudo (100) o que poderia ter obtido do processo. Pode recorrer pretendendo os 20 restantes."*

Na hipótese, constata-se que houve a procedência parcial dos pedidos formulados na inicial, havendo sucumbência do requerente quanto aqueles que não obteve êxito.

1 DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 46.

2 NERY JR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 847.

Da análise da inicial, verifica-se que o requerente pugnou pela condenação do demandado à reparação de perdas e danos, nas seguintes modalidades: a) lucros cessantes, correspondente ao prejuízo anual sofrido, no valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), b) danos emergentes em R$ 65.286,00 (sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais); c) danos morais, em quantia não inferior a 200 (duzentos) salários mínimos. Na sentença, o magistrado *a quo* condenou o Município de Ribas do Rio Pardo ao pagamento de danos materiais de R$ 65.286,00 (sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais) e danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Constata-se que o requerente sucumbiu quanto ao pedido de lucros cessantes e danos morais, este arbitrado em quantia aquém da pleiteada na inicial, sendo admissível o recurso que busca resultado mais vantajoso.

Assim, presente o interesse recursal do requerente quanto ao pedido de reforma da sentença, não há falar-se em inadmissibilidade do recurso.

Logo, rejeito a preliminar e passo à análise conjunta do mérito dos recursos.

Do mérito

Da responsabilidade civil do Município de Ribas do Rio Pardo

Sabidamente, a evolução da responsabilidade do Estado pode ser dividida em quatro grandes etapas: a) a irresponsabilidade, marcada pela máxima de que o "Rei não erra", própria dos regimes absolutistas; b) a irresponsabilidade em relação aos atos de império e a responsabilidade em relação aos atos de gestão, que dependia da identificação do agente e demonstração de culpa deste; c) a culpa anônima do serviço, em que o Estado apenas responderia pelos atos decorrentes da má prestação do serviço, da não prestação, prestação tardia ou prestação insuficiente; e d) a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva.[3]

José dos Santos Carvalho Filho[4], dissertanto sobre a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva, afirma*:*

> *"Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.*
>
> *Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado.*
>
> *É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.*
>
> *Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado."*

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
4 CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 556.

Hely Lopes Meirelles[5], sobre a matéria, comenta:

> *"Não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público.* ***Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais*** *(...)". Grifo nosso.*

Na atualidade, o sistema jurídico reconhece a responsabilidade objetiva do Estado, consagrada nas disposições do art. 37, § 6º, da CF/88.

Confira-se:

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

Nesta hipótese, dispensa-se a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) bastando a demonstração da conduta, dano e nexo de causalidade, de modo que a responsabilidade do Estado só será excluída se demonstrar a culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Nesse sentido:

> *ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. COLISÃO ENVOLVENDO VEÍCULO DO AUTOR E ÔNIBUS PERTENCENTE À PREFEITURA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA (ART. 37, § 6.º DA CF) EXTENSIVA A TERCEIRO NÃO USUÁRIO DO SERVIÇO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE PROVAR A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA OU A EXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DE SUA RESPONSABILIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA.*
>
> *Ainda que não configurada a culpa do preposto da ré pela colisão entre o veículo de transporte coletivo urbano e o automóvel do autor, a ré responde objetivamente pelos danos causados. A pessoa jurídica de direito público prestadora de serviço público só não responderia pelos danos imputados ao autor se demonstrada a culpa exclusiva da condutora do carro do apelante ou o caso fortuito ou a força maior, o que não se verifica na espécie. Evidenciada a responsabilidade civil objetiva da ré, faz jus o autor ao recebimento de reparação pelos danos materiais, consistentes nas despesas para conserto do veículo. Recurso provido.* (TJSP; Apelação N. 0007284-56.2011.8.26.0428; Relator(a): Gilberto Leme; Comarca: Campinas; 35ª Câmara de Direito Privado; julgado em 19/10/2015).

Da análise das provas documentais colacionadas aos autos e da própria defesa do Município requerido, é inegável concluir que as obras realizadas pelo Poder Público Municipal para o loteamento de imóveis residenciais no entorno da propriedade rural do demandante, causaram danos ao solo, com o aparecimento de erosões e voçorocas, em razão do escoamento incorreto de águas pluviais, o que inviabilizou a atividade pesqueira exercida no local.

Verifica-se que em 26/05/2009, as partes firmaram acordo judicial (f. 43-44), bem como que o Município realizou TAC com o Ministério Público Estadual (f. 45-47), em 15/06/2004, comprometendo-se à obrigação de fazer, no prazo de 90 (noventa) dias, para providenciar contenção primária de águas pluviais, direcionando parte desta para a represa já existente (Antiga Lagoa); fazer rebaixamento da

5 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 691.

tubulação na Rua Senador Filinto Muller para melhor drenagem; contenção da água que desce na Rua da Servidão por meio de curvas de nível; contenção da água do Parque Estoril, para que não atravesse a Rodovia 262, vindo a prejudicar os tanques do Recanto D'Ana; fazer taludes suaves nas bordas dos tanques e gramar as bordas para não prejudicar a propriedade e adjacências, sob pena de pagamento de multa diária de 50 UFERMS.

Embora o Município tenha alegado na contestação que se comprometeu a executar as obras de drenagem, para solucionar ou minimizar os transtornos causados, não fez prova de que vem cumprindo o ajustado, já que os danos persistiram na propriedade do requerente, que continuou sofrendo com a falta de escoamento das águas pluviais, independentemente do fato de o Município possuir licenças para a realização de obras ou ter agido no exercício regular de um direito.

Em parecer técnico realizado pelo IMASUL – Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (f. 128-132), consta o seguinte:

> *"No caso em questão, o imóvel do requerente situa-se em um fundo de vale, abrigando um córrego com diversas nascentes, e que tem como área de contribuição mais de 50% da área do município, devido à situação do relevo.*
>
> *(...) é necessária uma atenção especial do poder público de forma a minimizar os impactos ambientais em áreas mais baixas, sendo que o ideal seria a implantação de uma rede de drenagem de águas pluviais, de modo a canalizar racionalmente as águas de chuva até o veio d'água mais próximo, que comporte o volume de água excedente.*
>
> *Nesta caso,* ***não foi aplicada esta solução, sendo que os novos e antigos loteamentos, além de ruas asfaltadas, simplesmente escoam as chuvas pelo local de menor resistência natural, ou seja, os finais de ruas mais baixos, criando leitos de enxurradas sobre um solo frágil, que pode levar a um dano ambiental grave, como a ocorrência de erosões e voçorocas.***
>
> *Diante do exposto conclui-se que:*
>
> *- Há assoreamento na nascente do "Córrego Lagoa", existente na "Chácara Recanto Diana", devido ao acúmulo de sedimentos, provenientes da Avenida Senador Filinto Muller e da Rua da Servidão, favorecido pela topografia com declive acentuado,* ***inexistência de asfalto e sistema de drenagem pluvial na Avenida Senador Filinto Muller e na Rua da Servidão."*** *(destaquei)*

Em resposta aos quesitos, o perito constatou que, embora tenha sido realizado processo de drenagem, o mesmo não foi suficiente para o escoamento correto de águas pluviais, bem como que o Município não vem cumprindo totalmente o TAC.

Confira-se (f. 187):

> *"Quesito 06*
>
> *A drenagem da rua Filinto Muller, descarregando as águas diretamente no leito do córrego Cabeceira da Lagoa, está correta ou não?*
>
> *Resposta 06*
>
> *Não. O grande volume de água despejado diretamente no córrego da Lagoa, causa um processo erosivo em toda a cabeceira e leito do córrego na propriedade do Autor.*

Quesito 07

Informar se os serviços acordados entre o requerido e a requerida, firmado por meio de TAC foram cumpridos totalmente pelo requerido?

Resposta 07

Existem indícios de que a requerida, pelo menos em parte, não cumpre o TAC."

Referido laudo pericial (f. 175-190), assim concluiu:

*"**08 – CONCLUSÃO***

*01 – Conforme ao longo do relatório técnico, **concluímos que no imóvel do autor, foi constatado um inicio de processo erosivo causado por volume excedente de água proveniente dos loteamentos vizinhos**;*

02 – Com as obras de tentativa de contenção do volume de água que atinge o imóvel, que segundo informações teriam sido realizadas pela requerida, teriam sido removidos porção de mata nativa que protegia as nascentes existentes no imóvel, deixando as mesmas vulneráveis;

*03 – **A condução da água que escorre pela Rua Senador Filinto Muller ao córrego que banha o imóvel do autor, gera um volume excessivo de água cujo córrego não comportaria por suas características naturais, o que atualmente esta causando um processo erosivo em seu leito e margens.**" (destaquei)*

Confira-se, ainda, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça com relação ao Relatório de Vistoria Técnica n. 191/CORTEC/2011 (f. 142):

"Estamos de acordo como Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, onde concluiu no parecer técnico GCF/IMASUL n. 82/2011 que o assoreamento da nascente do "Córrego Lagoa", é devido ao acúmulo de sedimentos, provenientes da Avenida Senador Filinto Muller e da Rua da Servidão, favorecido pela topografia com declive acentuado, inexistência de asfalto e de sistema de drenagem pluvial.

Concluímos também, que devido aos problemas de assoreamento das nascentes, o abastecimento dos tanques de piscicultura está sendo diretamente comprometido, uma vez que com o assoreamento consatnte, a vazão das nascentes existentes dentro da propriedade vem diminuindo gradativamente.

Concluímos que a disposição das partículas do solo dentro dos tanques de piscicultura impossibilita a criação de peixes, acarretando prejuízos financeiros, inviabilizando todo o empreendimento.

Conclui-se que os trabalhos realizados pela Prefeitura Municipal de Ribas do Rio Pardo, não foram adequados para solucionar os problemas de escoamento superficial de água na Rua da Servidão e Rua Senador Filinto Muller, sendo que, caso não seja realizado um trabalho técnico eficaz, ocorrerá ainda mais problemas com assoreamentos das nascentes."

Por fim, necessária se faz a devida observância à conclusão do magistrado de primeiro grau (f. 256):

"Desse modo, especificamente quanto à manifestação do requerido de fl. 217-219, o município intenta demonstrar que atua dentro do exercício regular de um direito, mencionando que possui licença para a realização das obras, porém a responsabilidade

objetiva estatal independe do caráter lícito ou ilícito da ação ou da omissão, tendo em vista que o escopo não é penalizar a conduta, mas, sim, reparar o dano causado."

Assim, acertada a sentença que reconheceu a responsabilidade objetiva do Município de Ribas do Rio Pardo.

Dos danos materiais

Lucros cessantes

Na sentença, o magistrado *a quo* acolheu o pedido de reparação de danos emergentes, ora impugnado pelo Município requerido, bem como julgou improcedentes os pedidos de lucros cessantes, objeto de reforma nas razões do recurso adesivo do requerente.

No que se refere aos lucros cessantes, entendo que algumas considerações merecem ser feitas em relação as perdas e danos, cuja distinção é bem explicitada nas lições de Maria Helena Diniz[6].

Confira-se:

"O dano vem a ser a efetiva diminuição do patrimônio do credor ao tempo em que ocorreu o inadimplemento da obrigação, consistido na diferença entre o valor atual desse patrimônio e aquele que teria se a relação obrigacional fosse exatamente cumprida. É, portanto, a diferença entre a situação patrimonial atual, provocada pelo descumprimento da obrigação, e a situação em que o credor se encontraria, se não tivesse havido esse fato lesivo. O dano corresponderia à perda de um valor patrimonial pecuniariamente determinado. Seriam as perdas e danos o equivalente do prejuízo ou do dano suportado pelo credor, em virtude do devedor não ter cumprido, total ou parcialmente, absoluta ou relativamente, a obrigação, expressando-se numa soma de dinheiro correspondente ao desequilíbrio sofrido pelo lesado. As perdas e danos são uma consequência do inadimplemento do devedor.

Havendo inexecução da obrigação, o prejudicado terá direito a uma reparação que possibilite reequilibrar a sua posição jurídica, ressarcindo-lhe todos os prejuízos, mediante a estimação das perdas e danos, realizando-se, então, a composição por meio de certa quantia em dinheiro, correspondente ao valor da prestação descumprida e aos danos sofridos por esse inadimplemento.

(...)

As perdas e danos devidos ao credor abrangerão, segundo o Código Civil, art. 1.059, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Estabelece, ainda, esse diploma legal, no art. 1.060, que "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato". Para conceder indenização de perdas e danos, o magistrado deverá considerar se houve:

1º) Dano positivo ou emergente, que consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do credor, isto é, uma concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou ou ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que o credor tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais. Na condenação relativa a dano emergente, a indenização poderá processar-se de duas formas: o autor do dano será condenado a proceder à restauração do bem danificado ou a pagar o valor das obras necessárias

6 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 378 e seguintes. v. 2.

a essa reparação. A indenização relativa ao dano emergente pretende restaurar o patrimônio do lesado no estado em que anteriormente se encontrava. Se a obrigação não cumprida consistir em pagamento em dinheiro, a estimativa do dano emergente já estará previamente estabelecida pelos juros de mora e custas processuais, sem prejuízo da pena convencional (CC, art. 1.061). Os juros moratórios funcionam como uma espécie de prefixação das perdas e danos; o mesmo se diz das custas processuais e honorários advocatícios (CPC, art. 20).

2º) Dano negativo ou lucro cessante ou frustrado, alusivo à privação de um ganho pelo credor, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do descumprimento da obrigação pelo devedor. Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugado às circunstâncias peculiares ao caso concreto (RT, 434:163, 494:133). Com o intuito de evitar o pedido de somas vultosas como lucro cessante, o Código Civil limitou seu alcance no parágrafo único do art. 1.059:

"O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação".

(...)

Ao apurar os danos oriundos do inadimplemento contratual, o juiz deverá agir com prudência (RF, 224:124), pois as perdas e danos não poderão ser arbitrários, de forma que será imprescindível que estipule uma indenização justa, correspondente, na apreciação do dano emergente, ao prejuízo real, efetivamente sofrido pelo lesado, recompondo a primitiva situação, e, na apreciação do lucro cessante, ao lucro in potentia proxima , procurando-se os ganhos mais prováveis e anulando-se, assim, os efeitos da lesão, de forma a restabelecer o credor na posição que teria, se o devedor tivesse cumprido a obrigação que lhe incumbia. A reparação das perdas e danos abrangerá, então, a restauração do que o credor perdeu e a composição do que deixou de ganhar, apurado segundo um juízo de probabilidade, atendo-se o juiz, ao fixar o quantum das perdas e danos, ao tempo do julgamento, ao lugar da estimação, que será o daquele em que o pagamento teria de efetuar-se, e à pessoa do lesado, principalmente sua situação patrimonial, para poder estabelecer a repercussão que teve sobre ela a inexecução da obrigação.

Sílvio Rodrigues[7] leciona:

"(...)

A prova do lucro futuro é sempre incerta, pois, enquanto o prejudicado tende a aumentar os possíveis ganhos que experimentaria, o inadimplente tende a depreciar tais lucros, atribuindo-os à fantasia do credor. A lei, deferindo ao juiz maior arbítrio no julgar da existência e montante dos eventuais proveitos do autor, emprega a palavra razoavelmente, cuja elasticidade salta aos olhos".

Quanto aos lucros cessantes, como dito, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-los a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugado às circunstâncias peculiares ao caso concreto.

Na hipótese, é incontroverso que o requerente exercia a atividade de "pesque e pague" no imóvel, que possuía vários tanques com peixes, do qual retirava o sustento familiar. Embora o requerente Sebastião

7 RODRIGUES, Sílvio, **Direito civil**: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 282.

Anatólio Cardoso tenha falecido no curso da ação, o documento de f. 30-34, não impugnado pelo Município, comprova o trabalho "em regime de economia familiar". Referido documento consiste em Laudo de Vistoria da Atividade Financiada realizado pela AGRAER – Agência de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural em 20/12/2010, prevendo que *"neste ano de 2011, uma vez que o produtor se prepara com um estoque de alevinos e peixes entre 50 e 500 gramas em torno de cinco mil unidades o que dará uma média R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) de pescado."*

À f. 38, o demandante comprova informação enviada ao Banco do Brasil S/A em 03/01/2011, em razão de financiamento bancário, na qual consta que *"a renda obtida com o empreendimento financiado na operação acima foi de R$ 9.000,00 com a comercialização de 1.500 kg de peixes"*, bem como que *"a renda bruta esperada para o próximo período é de R$ 35.000,00 com comercialização de 5.000 kg de peixes."*

Não obstante o proprietário do pesqueiro tenha estimado uma renda bruta de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) para o ano de 2011, o único parâmetro existente nos autos para se aferir a veracidade de tal valor é a receita líquida obtida no ano de 2010, qual seja, R$ 9.000,00 (nove mil reais), valor este que, no mínimo, seria auferido pelo requerente caso não houvesse prejuízos com os tanques e peixes, bem como o difícil acesso ao estabelecimento comercial em razão do acúmulo indevido de águas pluviais ocasionadas pela mal planejamento urbano.

Desse modo, entendo que a sentença merece reforma no tocante ao pedido de lucros cessantes, uma vez que o demandante faz *jus* à reparação de R$ 9.000,00 (nove mil reais) que poderia ter lucrado no ano de 2011.

Dano emergente

No que se refere ao dano emergente, como visto deve haver a necessária reparação patrimonial ao lesado em razão do dano experimentado, visando a restauração do bem danificado.

Da análise, verifica-se que o demandante comprovou através do documento de f. 211, a "proposta de serviços" no valor de R$ 65.286,00 (sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais), referente ao serviço de limpeza dos 27 tanques, necessário para a reparação do bem danificado em razão do processo erosivo causado pelo acúmulo de águas pluviais decorrente da má prestação do serviço realizado pelo Poder Público na região.

Referido documento sequer foi impugnado pelo Município demandado, razão pela qual tal pedido foi acolhido pelo magistrado *a quo*, e que, a meu ver, deve ser mantido.

Do dano moral

Acerca do tema, Flávio Tartuce[8], leciona:

> *"A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerte-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso, é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais. Cumpre esclarecer que não há, no dano moral, uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados."*

8 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 462.

Segundo Maria Helena Diniz[9], danos morais:

> *"vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo".*

Os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores da mesma em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.

Encontra-se consubstanciado na dor, no sofrimento ocasionado pela impossibilidade de auferir renda com o imóvel no qual o demandante realizava a atividade de "pesque e pague" na região, retirando o sustento familiar, bem como pelo acúmulo de água que dificultou o acesso do próprio proprietário.

Os fatos descritos nos autos causaram sofrimentos ao requerente que dispensam maiores comprovações, pois mesmo após a realização de TAC com o Ministério Público em 2004, comprometendo-se a reparar os danos causados, bem como o acordo judicial firmado com o demandante em 2009, no qual consta que desde 2001, tais danos já eram constatados, não cumpriu o ajustado, tanto que a atividade de "pesque e pague" ficou interrompida, sendo necessária a condenação à reparação moral.

Nesse sentido:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO – Ação de indenização por danos morais e materiais – Esposa e genitora dos autores que morreu soterrada, depois que o piso do quarto residencial cedeu – Desmoronamento que teve como causa um dano/ruptura na galeria de escoamento de água pluvial que passa sob o imóvel dos autores, no período de chuva – Conjunto probatório nos autos que comprova a responsabilidade do Município pelo fatídico acidente, por não tomar medidas voltadas para o correto escoamento de águas pluviais – Dever administrativo de manter regularizado o seu sistema pluvial – Responsabilidade civil subjetiva caracterizada, por falha/omissão do serviço público – Condenação aos danos materiais e morais de rigor – Pensão mensal que deve levar em consideração o valor da salário mínimo nacionalmente unificado, previsto no art. 7º, IV, da CF – Indenização do valor do imóvel e do locativo de aluguel devidas – Indenização por dano moral bem fixada, voltado para reparar o abalo experimentado por cada autor, sem o risco de propiciar o enriquecimento sem causa."* (TJSP; APELAÇÃO CÍVEL nº 0002068-41.2014.8.26.0483 Relator(a): Carlos Eduardo Pachi; Comarca: Presidente Venceslau; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/12/2015; Data de registro: 17/12/2015)

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. OCORRÊNCIA.*
>
> *"Estando perfeitamente caracterizada a responsabilidade do Município pelos danos causados ao imóvel dos autores, impunha-se a obrigação de indenizar."*
>
> *Sentença mantida pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, adotados como razão de decidir, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.*
>
> *Recurso não provido.* (TJSP; Reexame Necessário nº 0161069-03.2007.8.26.0000; Relator(a): Camargo Pereira; Comarca: Dracena; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/12/2014; Data de registro: 16/12/2014; Outros números: 7089085400)

9 DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 80.

Portanto, também está caracterizado o dano moral.

Do valor do dano moral

Quanto à quantificação do dano moral, o Município demandante pugna pela redução, enquanto que o requerente requer a majoração do valor arbitrado pelo magistrado *a quo* em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

O dano moral, na hipótese, tem a função compensatória, sendo importante ressaltar que a soma arbitrada não pode ser inexpressiva e nem constituir fonte de enriquecimento sem causa, devendo guardar relação de proporcionalidade com o dano sofrido e com a gravidade do ato ilícito.

Entretanto, mensurar o *quantum* devido, constitui atividade difícil para o julgador, haja vista a falta de critérios objetivos na legislação pátria.

Rui Stoco, em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> *"a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;*
>
> *b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;*
>
> *c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;*
>
> *d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;*
>
> *e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;*
>
> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*
>
> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente. "*

A fixação do dano moral não segue método prático e objetivo, mas, fica a arbítrio do julgador a análise de circunstâncias fáticas que constam dos autos, balizado pela razoabilidade e proporcionalidade, não podendo ser tão baixo a ponto de não servir de marco educador, evitando novas condutas no mesmo sentido, nem tão alto que sirva como fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido.

É inegável o sofrimento, a dor, a tristeza e a angústia experimentados pelo requerente, que teve muito mais que mero aborrecimento em razão dos danos causados pelo Poder Público, uma vez que o não cumprimento do TAC e o acordo homologado em juízo, no sentido de reparar os danos ambientais causados

na região onde encontra-se a propriedade do demandante, que repercutiu na atividade comercial por ele desenvolvida, é conduta reprovável.

Considerando os fatos citados, aliados à condição socioeconômica das partes e o caráter pedagógico da medida, a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) deve ser mantida, pois apresenta-se proporcional e razoável.

Dos honorários advocatícios

A fixação do valor de honorários advocatícios sucumbenciais está disciplinada no art. 20 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

> *"Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.*
>
> *§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.*
>
> *§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.*
>
> *§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:*
>
> *a) o grau de zelo do profissional;*
>
> *b) o lugar de prestação do serviço;*
>
> *c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*
>
> *§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.*
>
> *§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor."*

No caso posto em análise, verifica-se que houve condenação do Município de Ribas do Rio Pardo ao pagamento de danos morais e materiais. Com isso, é possível haver a incidência do disposto no § 4º, do art. 20, do CPC, o qual autoriza a fixação do *quantum* equitativamente, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, nas que não houver condenação, quando for vencida a Fazenda Pública e nas execuções.

O magistrado fixou honorários advocatícios no importe de 10% do valor da condenação, contudo, necessária a fixação da verba em valor equitativo, nos termo do § 4º, do referido dispositivo.

Assim, considerando-se o princípio da razoabilidade, bem como o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, requisitos esses previstos nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC, tenho que

os honorários advocatícios devem ser arbitrados em R$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia que é razoável para remunerar o trabalho do profissional.

Dispositivo

Diante do exposto:

Conheço do recurso de apelação interposto por Município de Ribas do Rio Pardo e nego-lhe provimento.

Conheço do reexame necessário e do recurso adesivo interposto por Sebastião Anatólio Cardoso Espólio e dou-lhes parcial provimento para, reformando a sentença, condenar o Município de Ribas do Rio Pardo à reparação de danos materiais, na modalidade lucros cessantes, no valor de R$ 9.000,00 (nove mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV desde janeiro de 2011 (f. 30) e juros de mora de 1% ao mês a partir desde a citação.

Fixo honorários advocatícios de sucumbência em R$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor do advogado do requerente Sebastião Anatólio Cardoso Espólio, com base no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, deram parcial provimento ao recurso de Sebastião Anatólio Cardoso (espólio), negaram provimento ao recurso do município de Ribas do Rio Pardo e, de ofício, em sede de reexame necessário, mantiveram em parte a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0013783-45.2011.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – DO RECURSO DOS REQUERENTES JOSÉ MÁRCIO DA SILVA CRUZ E NEURIVALDO MIRANDA DA CRUZ JÚNIOR – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS E ESTÉTICOS – CULPA CONCORRENTE – AFASTADA – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* RAZOÁVEL – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE TERCEIRO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A responsabilidade civil é a obrigação imposta por lei à determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem. Afasta-se a culpa concorrente quando ausente nos autos elementos aptos a caracterizar a culpa do condutor do veículo da motocicleta, na qual o demandante era passageiro, mormente considerando que o condutor do veículo de maior porte é responsável pela segurança dos veículos menores.

Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado à título de danos morais e estéticos deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade.

Constatado que a vítima de acidente automobilístico sofreu diminuição na sua capacidade de trabalho, necessária a fixação de pensão alimentícia a seu favor, a teor do disposto no art. 950, do Código Civil, cuja quantia deve-se levar em consideração as peculiaridades do caso, a culpa pelo evento danoso e a profissão anteriormente exercida pelo convalescente.

Não é possível o conhecimento de recurso interposto por pessoa que não integra a lide.

DO RECURSO DA REQUERIDA VITAL E MACHADO TRANSPORTES LTDA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS E ESTÉTICOS – CULPA CONCORRENTE – AFASTADA – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* RAZOÁVEL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A responsabilidade civil é a obrigação imposta por lei à determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem. Afasta-se a culpa concorrente quando ausente nos autos elementos aptos a caracterizar a culpa do condutor do veículo da motocicleta, na qual o demandante era passageiro, mormente considerando que o condutor do veículo de maior porte é responsável pela segurança dos veículos menores.

Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado à título de danos morais e estéticos deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade.

Constatado que a vítima de acidente automobilístico sofreu diminuição na sua capacidade de trabalho, necessária a fixação de pensão alimentícia a seu favor, a teor do disposto no art. 950, do Código Civil, cuja quantia deve-se levar em consideração as peculiaridades do caso, a culpa pelo evento danoso e a profissão anteriormente exercida pelo convalescente.

DO RECURSO DO REQUERIDO ANTONIO NOGUEIRA DE JESUS – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS E ESTÉTICOS – CULPA CONCORRENTE – AFASTADA – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A responsabilidade civil é a obrigação imposta por lei à determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem. Afasta-se a culpa concorrente quando ausente nos autos elementos aptos a caracterizar a culpa do condutor do veículo da motocicleta, na qual o demandante era passageiro, mormente considerando que o condutor do veículo de maior porte é responsável pela segurança dos veículos menores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de José Márcio da Silva Cruz, negar provimento ao recurso de Vital e Machado Transportes Ltda e de Antônio Nogueira de Jesus e não conhecer do recurso de Neurivaldo Miranda da Cruz Junior, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

José Marcio da Silva Cruz, Neurivaldo Miranda da Cruz Junior e Vital e Machado Transportes Ltda interpuseram Apelação em face da sentença proferida por Vinicius Pedrosa Santos, Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que, na ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos c/c pensão proposta por José Márcio da Silva Cruz em desfavor de Antonio Nogueira de Jesus, Vital e Machado Transportes Ltda, José Marcio da Silva Cruz, Neurivaldo Miranda da Cruz Junior, julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial.

Em razões recursais (f. 407-422), José Márcio da Silva Cruz, alega que não restou caracterizada a culpa concorrente da vítima com o agente causador do dano para o resultado lesivo.

Enfatiza que *"o laudo pericial anexado aos autos confirmou que o primeiro apelado conduzindo um veículo de propriedade do segundo apelado quando trafegava no sentido Miranda/Corumbá, ao chegar próximo a AGESUL efetuou uma manobra a esquerda invadindo o fluxo contrário, freou, mas não conseguiu evitar a colisão de sua parte frontal contra a motocicleta que se encontrava a sua frente, onde estava o apelante."* (f. 413)

Sustenta que o Código de Trânsito Brasileiro prevê a caracterização de culpabilidade nos casos de batida na traseira, uma vez que o veículo que se encontra atrás tem a obrigação de manter distância que possibilite a frenagem suficiente para evitar uma colisão.

Aduz a necessidade de majoração dos danos morais arbitrados pelo magistrado *a quo* em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R$ 362.000,00 (trezentos e sessenta e dois mil reais), tendo em vista

a *"natureza específica da ofensa sofrida, a intensidade real e efetiva do sofrimento, a repercussão e a situação econômica."*

Destaca que o dano estético arbitrado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) também merece majoração para R$ 100.000,00 (cem mil reais), uma vez que tal valor sequer cobre uma cirurgia plástica ou uma prótese.

Requer o provimento do recurso para julgar totalmente procedentes os pedidos contidos na inicial.

Em razões recursais (f. 423-449), Antonio Nogueira de Jesus, Vital e Machado Transportes Ltda, José Marcio da Silva Cruz, Neurivaldo Miranda da Cruz Junior sustenta que seu motorista Antonio Nogueira de Jesus não teve qualquer responsabilidade na ocorrência do sinistro, uma vez que houve culpa exclusiva da vítima.

Aduz que o motorista dirigia a 75 km/h, no limite da velocidade máxima permitida no local (80 km/h), bem como que o outro motorista, também demandado Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, não respeitou a direção defensiva, havendo maior culpa pelo acidente.

Aponta que o condutor da motocicleta não esperou no acostamento a possibilidade de fazer a conversão.

Alega que o demandado Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior também deve arcar com 50% das despesas médicas de José Márcio da Silva Cruz.

Menciona que *"não há o que falar em indenização referente aos meses que o Sr. Neurivaldo ficou sem auferir sua remuneração, visto que os fatos contidos nos autos e a perícia judiciária são totalmente desfavoráveis, levando a uma conclusão de que a culpa foi exclusiva daquele."*

Enfatiza que não deu causa ao evento danoso suportado pelos apelados, uma vez que demonstrada a culpa exclusiva da vítima Neurivaldo.

Destaca ser indevida a condenação ao pagamento de 50% de pensão mensal à vítima José Márcio da Silva Cruz, pois ainda que tenha ficado impossibilitado de trabalhar na função de vigilante, não está incapacitado para exercer outro oficio. Caso contrário, entende que a base de cálculo deve ser o salário mínimo vigente, e não o valor da função de vigilante exercida na época do acidente.

Aponta pela ausência de danos morais e estéticos, pois *"a dor ou o sofrimento supostamente causados em razão de acidente não enseja a indenização por danos morais, uma vez que não macula os bens jurídicos protegidos sob o manto da moral, qual seja, a imagem, a honra, a vida privada e a intimidade"*.

Destaca que o valor do dano moral é incompatível com o suposto dano, acarretando enriquecimento ilícito do requerente, pois não devem ultrapassar a quantia de 10 (dez) salários mínimos.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e afastar sua condenação. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da culpa do condutor Neurivaldo Miranda da Cruz em 80%, bem como a redução dos danos morais em até 10 (dez) salários mínimos, bem como a inversão dos ônus sucumbenciais.

Os apelados José Márcio da Silva Cruz e Vital e Machado Transportes Ltda apresentaram contrarrazões (f. 473-480 e 481-504), pugnando pelo improvimento dos recursos adversos.

Antonio Nogueira de Jesus apresentou contrarrazões (f. 506-515) aos recursos adversos, requerendo o improvimento dos mesmos.

Em razões recursais (f. 517-523), Antonio Nogueira de Jesus sustenta que a colisão foi ocasionada pelo ingresso desatento e repentino do motorista da motocicleta.

Aduz que *"não há como prevalecer a versão relatada pelo motorista da motocicleta Neurivaldo, de que somente invadiu a pista contrária para ultrapassar um veículo pampa que estava parado na via, eis que totalmente dissonante com o Laudo Pericial de fls. 171, que atestou que o local da colisão deu-se quase no acostamento do outro lado da via (sentido Corumbá x Miranda), de modo a confirmar que houve sim uma conversão e não mera ultrapassagem."*

Ressalta que, ainda que se considere que concorreu para o acidente, deve reconhecer que a culpa do apelado é muito superior.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e reconhecer a culpa exclusiva dos apelados. Subsidiariamente, pugna pela redistribuição da culpa em 80% para os apelados e 20% para o apelante.

Os apelados deixaram de apresentar contrarrazões ao último recurso (f. 529).

VOTO (EM 27.01.2016)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recursos de Apelação interpostos por José Marcio da Silva Cruz, Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, Vital e Machado Transportes Ltda e Antonio Nogueira de Jesus em face da sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que, na ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos c/c pensão (n. 0013786-45.2011.8.12.0008) proposta por José Márcio da Silva Cruz em desfavor de Antonio Nogueira de Jesus, Vital e Machado Transportes Ltda, José Marcio da Silva Cruz, Neurivaldo Miranda da Cruz Junior e na ação de indenização (n. 0014736-09.2011.8.12.0008) ajuizada por Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior em desfavor de Vital e Machado Transportes Ltda e Antonio Nogueira de Jesus julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos nas iniciais.

Confira-se a parte dispositiva da sentença (f. 399-400):

> *"Posto isso, julgo procedente as pretensões, em parte, com resolução do mérito, e condeno os demandados, de modo solidário, ao pagamento:*
>
> *a) em favor de ambos os demandantes, das despesas de tratamento médico realizadas, acrescidas de juros de mora de 1% a partir da citação e correção monetária pelo IGP-M, a contar dos desembolsos, deduzidos do valor recebido a título de seguro DPVAT (Enunciado 246, da Súmula do STJ), com a ressalva de que para Neurivaldo deve ser diminuído o percentual de 50% pela culpa concorrente, cuja apuração dessa quanta será perpetrada em liquidação de sentença;*
>
> *b) a Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, o percentual de 50% do que deixou de auferir por quatro meses da remuneração de vigilante, acrescida de correção monetária (IGP-M) da data de que deveria receber os respectivos salários e juros moratórios de 1% ao mês, estes a incidir da citação;*
>
> *c) a José Márcio da Silva Cruz terá direito à indenização por lucros cessantes pelo período que ficou sem trabalhar como vigilante até aposentadoria por invalidez, abatidos 50%, a ser apurado em liquidação de sentença, bem como de pensão mensal, nos termos expostos, pela quantia atualizada da função de vigilante que exercia na época do acidente,*

na proporção de 50%, acrescida da parcela do 13º salário e 1/3 de férias, atualizada pela lei que rege a categoria do requerente, a contar do evento danoso até que complete 74 anos de idade, e ainda de juros de mora de 1% a partir da citação e correção monetária pelo IGP-M a fluir do vencimento mensal de cada prestação;

d) de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais e de igual valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) por danos estéticos, em favor apenas de José Márcio da Silva Cruz, devidamente corrigida a partir da emissão desta sentença e juros de mora no percentual de 1% a fluir da citação, com a ressalva do disposto no enunciado 326, da Súmula do STJ - "na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (Corte Especial, DJ 07.06.06) -, de modo a não incluir, para efeitos de sucumbência, o montante de danos morais pleiteados.

Determino aos demandados constituam capital para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, na forma do art. 475-Q do CPC e enunciado 313 da súmula do STJ, segundo o qual "em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado".

Em relação à sucumbência dos autos 0013783-45.2011 (José Márcio), os litigantes são vencedores e vencidos, razão pela qual os condeno ao pagamento das custas processuais na proporção de 20% para o demandante e 80% para os demandados. Quanto aos honorários advocatícios devidos aos patronos do requerente, os requeridos deverão arcar no percentual de 10% sobre o valor da condenação (at. 20, § 3º, do CPC), e José Márcio, em relação aos advogados daqueles, a quantia individual de R$ 800,00, ambos nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, observadas as diretrizes das alíneas "a" a "c" do parágrafo anterior.

Em relação à sucumbência dos autos 0014736-09.2011 (Neurivaldo), os litigantes são vencedores e vencidos, razão pela qual os condeno ao pagamento das custas processuais na proporção de 60% para o demandante e 40% para a demandada. Quanto aos honorários advocatícios devidos ao patrono do requerente, os requeridos deverão arcar no percentual de 10% sobre o valor da condenação (at. 20, § 3º, do CPC), e Neurivaldo, em relação aos advogados daqueles, a quantia individual de R$ 3.000,00, ambos nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, observadas as diretrizes das alíneas "a" a "c" do parágrafo anterior.

Ressalte-se a possibilidade de "compensar a verba honorária a ser paga pelas partes em razão da sucumbência recíproca (art. 21 do CPC), não havendo incompatibilidade com os arts. 22 e 23 da Lei n. 8.906/1994" (REsp 618.131 / RS, rel. min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 09.02.10).

Saliente-se que os requerentes são beneficiários da justiça gratuita. Nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50, subsiste o encargo de pagar tais despesas, as quais ficam suspensas num período de 05 (cinco) anos, a contar da sentença, e se os assistidos não puderem satisfazê-las neste interregno, a obrigação ficará prescrita. Publique-se. Registre-se. Intimem-se."

Inicialmente, procedo à breve relato dos fatos.

Na inicial da ação n. 0013783-45.2011.8.12.0008 intentada por José Márcio da Silva Cruz em face de Vital e Machado Transportes Ltda e Antonio Nogueira de Jesus, o requerente esclarece que no dia 30/04/2011, por volta das 20h, esteve na garupa da motocicleta conduzida por seu irmão Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, a qual trafegava na BR 262 rumo à Corumbá-MS, quando se depararam com um veículo Pampa parado com o pisca alerto, tendo seu irmão reduzido a velocidade da moto, dado "seta" para

à esquerda quando avistou uma Carreta e disse para seu irmão, *"tá vindo um caminhão em alta velocidade encosta logo"*, quando sentiu o impacto da Carreta que bateu na traseira da moto, arremessando o requerente e seu irmão. Aponta que sofreu lesões graves e permaneceu no hospital por três meses, motivo pelo qual ajuizou a presente demanda em face de Antonio Nogueira de Jesus, Vital e Machado Transportes Ltda, José Marcio da Silva Cruz, Neurivaldo Miranda da Cruz Junior e Antonio Nogueira de Jesus, pugnando pela reparação por danos patrimoniais, morais e estéticos.

Citada, a demandada Antonio Nogueira de Jesus, Vital e Machado Transportes Ltda, José Marcio da Silva Cruz, Neurivaldo Miranda da Cruz Junior apresentou contestação (f. 119-139), argumentando que a carreta conduzida por Antonio Nogueira de Jesus estava em velocidade compatível para o local, bem como que o motorista da motocicleta foi o único responsável pelo sinistro, tendo em vista que realizou uma conversão à esquerda num trecho de rodovia, tanto que os documentos apresentados *"confirmam que o ponto de colisão (PC), se deu na pista contrária àquela onde trafegava o V1 (veículo de propriedade da Rqda), ou seja, no lado da rodovia de sentido Norte - Sul (Corumbá - Campo Grande - lado esquerdo de quem vem para Corumbá)."* (f. 130) Destacou que inexiste causa e efeito na ocorrência do sinistro, razão pela qual pugnou pela improcedência da demanda.

O demandado Antonio Nogueira de Jesus apresentou contestação à f. 188-198, esclarecendo que *"no dia do fato quem estava pilotando a moto era o Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, irmão do requerente, percebendo aproximação da carreta, ele acelerou a moto para o meio da rodovia, sem nenhuma direção defensiva, tendo como resultado a imputação do membro inferior direito ao nível do joelho do requerente. A atitude do Neurivaldo foi uma imprudência que arriscou a vida do requerente, sendo quem concorreu com o acidente foi o irmão do autor."* Requereu a improcedência da ação.

Na sentença (f. 392-400), o magistrado *a quo,* proferiu julgamento simultâneo entre a presente demanda (n. 0013786-45.2011.8.12.0008) e ação ajuizada por Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior (n. 0014736-09.2011.8.12.0008), reconhecendo a culpa concorrente do motorista da carreta e do condutor da motocicleta, entendendo pela imprudência de ambos os motoristas, motivo pelo qual julgou parcialmente procedentes as pretensões contidas nas iniciais.

Em razões recursais, os requerentes José Márcio da Silva Cruz e Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior requerem: a) o afastamento da culpa concorrente do condutor da motocicleta; b) majoração dos danos morais; c) majoração dos danos estéticos.

A requerida Vital e Machado Transportes requer: a) o reconhecimento da culpa exclusiva ou concorrente da vítima; b) a exclusão da condenação ao pagamento de danos materiais (pensão alimentícia); c) a improcedência dos danos morais e estéticos; d) redução do dano moral.

O requerido Antonio Nogueira de Jesus requer: a) o reconhecimento da culpa exclusiva da vítima e do condutor da motocicleta.

Não obstante a prolação de sentença única para as ações n. 0013783-45.2011.8.12.0008 e n. 0014736-09.2011.8.12.0008, e a interposição de recurso em nome de José Márcio e Neurivaldo protocolado somente na primeira demanda (0013783-45.2011.8.12.0008 – ajuizada por José Márcio), constato a impossibilidade de conhecimento do recurso com relação ao demandante Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, isto porque, no feito por ele ajuizado consta que os processos foram desapensados e que naquele feito foram interpostos recursos de apelação (certidão proferida em 15/12/2015[1]).

1 "Certifico que torno sem efeito a certidão do trânsito em julgado da sentença, a qual foi certificada por um lapso, remetendo-se os autos à conclusão para recebimento das apelações."

Em razão disso, conheço do recurso de apelação de f. 407-422, apenas quanto à pretensão de José Márcio da Silva Cruz.

Passo a analisar conjuntamente os recursos interpostos por José Marcio da Silva Cruz, Vital e Machado Transportes Ltda e Antonio Nogueira de Jesus.

Da alegada culpa exclusiva ou concorrente do condutor da motocicleta.

Pois bem, segundo disposição constante dos arts. 186 e 927, ambos do Código Civil:

> *"Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo 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 responsabilidade civil, como sabido, é a obrigação imposta por lei à determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem por fato de pessoas ou coisas a ela vinculadas (art. 927 CC).

Além disso, para haver o dever de indenizar deverão estar presentes, ainda, os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta dolosa ou culposa; dano indenizável e nexo de causalidade, ou seja, o liame que liga a conduta do agente ao dano.

Da análise dos autos, percebe-se de pronto duas versões antagônicas. Aquela apresentada pelo requerente José Márcio da Silva Cruz, passageiro da motocicleta Honda, placa HSN 7113, ano 2005, cor prata, conduzida por Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, seu irmão, de que o sinistro ocorrido no dia 30/11/2011, por volta das 21 horas, na BR 262, KM 516+580, deu-se por culpa de Antonio Nogueira de Jesus (requerido), condutor do do caminhão M. Benz/LS 1634, Cavalo Trator, ano/modelo 2009, placa HRO 2821, cor branca, placa HSU 9196, de propriedade da empresa Vital e Machado Transportes (requerida), pois quando transitava na referida BR, sentido Miranda/Corumbá, ao fazerem uma ultrapassagem de outro veículo, perceberam a aproximação, em alta velocidade, de uma Carreta a qual *"bateu na traseira da moto arremessando o requerente e seu irmão a uma certa distância."*

Por outro lado, a versão da requerida Vital e Machado Transportes de que o veículo, que também seguia no mesmo sentido (Miranda/Corumbá), estava sendo conduzido dentro do limite de velocidade permitida para o local (aproximadamente 73, 75 km/h), que é de 80 km/h, e que o condutor da motocicleta, ao fazer conversão à esquerda, em local inapropriado, sem aguardar no acostamento, causou o acidente, também é adotada pelo requerido Antonio Nogueira de Jesus, condutor do caminhão de propriedade da referida empresa.

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai sobre aquele 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 incumbe aos requerentes, quanto ao fato constitutivo do seu direito e aos requeridos, quanto ao fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito dos autores, consoante o disposto no art. 333, incisos I e II, do CPC.

Ernane Fidélis dos Santos a respeito do tema ensina que:

> *"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).

No mesmo sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

> *"A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar secundum allegata et probata partiume não secudum propriam suam conscientiam– e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus)."*

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, a prova dos pressupostos da exceção).

Tratando-se de ação em que pretende o recebimento de indenização por danos morais e corporais, é necessário que os pressupostos caracterizadores do pedido do requerente fiquem cabalmente demonstrados (conduta culposa, dano e nexo de causalidade), uma vez que, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC, incumbe aos requerentes o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, demonstrar as circunstâncias básicas e essenciais a que se lhe reconheça o direito postulado.

Da análise da vasta documentação acostada ao feito, constata-se que a versão trazida pelos demandados Vital e Machado Transportes Ltda e Antonio Nogueira de Jesus, não traduz a total realidade dos fatos.

Para melhor compreensão, confira-se as declarações prestadas à Polícia Civil:

> **José Márcio da Silva Cruz (f. 28):**
>
> *"(...) seu irmão foi pilotando a mota; que, após deixar a bolsa no local retornaram pela BR 262; que, chegando próximo a Agesul (antigo Dersul) o declarante* ***avistou um veículo Pampa parado com pisca alerta ligado e a pista estava sinalizada por triangulo; o irmão do declarante diminuiu a velocidade da moto, deu seta para esquerda e passou pelo pampa, foi quando o declarante percebendo a aproximação em alta velocidade de uma carreta disse para o seu irmão "TA VINDO UM CAMINHÃO EM ALTA VELOCIDADE ENCOSTA LOGO" e ele responde "CALMA NEGÃO", e nesse momento o declarante já sentiu o impacto da carreta que bateu na trazeira da moto*** *arremessando o declarante e seu irmão a uma certa distância; o declarante ficou consciente e viu a carreta parar depois de longa distância; (...)"* destaquei
>
> **Edson Rodrigues Alencar (f. 63):**
>
> *"(...) viram do outro lado da pista um carro parado, o carro era tipo "pampa" e estava com o pneu furado e duas pessoas estavam trocando o pneu, estava bem iluminado; que o declarante* ***observou que o veículo que estava com pneu furado estava com o pisca alerta ligado; que em dado momento o declarante viu trafegando no sentido Campo Grande-Corumbá uma motocicleta ocupada por duas pessoas se aproximar do local onde estava parado o carro sendo que o piloto da moto "abriu" para a esquerda desviando do carro e ao mesmo tempo uma carreta que trafegava na mesma direção e sentido da moto, em alta velocidade, "abriu também" e colidiu com a moto, passando***

por cima da moto e parou cerca de 100 metros do local; *que informa o declarante que o motorista da carreta acionou a buzina no momento em que viu o motoqueiro, mas já estava muito em cima"* destaquei

Edimar Velasques Urquiza (f. 64):

"(...) estava na companhia de outra vigilante de nome Edson Rodrigues Alencar, tendo verificado que do outro lado da pista havia um carro, tipo "pampa" com o pneu furado e duas pessoas estavam trocando o pneu, salvo engano isso era por volta das 20hs e o local onde estavam as pessoas trocando o pneu estava iluminado por luminárias do posto da AGESUL; que ***o declarante observou que o veiculo que estava com pneu furado estava com o pisca alerta ligado; que em dado momento o declarante viu trafegando no sentido Campo Grande-Corumbá uma motocicleta ocupada por duas pessoas se aproximar do local onde estava parado o carro sendo que o piloto da moto "abriu" para a esquerda desviando do carro e ao mesmo tempo uma carreta que trafegava na mesma direção e sentido da moto, em altíssima velocidade, "abriu também" e colidiu com a moto,*** *passando por cima da moto e parou cerca de 100 metros do ponto de impacto; que informa o declarante que o motorista da carreta acionou a buzina no momento em que viu o motoqueiro, mas já estava muito em cima;" *destaquei*

Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior (f. 161):

"(...) foi até a localidade de Lampião Aceso para levar uma bolsa para uma irmã sua; foi com sua moto e levou seu irmão José Márcio na garupa da moto; após deixar a bolsa naquele local, estava retornando pela BR 262 e desenvolvia velocidade em torno de 70 km/h e próximo a Agesul (antiga Dersul), avistou um triangulo sinalizando a pista e avistou também um pampa parado e seus ocupantes estavam trocando pneu; ***que ao passar pela Pampa o declarante deu seta para a esquerda, abriu um pouco e seguiu, foi quando seu irmão avisou que vinha uma carreta atrás em alta velocidade, e quando o declarante tentou jogar para o acostamento, a carreta bateu na trazeira*** *da moto arremessando o declarante e seu irmão e passou por cima da moto" *destaquei*

No termo de ocorrência de f. 152, o motorista do caminhão **Antonio Nogueira de Jesus Lopes Ferreira**, declarou que:

"(...) na data do fato estava trabalhando no transporte de minério na BR 262 e Rodovia Nelson Chama, quando passa em frente ao DERSUL ***deparou-se com uma motocicleta estacionada no meio da pista, ao lado de um veículo que estava no acostamento; que diante da situação o depoente se viu obrigado a jogar o caminhão que conduzia, carregado de minério para a esquerda da pista, onde não havia um furgão estacionado na mão contrária; que subitamente o condutor da motocicleta saiu em arrancada, colocando a moto em frente ao caminhão,*** *sendo naquele momento impossível evitar a colisão, haja visto que uma frenagem brusca com o caminhão carregada irá provocar um acidente ainda mais grave, envolvendo todos os veículos da pista e dos acostamentos, pois o caminhão faria um "L" com a caçamba que não é rígida ao cavalo mecânico que puxa a carga; (...)" (destaquei)*

Nos depoimentos prestados em juízo, colhidos na instrução do feito em **áudio e vídeo,** os **envolvidos** assim disseram (f. 351):

José Márcio da Silva Cruz:

"Confirmou o depoimento feito perante a autoridade policial em 30.08.11 (fls. 28/29 - autos 0013783-45.2011). ***Estava na garupa, chegando próximo à AGESUL avistou uma pampa que estava sinalizada, com triângulo e pisca alerta. Falou para o irmão da***

Pampa, ele deu a seta e quando pegou a via, não deu mais tempo e a carreta bateu por trás, sentido Miranda Corumbá. *Após sucessivas perguntas do magistrado José Márcio afirmou por duas vezes que a motocicleta* ***estava na pista normal de rolamento no sentido Miranda a Corumbá e não no acostamento. Narrou que a pampa estava na metade no acostamento e metade no asfalto porque o espaço era estreito, sem saber detalhar mais sobre a dimensão do acostamento.*** *Ao aproximar da Pampa sinalizou e na ultrapassagem sentiu o impacto atrás. A motocicleta estava funcionando, era nova (2005). Estava um pouco garoando, era noite, a iluminação pública era boa; o irmão não contribuiu nada para o acidente.* ***Era vigilante, ficou de licença, está encostado pelo INSS; não chegou a invadir a contramão e, ao falar "encosta logo" o irmão foi ao acostamento da direita e não da pista contrária. Não soube responder a pergunta porque a motocicleta estava em contramão; estava de capacete e consegue conversar normalmente.*** *Alguns segundos demorou entre o aviso e o acidente. Confirmou que o irmão viu o carro parado, por isso deu a seta e fez a ultrapassagem. Não sabe exatamente o tempo entre o momento que informou ao irmão do carro parado e a colisão, mas acredita ter sido uns cinco segundos." *destaquei*

Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior:

"Confirmou o depoimento feito perante a autoridade policial em 30.08.11 (fl. 41 - autos 0014736-09.2011). A BR era um local estreito e a pampa, que estava sinalizada e com triângulo, estava um pouco dentro da pista, pois o acostamento era estreito. ***Percebeu a sinalização, tentou tirar para o acostamento da direita, sentido Miranda / Corumbá, mas não conseguiu.*** *Não estava chovendo, as condições da pista eram boas, não estava chovendo e havia iluminação pública, pois era uma reta e não data para ver.* ***A motocicleta parou do outro lado da pista porque "pegou na ponta e a carreta puxou".*** *Ficou quatro meses sem trabalhar e era vigilante na época dos fatos, ganhava novecentos e poucos reais por mês. Causou transtornos financeiros, pois precisava da motocicleta, tem esposa e filhos. Teve deformidade no tornozelo e escoriações do acidente. A parte tirou parte da perna. Explicou a expressão dita na delegacia de que passou a pampa, deu a seta de volta e já era tarde, pois já ocorreu a batida.* ***Não chegou a parar a fim de dar assistência à pampa. Achou que a carreta diminuiria em razão da sinalização.*** *Já era escuro ao sair de Corumbá, mais ou menos 19h, para entregar a bolsa da irmã que tinha esquecido na casa dos demandantes. Afirmou não ingerir bebida alcoólica. A motocicleta estava em média de 60 a 70km/h e nunca se envolveu em acidente. Vigilantes da Agesul viram o acidente e o pessoal da pampa." *destaquei*

Antonio Nogueira de Jesus:

"Confirmou o depoimento feito perante a autoridade policial em 01.05.11 (fls. 152 - autos 0013783-45.2011). ***Conduzia o caminhão sentido Corumbá, ao passar um aclive, já no declive, viu a motocicleta parada, tinha um carro parado mas não tinha triângulo nem pista alerta ligado. Os demandantes estavam parado conversando enquanto outros trocavam o pneu da pampa. Se jogasse para a direita o caminhão fazia um L e matava os quatro, se continuasse matava os dois que estavam na motocicleta, daí jogou para o lado esquerdo freando, mas a motocicleta arrancou e foi para a frente da carreta, "tanto é que pegou a parte dianteira somente do lado direito que foi atingido".*** *Não foi culpado pelo acidente. A preocupação após o acidente foi com as vítimas, os quais estavam no meio da pista enquanto que a pampa estava no acostamento. Observou as regras de direção defensiva.* ***O motorista da motocicleta não estava em condução para a frente e o caminhão logo atrás. Na hora do acidente só havia o carro parado e a moto****, apenas depois é que apareceram pessoas. Havia dois rapazes na pampa, um deles trocando o pneu. A iluminação pública era precária, havia acostamento no local e o veículo parado dentro desse local.* ***A moto não tentou sair para o acostamento do mesmo lado do caminhão.*** *Nunca se envolveu num acidente. Ao jogar do lado esquerdo não tinha mais espaço e*

*tentou desviar, se fosse mais caía na valeta. A carga estava dentro do limite de transporte, conduzia o caminhão com frequência, o qual estava em perfeitas condições técnicas de utilização. Só utiliza óculos para leitura e a velocidade do caminhão era inferior à permitida." *destaquei*

Também foram colhidos depoimentos de **áudio e vídeo** de **testemunhas**, que assim disseram:

Rinaldo Franco Cavalcanti:

"Não presenciou o acidente e apenas prestou socorro às vítimas. Descreveu o local dos fatos. Não se recorda de ter visto uma pampa parada, pois ao ver o croqui de fl. 176 (fl. 185 - autos 0013783-45.2011) não chegou a ir ao ponto de colisão. Havia luz apenas da Agesul e tinha uma pequena faixa de acostamento do outro lado, mas não soube especificar. Falou sobre a posição do caminhão e não se recorda os detalhes porque só foi chamado para atender a vítima. O atendimento demorou mais de meia hora."

Hélio dos Santos Silva:

"Não viu o acidente. Foi acionado pelo centro de operações, após o atendimento chegou a conversar com o motorista do caminhão porque foi o responsável pela coleta de dados.

As vítimas não falaram sobre os fatos no momento de atendimento. ***Pelo relato do motorista a moto saiu do acostamento no sentido da pista, mas isso é trabalho da perícia e a polícia já estava no local.*** *Não viu uma pampa parada antes do ponto de atendimento. Não se recorda da posição do guidão da motocicleta." (destaquei)*

Edison Rodrigues Alencar:

*"****Presenciou o acidente.*** *Estava de serviço terceirizado, fazendo ronda e em frente à Agesul, estava conversando, viu dois veículos pequenos parados trocando o step, sentido Campo Grande / Corumbá, um deles era uma pampa, ouviu uma moto e logo atrás estava o caminhão.*

Havia sinalização e triângulo. ***Quando a motocicleta tentou tirar para o lado esquerdo para seguir em frente, ouviu a buzina do caminhão, houve a colisão. Ratificou as declarações prestadas na delegacia à fl. 160 (autos 00137 83-45.2011). Tem certeza que a moto não parou, apenas freou e seguiu em frente, e a batida foi na traseira da moto, o "gordinho" voou para trás.***

A moto foi arrastada e saía faísca. As vítimas ficaram parados e não disseram, naquele momento, a versão dos fatos. Não estava chovendo, as condições da pista eram boas, o local era iluminado e era da Agesul. A distância da frente da Agesul à pista era de 40m, estava conversando e olhando para o asfalto. Não conhece os demandantes." (destaquei)

Edimar Velasques Urquiza:

"*Presenciou os fatos* *e estava trabalhando na Agesul, em frente ao prédio. A moto descia sentido Miranda / Corumbá, tinha dois carros pequenos estacionados no acostamento bem em frente à Agesul trocando pneu, que não cabe inteiro um veículo, pois uma parte estava bem na linha da faixa.*

Os dois veículos não atrapalharam a condução na faixa. ***Confirmou as declarações prestadas na delegacia à fl. 159*** *(autos 0013783-45.2011).* ***Os dois veículos envolvidos no acidente abriram para desviar dos carros que estavam no acostamento. Narrou que a motocicleta não estava parada.***

> *O local era iluminado, era noite e dava para ver o acidente.* ***A ponta do caminhão pegou na motocicleta, que desceu e arrastou por mais de cem metros.*** *Reiterou que foi o pessoal da pampa que ligou, mas não chegou a conversar com eles. A distância aproximada da chefia da Agesul até o local do acidente é de trinta metros e utiliza óculos apenas para leitura de perto." (destaquei)*
>
> **Daniel Bernardino Dias da Costa:**
>
> *"É perito criminal e não foi quem elaborou o laudo, mas teve acesso às provas técnicas constantes nos autos. Não foi ao local dos fatos, nem tem certeza de quem foi o culpado pelo acidente.*
>
> *Como a* ***colisão foi na parte posterior da moto,*** *a manobra do caminhão carregado é mais complicada, tudo leva a crer que o motorista tentou evitar o acidente, mas não soube dizer como a motocicleta apareceu de forma repentina.*
>
> *Se o carro está no acostamento era possível passar novamente sem adentrar na outra pista.* ***A motocicleta poderia ter cruzado a outra pista, tanto que o laudo da PM constou em perpendicular, conforme consta à fl. 171 (autos 0013783-45.2011), e isso não significa mera ultrapassagem.***
>
> *O croqui explicaria a seta mirada para o meio da pista e a colisão não poderia ser frontal, porque resultaria em morte das vítimas, mas a descrição do croqui de fl. 176* ***é provável ter batido no lado esquerdo lateral da moto (autos 0013783-45.2011). Não pode ser descartada a possibilidade de colisão atrás da motocicleta.***
>
> *As fotos não estão nítidas do laudo pericial,* ***não tem condições de saber com exatidão, mas pela fotografia 9 (autos 0013783-45.2011) o ponto de colisão seria, pela experiência e devido estar maior a avaria, na parte da frente da motocicleta.*** *Os laudos e croquis são consoantes e compatíveis, feitos de maneira independente." (destaquei)*

Das características do acidente, descritas por policial militar no dia dos fatos, consta que: *"o V-1 placa HSU 9196, trafegava pela BR 262 sentido sul/norte e que ao aproximar do portão da Agesul, veio a colidir com V-2 placa HSN 7113 que se encontrava pelo local em apoio a outro automóvel. Desta colisão resultou em duas vítimas, que tiveram várias lesões pelo corpo e que foram atendidas pelo corpo de bombeiros que encaminharam até o hospital local, onde permaneceram internados. Além dos danos materiais."* (f. 221)

Porém, o depoimento das testemunhas Edimar e Edison, que presenciaram os fatos, infirmam tal informação policial, pois destacaram que a motocicleta não estava parada, tendo realizado ultrapassagem do veículo que se encontrava parado (Pampa).

No laudo pericial de f. 172-186, o perito criminal constatou que a pavimentação asfáltica era boa, a pista estava seca e o local estava sinalizado. Verificou o perito que a velocidade do caminhão era de aproximadamente 73km/h, sendo inferior à permitida para a via (máxima de 80 km/h), e, com relação à motocicleta, mencionou que não havia elementos para calcular a velocidade nela desenvolvida antes do acidente.

Apontou o experto a seguinte dinâmica do acidente (f. 183):

> *Após análise dos elementos encontrados no local, e ora interpretados, este perito pode dar a seguinte dinâmica parcial para o evento, não ficando descartadas outras que porventura venham a ser elaboradas a partir de elementos não materializados ou que possam surgir durante as investigações complementares:*

> *"Trafegava o veículo 01 (caminhão) pela BR 262, no sentido Miranda/Corumbá, quando, ao chegar próximo a AGESUL (km 516+581 m), por motivo que este perito não possui elementos para se pronunciar, efetuou uma manobra à esquerda, invadindo a faixa de fluxo contrário, freou, mas não conseguiu evitar a colisão de sua parte frontal (vértice anterior direito) contra a motocicleta que se encontrava a sua frente, projetando a motocicleta e ocupantes para o solo. Em ato contínuo, o veículo 02 (motocicleta) seguiu deslizando (tombada) sob o veículo 01 (caminhão) até atingir seu ponto de repouso final conforme descrito neste trabalho. Os corpos do condutor e passageiro do veículo 02 (motocicleta) foram projetados à frente do ponto de colisão."*

Contudo, referido laudo não é conclusivo, uma vez que o local foi descaracterizado antes dos exames periciais. Porém, aponta duas possíveis hipóteses como causa determinante do acidente.

Confira-se (f. 185):

> *"**Hipótese 1:** Se ambos os veículos, momentos antes do evento, trafegavam pela BR 262 no sentido Miranda-Corumbá, então pode-se inferir que a causa determinante do acidente seria **percepção tardia do condutor do veículo 01 (caminhão)** às condições do tráfego à sua frente;" (destaquei)*

> *"**Hipótese 2:** Supondo que o veículo 02 (motocicleta) trafegava, momentos antes do evento, pela BR 262 no sentido Corumbá-Miranda, ou seja, sentido oposto do veículo 01 (caminhão), o qual se encontrava trafegando no sentido Miranda-Corumbá, então pode-se inferir que, neste caso, a **causa determinante do evento seria a derivação à esquerda, efetuada pelo condutor do veiculo 01 (caminhão), quando as condições de trânsito não eram favoráveis para fazê-lo com segurança,** resultando na interceptação da trajetória prioritária do veículo 02 (motocicleta)." (destaquei)*

Veja-se que em ambas as hipóteses (até mesmo na hipótese 2, que não encontra respaldo em qualquer prova dos autos), o perito aponta como possível causa do acidente a conduta adotada pelo motorista do caminhão.

Também constata-se que nenhum dos veículos (motocicleta e caminhão) adotou velocidade acima do permitido para o local, sendo tal hipótese descartada como causa do acidente.

Porém, é possível verificar que o motorista do caminhão faltou com a direção defensiva, visto que o veículo estava carregado de minério, havendo ciência do condutor de que poderia ter dificuldades ao precisar realizar manobras ou freadas bruscas, devendo ter se valido de velocidade compatível para fazer tais condutas, sem ter que avançar a pista contrária, sendo imprescindível ter tido maiores cautelas, mormente considerando que o condutor da carreta (Antônio Nogueira de Jesus) disse ter avistado o veículo pampa.

Desse modo, não há falar-se que o condutor da motocicleta, que tinha como passageiro o requerente, concorreu para o acidente, pois não é possível considerar a assertiva de que o veículo menor adentrou à pista contrária abruptamente, surpreendendo o motorista do caminhão, como afirmado pelo demandado, já que não há elementos nos autos nesse sentido.

Com efeito, são obrigações do condutor, descritas no Código de Trânsito Brasileiro, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito[2]; guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local[3].

2 Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito (Código de Trânsito Nacional).

3 Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: II - o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas.

Ademais, dispõe o § 2º, do art. 29, do Código de Trânsito Brasileiro, que os veículos de maior parte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores.

Confira-se:

> *Art. 29. (...)*
>
> *§ 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente,* ***os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores****, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres. *destaquei*
>
> *Arnaldo Rizzardo*[4]*, comenta referido dispositivo:*
>
> *"De sorte que são os caminhões responsáveis pela segurança dos veículos de passeio, cumprindo que zelem pela sua própria incolumidade e assumam as consequências pelos danos que causarem. Obviamente, se o veículo de carga transitar respeitando todas as normas de circulação e conduta, sendo o acidente causado por manobra imprudente do motorista do veículo de passeio, neste recairá a responsabilidade.* ***O que se requer dos condutores dos veículos de maior porte é uma cautela superior, sempre em busca da segurança no trânsito.****" *destaquei*

Nesse sentido, confira-se jurisprudência:

> *RECURSO INOMINADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. TESE DO RECORRIDO QUE SE COADUNA COM O ESCOPO PROBATÓRIO CONSTANTE NOS AUTOS. PRESUNÇÃO DE CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE COLIDE NA TRASEIRA DO OUTRO NÃO ELIDIDA. CULPA EXCLUSIVA DO RECORRENTE. CARACTERIZADO O DEVER DE INDENIZAR. COMPROVADOS DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS INOCORRENTES. A ré, Transportadora BLZ Ltda., pede provimento ao recurso para reformar a sentença. Inicialmente afasta-se a preliminar suscitada em contrarrazões recursais, na medida em que é tempestivo o recurso. A contagem do prazo recursal tem início no momento em que a parte tem ciência da sentença, conforme disposto no caput do artigo 42 da Lei nº 9.099/95. No caso houve confecção de nota de expediente na fl. 318, cuja contagem se dá a partir da publicação desta, ocorrida em 30.04.2015. Início do prazo de 10 dias: 04.05.2015; final: 13.05.2015; recurso protocolado no dia 12.05.2015 (fl. 322). Incontroversa a colisão entre o caminhão da parte recorrente na traseira do veículo, GM/Vectra, da parte autora, conduzido por seu esposo, quer seja pelo registro de boletim de acidente de trânsito efetuado na presença de ambas as partes, na fl. 19, quer seja pelas fotografias nas fls. 31-5 e 75. O automóvel que seguia à frente do veículo da autora, embora tenha freado bruscamente, seu esposo, o condutor, conseguiu evitar a colisão. Por sua vez, a empresa recorrente, defende-se alegando culpa concorrente de ambos os... condutores de tais automóveis à sua frente, os quais agiram de forma imprudente diante da frenagem abrupta. A colisão traseira gera presunção de culpa de quem trafega atrás. Presunção não elidida no caso em questão, porquanto o* ***condutor da empresa recorrente é que não atentou às regras de trânsito em não observar a distância mínima entre os veículos, mormente, porque se tratava de caminhão e de grande porte, que por tal característica necessita de maior distância*** **e** ***devida cautela a evitar colisão ainda que diante de situação inesperada.*** *Sem respaldo o erro alegado do orçamento na fl. 61. Ainda que conste indicado 02 (duas) unidades de para-choque, verifica-se que o valor unitário (R$ 1.100,00) é o mesmo que o total, portanto somado ao valor de mão-de-obra e material de pintura (R$ 1.400,00) totaliza corretamente em R$ 2.500,00. Está comprovada a necessidade de locação de outro veículo*

4 RIZZARDO. Arnaldo. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 133.

para continuidade da atividade profissional e respectivo valor (R$ 320,00) pelos contratos nas fls. 39-41 e 59. Do mesmo modo, no que tange ao valor do reboque, porquanto a respectiva impugnação não ultrapassou da alegação, uma vez que inexiste prova cabal que demonstre não refletir aos verdadeiros estragos. Há, no caso dos autos, hipótese de culpa exclusiva da recorrente, que deverá arcar com os prejuízos materiais causados à autora, mantendo-se adequada a condenação, porém corrige-se erro material porquanto constou o valor de R$ 5.616,00 ao invés... 5.615,00 (fls. 08, 57,59,61 e 69). SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS - Recurso Cível: 71005511415 RS, Relator: Fabiana Zilles, Data de Julgamento: 17/11/2015, Primeira Turma Recursal Cível) *destaquei

ACIDENTE DE TRÂNSITO – Dinâmica do acidente – Culpa comprovada – Laudo pericial equivocado quanto à dinâmica do acidente – Provas condizentes com a versão da autora, evidenciando a integral responsabilidade do motorista do caminhão pelo acidente – Distância de segurança lateral, velocidade e condições de circulação do local não observadas – Obrigação do veículo maior de zelar pela segurança do veículo menor – Circunstâncias de trânsito que exigiam maior cautela.

Danos materiais e morais caracterizados – Lucros cessantes demonstrados – Possibilidade de cumulação de pensão mensal com benefício previdenciário – Súmula nº 246, do STJ – Dedução do valor do seguro obrigatório (DPVAT) – Dano moral – Razoabilidade na fixação.

SUCUMBÊNCIA MÍNIMA – Pedido de indenização por dano moral procedente – Fixação do montante constitui análise a ser feita pelo julgador – Exegese da Súmula 326 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Denunciação da lide – Seguradora – Responsabilidade restrita aos termos do contrato de seguro – Lide secundária julgada procedente.

Recurso provido. (TJSP; Apelação nº 0016722-75.2011.8.26.0309; Relator(a): Sá Moreira de Oliveira; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: 18ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento: 30/11/2015; Data de registro: 01/12/2015)

Logo, não há falar-se em culpa do condutor da motocicleta, nem mesmo concorrente como reconhecida na sentença, mas de culpa exclusiva do condutor do caminhão pelo evento danoso.

Dos danos morais e estéticos

Acerca dos danos morais, Flávio Tartuce[5], leciona:

"A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerte-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso, é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais. Cumpre esclarecer que não há, no dano moral, uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados."

Segundo Maria Helena Diniz[6], danos morais

"vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo".

5 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 462.

6 DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 80.

Os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores da mesma em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.

Encontra-se consubstanciado na dor, no sofrimento ocasionado durante a fase de recuperação, na diminuição da auto-estima e na insegurança.

As dores sofridas pelo requerente dispensam maiores comprovações, pois é fenômeno plenamente perceptível a partir da experiência do homem comum.

Não se pode afirmar que o requerente sofreu mero aborrecimento com o acidente descrito nos autos, o qual, por si só, lhe acarretou angústias, aflições e abalos psíquicos.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ABALO DANOS MORAIS CONFIGURADOS – EFEITOS NEGATIVOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA – JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO – PENSÃO MENSAL – IMPROCEDENTE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INCAPACIDADE – PARCIAL PROVIMENTO.* ***É cabível a indenização por danos morais decorrentes do sofrimento e abalo psíquico decorrentes de acidente de trânsito, tendo em vista os graves efeitos negativos impostos à vítima (isolamento, senso de inutilidade, etc.), que caracterizam a ofensa á sua integridade física e emocional.*** *O quantum da indenização por danos morais deve ser fixado com prudente arbítrio, de forma que não seja tão elevado que constitua enriquecimento indevido do autor, nem irrisório a ponto de permitir a continuidade da prática de atos de idêntica natureza. Seguindo a orientação da Súmula 54, do STJ, "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual". Não há que se falar em pensão mensal quando, não comprovado nos autos através de laudo pericial, sua incapacidade de exercer seu ofício ou profissão em decorrência do acidente de trânsito causado pela empresa/ré.* (TJMS; Apelação - Nº 0047621-97.2011.8.12.0001 - Campo Grande; 4ª Câmara Cível; Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; julgado em 07/07/2015 – destaquei)

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE VEÍCULO C/C DANOS MORAIS E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO MOTO E CARRO – CULPA EVIDENTE DO DEMANDADO – LESÃO CORPORAL – FRATURA/LUXAÇÃO JOELHO DIREITO DO AUTOR – NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRURGICA – HONRA TAMBÉM ABALADA – DANO MORAL DEVIDO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – DANOS EMERGENTES DECORRENTES DAS DESPESAS HOSPITALARES – NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA – LUCROS CESSANTES DECORRENTES DA INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE SUA ATIVIDADE LABORAL CONFIGURADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. 1- Resta evidenciada a culpa exclusiva do motorista demandante, que, ao adentrar à avenida preferencial, atinge o motociclista que trafegava regularmente em sua mão de direção. 2-****Tendo ocorrido fratura/luxação no joelho direito do motociclista autor, há dano moral passível de indenização, por força da gravidade da lesão, pela dor inerente, além*** **do** ***sentimento de angústia no período de recuperação e as sequelas físicas decorrentes do acidente, que ocasionam o abalo psicológico, elementos aptos a configurar o dano moral. Manutenção do quantum indenizatório fixado com prudência e moderação pelo magistrado.*** *3-Estando demonstrados os danos materiais suportados pelo autor em decorrência da colisão que o vitimou, por culpa do réu, há obrigação deste de indenizar o autor pelo respectivo valor, reembolsando-o pelos valores despendidos. 4- Evidenciado a incapacidade para o exercício das atividades laborais, impõe-se o pagamento de pensão*

> *mensal fixada em um salário mínimo, capaz de suprir as necessidades materiais básicas do autor.* (TJMS; Apelação - Nº 0006442-59.2006.8.12.0002 – Dourados; 4ª Câmara Cível; Relator Des. Dorival Renato Pavan; julgado em 14/10/2014 - destaquei)

Portanto, também o dano moral está suficientemente caracterizado.

O dano estético, por sua vez, é conceituado como *"toda alteração morfológica do indivíduo que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa".*

A lesão estética, portanto, constitui em regra, indubitavelmente, um dano moral que poderá ou não constituir um prejuízo patrimonial. Assim o dano moral sempre abrangerá o estético ou morfológico, quando o prejuízo for extrapatrimonial, pois este último, na doutrina mencionada, é espécie do primeiro.

Não obstante, insta esclarecer que embora o dano estético esteja intimamente ligado ao dano moral, sendo, em muitas vezes, decorrência desse último, é possível a cumulação da dupla indenização (por danos morais e dano estético), ainda que ambos sejam decorrentes do mesmo fato, mas desde que sob fundamentos diversos.

Nesse sentido, é o entendimento consolidado na Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça: *"É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."*

Assim, inegável a existência de dano estético no requerente que teve membro amputado, o quê, obviamente, é irreversível.

Do valor fixado a título de danos morais e estético.

Quanto à quantificação do dano moral, o requerente José Márcio da Silva Cruz requer a majoração do valor arbitrado pelo magistrado *a quo* (R$ 20.000,00), enquanto que a requerida Vital e Machado Transportes Ltda pugna pela sua redução.

O dano moral, no caso dos autos, tem a função compensatória, sendo importante ressaltar que a soma arbitrada não pode ser inexpressiva e nem constituir fonte de enriquecimento sem causa, devendo guardar relação de proporcionalidade com o dano sofrido e com a gravidade do ato ilícito.

Entretanto, mensurar o *quantum* devido, constitui atividade difícil para o julgador, haja vista a falta de critérios objetivos na legislação pátria.

Rui Stoco, em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> *"a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;*
>
> *b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;*
>
> *c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;*
>
> *d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;*

> *e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;*
>
> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*
>
> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente. "*

A fixação do *quantum* devido a título de dano moral não segue método prático e objetivo, mas, fica a arbítrio do julgador a análise de circunstâncias fáticas que constam dos autos, balizado pela razoabilidade e proporcionalidade, não podendo ser tão baixo a ponto de não servir de marco educador, evitando novas condutas no mesmo sentido, nem tão alto que sirva como fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido.

É inegável o sofrimento, a dor, a tristeza e a angústia experimentados pelo requerente que teve parte da perna direita amputada, precisando se submeter a vários tratamentos médicos e cirúrgico.

Considerando os fatos citados, aliados a condição socioeconômica das partes, a quantia de R$ 20.000,00 (dez mil reais) para o requerente José Márcio da Silva Cruz, para reparação do dano moral, apresenta-se proporcional e razoável, não sendo o caso de redução ou majoração.

Com relação ao valor do dano estético sofrido pelo requerente José Márcio da Silva Cruz, o magistrado *a quo* fixou a indenização também em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), *"já deduzido o percentual de 50% em razão da culpa concorrente de Neurivaldo"* (condutor da motocicleta).

Ocorre que, afastada a culpa concorrente do condutor da motocicleta, cabível a fixação da indenização por dano estético em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Nesse sentido:

> *EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS - QUANTUM MANTIDO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO - LIMITAÇÃO DA PENSÃO MENSAL - TERMO FINAL - CONDENAÇÃO EM PENSIONAMENTO - BASE DE CÁLCULO - PARCELAS VENCIDAS E UM ANO DAS VINCENDAS - DENUNCIAÇÃO À LIDE - AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AFASTADOS - PENSÃO MENSAL DEVIDA - RECURSO DA COMPANHIA NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DA EMPRESA VIAÇÃO SÃO LUIZ LTDA IMPROVIDO. O quantum da indenização por danos morais e estéticos deve ser fixado com prudente arbítrio, de forma que não seja tão elevado que constitua enriquecimento indevido do autor, nem irrisório a ponto de permitir a continuidade da prática de atos de idêntica natureza. Seguindo a orientação da Súmula 54, do STJ, "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual". "A idade de 65 anos, como termo final para pagamento de pensão indenizatória, não é absoluta, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, conforme o caso concreto. Precedentes do STJ". (Resp 1027318/RJ. Julgado em 07.05.2009) Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que há condenação ao pagamento de pensão mensal,*

> *a base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às parcelas vencidas até a data da sentença, acrescidas de mais um ano das prestações vincendas. Não há que se falar em condenação da litisdenunciada em honorários advocatícios em favor do patrono da litisdenunciante se não houve resistência por parte daquele. O autor faz jus a pensão mensal quando, demonstrado nos autos através de laudo pericial, sua incapacidade de exercer seu ofício ou profissão em decorrência do acidente de trânsito causado pela empresa/ré.* (TJMS – Apelação - Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - 4ª Câmara Cível - 01/10/2014).

Da pensão

Requer a requerida Vital e Machado Transportes o afastamento da condenação ao pagamento de pensão alimentícia ao requerente José Márcio da Silva Cruz, determinada na sentença na proporção de 50% da quantia atualizada da função de vigilante que exercia à época do acidente, acrescida da parcela do 13º salário e 1/3 de férias, atualizada pela lei que rege a categoria, a contar do evento danoso até que o requerente complete 74 anos de idade, e acrescido de juros de mora de 1% a partir da citação e correção pelo IGPM a partir do vencimento mensal de cada prestação.

No que se refere à pensão vitalícia, tenho que a mera possibilidade de ter o requerente deixado de auferir renda é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condiciona-la a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto.

O requerente José Márcio pleiteou a condenação dos requeridos ao pagamento de pensão referente aos quatro meses que ficou impossibilitado de trabalhar como vigilante e à pensão devida em razão da amputação de membro, que lhe acarretou deformidade incurável, visto que ficou impossibilitado de exercer o trabalho antes desempenhado, qual seja, de segurança (f. 26-27), tendo em vista que sofreu *"amputação com desarticulação ao nível do joelho e embolectomia arterial da artéria tibial posterior em mie"*, considerada pelo perito do IML como lesão corporal gravíssima (f. 61).

Pois bem, estabelece o art. 402 do Código Civil: *"Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".*

Celso Agrícola Barbi[7], eminente mestre, ensina que: *"É necessário que estas perdas tenham efetivamente acontecido, pois não se indenizam danos meramente imagináveis. É mister, portanto, sejam elas comprovadas quanto a sua existência, mesmo que não determinado desde logo seu valor."*

Também pertinente a lição do insigne Yussef Said Cahali[8]: *"Ora, em relação ao prejuízo, pressuposto necessário à obrigação de indenizar, a lei não estabelece presunção, competindo à parte, que tem interesse na demonstração do dano, ministrar a respectiva prova."*

Necessário, ainda, observar o disposto no art. 950, do Código Civil.

Confira-se:

> *"Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo* ***qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho****, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu." (grifei)*

7 Comentários ao CPC, Vol I, TI/82.

8 Responsabilidade dos bancos pelo roubo de bens depositados em seus cofres, RT 591/18.

Na hipótese, ficou demonstrado que em razão do acidente descrito, o requerente José Márcio sofreu sequela irreversível que resultou na diminuição da capacidade laborativa.

Pondero, ainda, que até mesmo para os afazeres domésticos, terá o requerente dificuldades, em função de sua incapacidade, já que lhe falta parte do membro inferior direito.

Portanto, necessário o pensionamento em favor do requerente José Márcio, nos termos delineados na sentença, contudo, de forma integral (100%), já que afastada a culpa concorrente.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, confira-se:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – INVASÃO DE VIA PREFERENCIAL – VÍTIMA SEM HABILITAÇÃO - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – SEQUELAS PERMANENTES E PARCIAIS - REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA - PENSÃO VITALÍCIA E DANOS MORAIS – DEVIDOS – VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – RECURSO DESPROVIDO. A ausência de carteira de habilitação, por ser infração administrativa, não tem, por si só, relevância jurídica e não induz à presunção de culpa, mormente se tal circunstância não é a causa determinante do sinistro. Comprovada a existência de nexo de causalidade entre a sequela e o acidente automobilístico, exsurge para o causador do dano o dever de indenizar, por danos materiais e morais.* ***A vítima de acidente automobilístico, que sofre redução parcial e permanente da capacidade laborativa, tem direito à pensão prevista no artigo 940 do CC, independentemente de capacidade para o exercício de outras atividades, em razão do maior sacrifício ou da impossibilidade para a realização do serviço.*** *A indenização por danos morais deve ser arbitrada com observância à razoabilidade e proporcionalidade, considerada a conduta lesiva, o dano experimentado pela vítima, e a situação econômica das partes envolvidas.* (TJMS; Apelação - Nº 0801429-76.2012.8.12.0021 - Três Lagoas; 3ª Câmara Cível; Relator – Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; julgado em 07/07/2015 – destaquei)

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE VEÍCULO – ATROPELAMENTO DE PEDESTRE – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA AFASTADA – DEVER DE REPARAR – DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS (LUCROS CESSANTES) DEVIDOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO. O Atropelamento de pessoa em travessia da via, causando lesão, por negligência do condutor do veículo, que não tomou as devidas precauções, impõem-se o dever de reparar. Não há como acolher a culpa exclusiva da vítima quando não há provas nesse sentido. Já está assentado na doutrina e na jurisprudência que o valor da indenização fixado a título de dano moral deve atender à capacidade econômicofinanceira do ofensor, de modo tal a se constituir em fator de desestímulo do ato praticado e atender, por outro lado, à intensidade do sofrimento do ofendido, à gravidade, natureza e repercussão da ofensa, sem se constituir em fonte de enriquecimento indevido à vítima.* ***Os lucros cessantes se prestam para indenizar a vítima de acidente de trânsito, quando restar demonstrado que esta deixou de auferir renda em razão de sua impossibilidade temporária para o trabalho, portanto no caso em tela, não há falar em minoração.*** (TJMS; Apelação - Nº 0000196-55.2000.8.12.0035 – Iguatemi; 4ª Câmara Cível; Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; julgado em 08/07/2014 – destaquei)

Dispositivo

Diante do exposto:

Conheço do recurso de apelação interposto por José Marcio da Silva Cruz e dou-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença, afastando a culpa concorrente de Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, condutor da motocicleta, de forma que os demandados deverão, solidariamente, arcar com 100% da responsabilidade reconhecida no feito, ou seja, R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de dano moral; R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de danos estéticos e pensão vitalícia correspondente a 100% da quantia atualizada da função de vigilante que exercia o requerente à época do acidente, nos termos delineados na sentença.

Conheço dos recursos de apelação interpostos por Vital e Machado Transportes Ltda e Antonio Nogueira de Jesus, porém, nego-lhes provimento.

Deixo de conhecer do recurso interposto por Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior.

Afasto a sucumbência reciproca delineada na sentença e condeno os demandados, solidariamente, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% do valor da condenação, nos termos do art. 20, do CPC.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do revisor (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte), após o relator ter dado parcial provimento ao recurso de José Márcio da Silva Cruz e Outro, ter negado provimento ao recurso de Vital e Machado Transportes Ltda e não ter conhecido do recurso de Neurivaldo Miranda da Cruz Junior. O vogal aguarda.

VOTO (EM 03.02.2016)

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

Pedi vista dos autos em razão da existência de dúvida sobre a dinâmica dos fatos narrados na inicial, especialmente na influência dessa análise para efeito de definição da culpa, se exclusiva ou concorrente, que é o tema principal de ambos os recursos.

Trata-se de recursos de Apelação Cível interpostos por Vital Transportes Ltda, José Márcio da Silva Cruz e Neurivaldo Miranda da Cruz, e Antônio Nogueira de Jesus, em face da sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, que julgou procedentes os pedidos formulados na Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais (processo nº 013786-45.2011.8.12.0008) ajuizada por José Márcio da Silva Cruz em face da primeira recorrente e de Antônio Nogueira de Jesus, reconhecendo a culpa concorrente das partes envolvidas no acidente de trânsito mencionado na inicial.

O Des. Odemilson Roberto Castro Fassa entendeu por bem não conhecer do recurso de Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, tendo em vista o desmembramento deste feito em relação ao processo nº 0014736-09.2011.8.12.0008, e negar provimento aos recurso da Vital Transportes Ltda. e de Antônio Nogueira de Jesus.

Ao contrário do que concluiu a sentença, entendo que não houve concorrência de culpas para a causação do evento danoso, e sim, culpa somente em relação aos requeridos Vital e Machado Transportes Ltda. e Antônio Nogueira de Jesus.

Segundo consta da inicial, o apelante José Márcio alega que estava na garupa da motocicleta pilotada por seu irmão Neurivaldo Miranda da Cruz, dirigindo-se pela BR 262, em direção a Corumbá, por volta das 20h, quando foi abalroado por trás pela carreta conduzida pelo apelante Antônio Nogueira de Jesus.

Conforme a narrativa do apelante, o choque ocorreu porque, ao tentar manobrar para a esquerda após passar por um veículo estacionado parte no acostamento e parte na pista de rolamento, acabou entrando na rota de colisão com o caminhão pertencente à Vital e Machado Transportes Ltda.

Apenas duas pessoas ouvidas na fase instrutória eram testemunhas oculares do fato (além dos próprios envolvidos), porque estavam trabalhando na Agesul, naquele dia. Referidas testemunhas (Edson Rodrigues e Edimar Velasques) avistaram a dinâmica do acidente, pois estava de frente para o ponto de impacto, e suas declarações dão guarida aos relatos feitos pelo apelante José Márcio, senão veja-se:

Edison Rodrigues Alencar (f. 345 e 352, DVD do áudio da audiência, f. 352):

"Presenciou o acidente. Estava de serviço terceirizado, fazendo ronda e em frente à Agesul, estava conversando, viu dois veículos pequenos parados trocando o step, sentido Campo Grande / Corumbá, um deles era uma pampa, ouviu uma moto e logo atrás estava o caminhão. Havia sinalização e triângulo. Quando a motocicleta tentou tirar para o lado esquerdo para seguir em frente, ouviu a buzina do caminhão, houve a colisão. Ratificou as declarações prestadas na delegacia à fl. 160 (autos 00137 83-45.2011). Tem certeza que a moto não parou, apenas freou e seguiu em frente, e a batida foi na traseira da moto, o "gordinho" voou para trás. A moto foi arrastada e saía faísca. As vítimas ficaram parados e não disseram, naquele momento, a versão dos fatos. Não estava chovendo, as condições da pista eram boas, o local era iluminado e era da Agesul. A distância da frente da Agesul à pista era de 40m, estava conversando e olhando para o asfalto. Não conhece os demandantes."

Edimar Velasques Urquiza ((f. 346 e 352, DVD do áudio da audiência, f. 352):

"Presenciou os fatos e estava trabalhando na Agesul, em frente ao prédio. A moto descia sentido Miranda / Corumbá, tinha dois carros pequenos estacionados no acostamento bem em frente à Agesul trocando pneu, que não cabe inteiro um veículo, pois uma parte estava bem na linha da faixa. Os dois veículos não atrapalharam a condução na faixa. Confirmou as declarações prestadas na delegacia à fl. 159 (autos 0013783-45.2011). Os dois veículos envolvidos no acidente abriram para desviar dos carros que estavam no acostamento. Narrou que a motocicleta não estava parada. O local era iluminado, era noite e dava para ver o acidente. A ponta do caminhão pegou na motocicleta, que desceu e arrastou por mais de cem metros. Reiterou que foi o pessoal da pampa que ligou, mas não chegou a conversar com eles. A distância aproximada da chefia da Agesul até o local do acidente é de trinta metros e utiliza óculos apenas para leitura de perto."

As referências dadas nas declarações acima expostas são no sentido de que o local próximo à colisão, onde se encontravam, estava iluminado e permitiu que as testemunhas vissem o choque, pois estava de frente para o ponto em que o veículo Pampa estava parado do outro lado do acostamento (realizando troca de pneus).

Ademais, inobstantes as poucas incongruências relativas ao fato de quem teria ligado para as autoridades e sobre o tamanho do acostamento ou da proporção do veículo Ford Pampa que se encontrava na pista de rolamento não afetam a veracidade da informação referente à dinâmica do choque.

Isso porque, segundo as testemunhas, a motocicleta estava em movimento, e, ao tentar desviar para a esquerda na aproximação com o veículo Pampa, sofreu o abalroamento por trás, provocado pelo caminhão Mercedes Benz LS 1634, cavalo trator, 2009, HRO 2821, cor branca, de propriedade da Vital e Machado Transportes Ltda e dirigida por Antônio Nogueira de Jesus.

Chama a atenção que a tese de Antônio Nogueira de Jesus é isolada no contexto dos autos, pois ele afirmou que o local onde o veículo Pampa se encontrava não era provido de iluminação, não havia pisca alerta e triângulo, quando as testemunhas acima referidas dizem o contrário, corroborando com os relatos do motorista e passageiro da motocicleta.

Ademais, a falta de conclusão do Laudo Pericial (f. 172-186) tem explicação do fato de as informações obtidas pelo perito serem reduzidas, por si só, não indica que as demais provas devam ser desconsideradas, até porque a dinâmica do acidente não pode ser explicada apenas por elementos físicos (medição dos sinais de frenagem, ponto de colisão, destroços dos veículos, etc.).

Importante destacar que quando a equipe do Corpo de Bombeiros e da Polícia deslocaram-se para o local do acidente, não puderam obter imediatamente declarações das vítimas, a respeito do fato, preocupando-se inicialmente com a segurança da via e do trânsito, bem como da integridade física dos envolvidos.

Assim, é evidente que as informações repassadas pelo motorista do caminhão, Sr. Antônio Nogueira de Jesus, influenciaram na realização do Croqui de f. 171, pois ele foi ouvido pela Polícia Civil em 01 de maio de 2011, oportunidade em que a única versão, por ele apresentada, era no sentido de que "deparou-se com uma motocicleta estacionada no meio da pista, ao lado de um veículo que estava no acostamento" (f. 152).

Provavelmente, a colocação da seta do V2 (motocicleta) na horizontal (ou perpendicular ao movimento da rodovia 262) decorreu da informação colhida das declarações do apelante Antônio Nogueira de Jesus, porque, como afirmado acima, nenhum outro elemento de prova leva a essa conclusão.

Portanto, considerando-se o fundamento mencionado no voto do relator, acerca do dever de cuidado previsto no art. 29, do Código de Trânsito, o qual não foi observado pelo motorista de caminhão, consideradas as circunstâncias fáticas acima enumeradas (ausência de chuva, local em que havia sinalização com pisca-alerta e triângulo, etc.).

Feitas essas ponderações, verifica-se que é equivocado considerar as vítimas e os apelantes Vital Machado Transportes Ltda e Antônio Nogueira igualmente culpados pelo acidente de trânsito, quando a prova dos autos aponta para a responsabilidade apenas dos requeridos Vital Machado Transportes Ltda e Antônio Nogueira.

Em face do exposto, hei por bem acompanhar o relator, para não conhecer do recurso interposto por Neurivaldo Miranda da Cruz Júnior, negar provimento ao recurso interposto por Vital e Machado Transportes Ltda. e de Antônio Nogueira de Jesus, e dar provimento parcial ao recurso de José Márcio da Cruz, nos termos do voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso de José Márcio da Silva Cruz, negaram provimento ao recurso de Vital e Machado Transportes Ltda e de Antônio Nogueira de Jesus e, não conheceram do recurso de Neurivaldo Miranda da Cruz Junior, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 03 de fevereiro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0806017-21.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO DE ELISANGELA MONTEIRO DA SILVA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPRA DE PRODUTO PELA INTERNET – RECEBIDO COM AVARIAS – DANO MORAL PURO – QUANTIFICAÇÃO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Comprovado que o produto adquirido via internet, quitado, foi entregue ao consumidor com avarias, é evidente a angústia e o desconforto causado na tentativa de solução do impasse, gerando dano moral puro, que se opera por força da simples ofensa à honra subjetiva da parte lesada.

A fixação do valor arbitrado a título de dano dano moral fica a critério do julgador e deve ser balizada na razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.

RECURSO DE APELAÇÃO DE FAVORITA TRANSPORTES LTDA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPRA DE PRODUTO PELA INTERNET – RECEBIDO COM AVARIAS – RISCO DA ATIVIDADE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – SOLIDARIEDADE DOS FORNECEDORES – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Os fornecedores de serviços respondem objetivamente pela reparação de danos causados aos consumidores por serviços defeituosos (art. 14, do CDC).

"Extrai-se dos arts. 14 e 18 do CDC a responsabilização solidária de todos que participem da introdução do produto ou serviço no mercado, inclusive daqueles que organizem a cadeia de fornecimento, pelos eventuais defeitos ou vícios apresentados. Precedentes." (STJ; REsp 1426578/SP)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso de Elisangela Monteiro da Silva e negar provimento ao recurso de Favorita Transportes Ltda, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Elisangela Monteiro da Silva e Favorita Transportes Ltda interpuseram recursos de Apelação em face da sentença proferida por Marcelo Andrade Campos Silva, Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de

Campo Grande que, na ação de reparação de danos materiais c/c indenização por danos morais ajuizada por Elisangela Monteiro da Silva em desfavor de Favorita Transportes Ltda, Nova Pontocom Comércio Eletrônico S/A e Whirlpool S.A.

Em razões recursais (f. 333-338), Elisangela Monteiro da Silva alega que o descaso das apeladas em solucionarem o problema gerou angústia, desgaste, frustração e decepção no consumidor, circunstancias que ensejam à reparação por dano moral.

Sustenta que *"configurada a conduta passível de responsabilização por dano moral, porquanto ultrapassa o limite do mero aborrecimento, gerando aflição, angústia e transtornos, não se exigindo prova de tais condições, considerando-se dano moral in re ipsa, uma vez que é totalmente crível que a necessidade e a expectativa do consumidor não atendida, gera imensuráveis tribulações para o indivíduo."*

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e condenar a requerida à reparação por danos morais.

Em razões recursais (f. 339-350), Favorita Transportes Ltda afirma que, efetuada a entrega do produto, sem que haja ressalva ou protesto por parte do destinatário, no ato do recebimento, não há falar-se em responsabilidade das empresas de transporte por qualquer dano ou avaria.

Destaca que *"a Lei n.º 11.442, de 05/01/07, que regulamenta os transportes rodoviários de carga no Brasil, deixa clara a responsabilidade das transportadoras e a inexistência da obrigação de reparar, caso o dano ou a avaria não tenha sido constatado no ato da entrega da mercadoria."*

Enfatiza que as avarias no produto podem ter sido ocasionadas pela própria apelada ao desembalar total ou parcialmente a mercadoria.

Aponta que *"a materialização do dano ocorre com o efetivo prejuízo suportado pela vítima, ou seja, para que exista a responsabilidade civil, a certeza do dano deve efetivamente existir e ser comprovado e suportado pela vítima, para que ninguém seja responsabilizado por danos supostos e incertos, o que não ocorreu no presente caso. "*

Aduz que cumpriu o disposto na Lei de Transporte, pois entregou a embalagem da mercadoria intacta, sem qualquer violação, o que foi confirmado pela testemunha.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar totalmente improcedentes os pedidos contidos na inicial.

As apeladas apresentaram contrarrazões aos recursos adversos, pugnando, cada qual, pelo improvimento dos recursos (f. 372, 373-377 e 378-384).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Elisangela Monteiro da Silva e Favorita Transportes Ltda em face da sentença proferida pelo juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de reparação de danos materiais c/c indenização por danos morais ajuizada por Elisangela Monteiro da Silva em desfavor de Favorita Transportes Ltda, Nova Pontocom Comércio Eletrônico S/A e Whirlpool S.A.

Confira-se a parte dispositiva da sentença (f. 325-330):

> *"Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, hei por bem julgar parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, para condenar os requeridos solidariamente à restituição do valor de R$ 674,91 (f. 22), com correção monetária pelo IGP-M/FGV e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados do desembolso, autorizando-os a retirar o fogão danificado na residência da autora, mediante prévio contato e no prazo máximo de 90 dias da comprovação de pagamento, sob pena da perda do produto em favor desta.*
>
> *Outrossim, condeno os requeridos ao pagamento de 70% do valor das custas e despesas processuais, e ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da autora, fixados por equidade, no valor de R$ 800,00 (oitocentos reais), autorizada a compensação com os honorários devidos pela parte contrária.*
>
> *Condeno a requerente ao pagamento de 30% restantes das custas e despesas processuais, e ao pagamento de honorários advocatícios, também fixados por equidade, no valor de R$ 100,00 (cem reais) para cada patrono adverso, cuja execução deverá observar o que dispõe o art. 12, da Lei 1060/50."*

Em razões recursais, Elisangela Monteiro da Silva alega que faz *jus* à reparação por danos morais em razão decepção no recebimento do produto entregue com avarias.

Em razões recursais, Favorita Transportes Ltda sustenta que o produto foi entregue com a embalagem intacta, sem avarias, tanto que o consumidor, ao recebê-lo, não fez qualquer ressalva ou protesto, razão pela qual não há que se falar em supostos danos.

Pois bem, procedo à análise conjunta dos recursos. Porém, faz-se necessário um breve relato dos fatos.

Consta na inicial que a requerente Elisangela Monteiro da Silva, em 31/08/2013, adquiriu um fogão de 6 bocas da marca Cônsul, Faixilite Timer, modelo CF576BBUNA, cor branca, da marca, fabricado pela também demandada Whirlpool S/A, no valor de R$ 674,92 (seiscentos e setenta e quatro reais e noventa e dois centavos) (f. 22). Esclarece que em 05/09/2013, a embalagem do produto foi entregue sem qualquer violação, porém, ao desempacotá-lo, constatou que este apresentava amassados na parte traseira e nas laterais. Assim, em razão de tais avarias, entrou em contato com a revendedora Nova Pontocom Comércio Eletrônico S/A, solicitando a troca do produto. Foi informada de que o produto estava indisponível, bem como que não seria possível sua troca, pois a consumidora assinou nota de recebimento, pressupondo que estava em perfeitas condições de uso. Inconformada, a requerente entrou em contato com a fabricante Whirlpool S/A em 19/09/2013, que possibilitou a troca das peças avariadas, sem a troca do produto. Em 05/10/2013, informaram à requerente que trocariam o produto (protocolo n. 187609443), o que não ocorreu. Em razão de tais circunstâncias, Elisangela Monteiro da Silva ajuizou a presente demanda requerendo a devolução do valor pago pelo produto (R$ 674,92) e reparação por danos morais no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Em contestação (f. 56-65), a transportadora Favorita Transportes Ltda alegou que a própria requerente afirmou que a embalagem, no momento da entrega, não apresentava qualquer violação, tanto que assinou nota de recebimento do produto (f. 74), em perfeitas condições de uso, razão pela qual não há que se falar em danos ocasionados pelo transporte, cabendo eventual responsabilização ser atribuída à fabricante do produto.

A fabricante Whirlpool S/A também apresentou contestação (f. 81-88), afirmando a ausência de provas quanto às avarias apresentadas no produto, uma vez que pode ser oriundo de má utilização, inobservância das orientações quanto à utilização correta, defeito de fábrica, etc. Pugnou pela improcedência da ação.

A vendedora Nova Pontocom Comércio Eletrônico S/A apresentou contestação (f. 102-122), sustentando que o produto foi entregue na residência da consumidora totalmente intacto, com estrutura e peças completas, íntegras e em perfeitas condições de uso, inexistindo qualquer dano causado por ato ilícito suposta praticado pela contestante.

Na sentença (f. 325-330), o magistrado entendeu que *"considerando que todos os três requeridos participam da cadeia de fornecedores e que não comprovaram nenhuma excludente de responsabilidade admitida para o caso, devem responder solidariamente pelos danos causados à requerente, independentemente de culpa, ante a responsabilidade objetiva."*

Da responsabilidade civil

É evidente que a relação instaurada entre as partes é de consumo e, portanto, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Consequência disso é a natureza objetiva da responsabilidade, vale dizer, não é necessário indagar se agiu com culpa ao praticar o evento danoso, bastando, apenas, verificar se daquele ato resultou algum dano ao cliente.

Nesse sentido, confira-se as disposições do art. 14, do CDC:

> *"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*
>
> *II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III - a época em que foi fornecido.*
>
> *§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.*
>
> *§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*
>
> *II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro,*
>
> *§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."*

No mesmo sentido são as disposições da primeira parte do parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil.[1]

Vale ainda destacar que a doutrina consumerista defende que o CDC é lei principiológica, trazendo em seu bojo, um modelo que inexistia no ordenamento jurídico nacional, atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo, podendo inclusive interagir com outras normas, num verdadeiro "Diálogo das Fontes". Diálogo este, que permite uma relação de convivência, harmonia e

1 Art. 927: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, **nos casos especificados em lei**, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". (grifamos)

coordenação, entre as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico, tendo como norte os princípios da Constituição Federal, que objetivando a defesa do consumidor e da dignidade da pessoa humana, irradiam seus efeitos para o Código e Defesa do Consumidor, Código Civil e outras leis infraconstitucionais.

É sabido, que para configurar a responsabilidade civil é necessária a presença dos seguintes requisitos: o dano, a conduta e o nexo de causalidade entre ambos. Inexistindo um deles, a improcedência do pedido de indenização é medida que se impõe.

Da análise dos autos, o dano efetivamente restou caracterizado, considerando-se que a requerente Elisangela Monteiro da Silva, adquiriu um produto (fogão) e o recebeu com avarias, ainda que tenha assinado termo de recebimento do mesmo em momento que provavelmente não havia tirado a embalagem, a qual, em que pese ter se apresentado intacta, como descrito na inicial, constata-se que ao ser retirada, constatou a exitência de avarias no bem.

Com efeito, não há que se falar que o evento descrito tratou-se de mero aborrecimento, porquanto a requerente teve frustrada a expectativa de receber produto adquirido e ainda teve que suportar inúmeras tratativas frustradas para resolver o impasse administrativamente.

Em razão disso, as requeridas Favorita Transportes Ltda, Nova Pontocom Comércio Eletrônico S/A e Whirlpool S.A. devem suportar os danos decorrentes da entrega de produto com avarias adquirido pela requerente Elisangela, mormente considerando a inexistência de qualquer excludente de responsabilidade.

Aliás, o art. 18, do CDC, prevê a solidariedade entre os fornecedores do produto.

Confira-se:

> *Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.*

Zelmo Denari[2] comenta o tema:

> *"Preambularmente, importa esclarecer que no polo passivo dessa relação de responsabilidade se encontram todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente responsáveis pelo ressarcimento dos vícios de qualidade ou quantidade eventualmente apurados no fornecimento de produtos ou serviços.*
>
> *(...)*
>
> *Prevalecem, in casu, as regras da solidariedade passiva e, por isso, a escolha não induz concentração do débito: se o escolhido não ressarcir integralmente os danos, o consumidor poderá voltar-se contra os demais, conjuntamente ou isoladamente."*

Nesse sentido:

> *E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - "ALMOFADA TÉRMICA VIBRATÓRIA" - CONSUMIDORES LUDIBRIADOS - ILEGITIMIDADE PASSIVA - AFASTADA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - FABRICANTE - FORNECEDOR - SOLIDARIEDADE - ART. 18 CDC - PRODUTO INEFICAZ -*

2 DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 205.

RESPONSABILIDADE DE REPARAR OS DANOS CAUSADOS - RECURSO IMPROVIDO. A ré é legítima para figurar no polo passivo da presente lide, ***entendimento do STJ de que "fornecedores, fabricantes e todos os participantes da cadeia produtiva devem responder solidariamente pelos possíveis danos que produtos defeituosos ou serviços causem aos consumidores".*** *O produto objeto de contrato trata-se de "almofada térmica vibratória", vendida para pessoas idosas, com proveito da ingenuidade destes, com promessas de cura de enfermidades. Produto vendido por valor extremamente elevado. Forma-se assim uma solidariedade entre os fornecedores intermediários e todos os participantes da cadeia produtiva diante dos possíveis danos que o produto final possa causar aos consumidores. A legislação brasileira perfilhou a responsabilidade objetiva caracterizada pela solidariedade passiva legalmente determinada entre os fornecedores e, eventualmente, também em relação ao comerciante, perante o consumidor em razão dos danos que o produto ou serviço provoquem neste. Produto incapaz de cumprir finalidade esperada, caberá ressarcimento aos consumidores, razão pela qual a manutenção da sentença de primeiro grau é medida que se impõe.* (TJMS; Apelação n. 0007278-61.2008.8.12.0002; Relator(a): Des. João Maria Lós; Comarca: Dourados; Órgão julgador: Câmara Cível I - Mutirão; Data do julgamento: 29/01/2015) *destaquei

BEM MÓVEL – COMPRA E VENDA – TELEVISOR – Obrigação de dar c.c. Indenização – Produto adquirido no 'site' da ré – Atraso na entrega – Bem de marca diversa – Alegação de ilegitimidade passiva – Culpa da transportadora – Preliminar rejeitada – Decisão acertada – ***As circunstâncias dos autos permitem inferir a responsabilidade da Apelante, na cadeia de fornecedores de produtos, como a vendedora do bem, e pela entrega do produto, nos termos do art. 34, do CDC, ressalvado o direito de regresso contra a Transportadora, a ser exercido por ação autônoma.***

BEM MÓVEL – COMPRA E VENDA – DANOS MORAIS – Ocorrência – Embora em princípio não seja o caso de se arbitrar referida indenização em hipóteses de descumprimento contratual, no caso em questão, restou comprovado e confessado a entrega atrasada de produto diverso do adquirido para ser presenteado, sem solução até o presente momento, em total descaso ao consumidor – Indenização devida, no entanto, com redução do montante arbitrado para R$ 5.000,00. (TJSP; Apelação n. 0022508-44.2011.8.26.0554; Relator(a): Carlos Nunes; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 17ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento: 12/05/2015) *destaquei

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. FRANQUIA. RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE TERCEIROS. APLICAÇÃO DO CDC. INCIDÊNCIA.

1. Os contratos de franquia caracterizam-se por um vínculo associativo em que empresas distintas acordam quanto à exploração de bens intelectuais do franqueador e têm pertinência estritamente inter partes.

2. Aos olhos do consumidor, trata-se de mera intermediação ou revenda de bens ou serviços do franqueador - fornecedor no mercado de consumo, ainda que de bens imateriais.

3. ***Extrai-se dos arts. 14 e 18 do CDC a responsabilização solidária de todos que participem da introdução do produto ou serviço no mercado, inclusive daqueles que organizem a cadeia de fornecimento, pelos eventuais defeitos ou vícios apresentados. Precedentes.***

4. Cabe às franqueadoras a organização da cadeia de franqueados do serviço, atraindo para si a responsabilidade solidária pelos danos decorrentes da inadequação dos serviços prestados em razão da franquia.

5. Recurso especial não provido. (STJ; REsp 1426578/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 22/09/2015) *destaquei

Não obstante a recorrente Favorita Transportes Ltda alegar a incidência do disposto no art. 7º, da Lei n. 11.442/2007[3], na tentativa de eximir-se da responsabilidade como participante da cadeia de fornecedores, cumpre destacar que eventual culpa das fornecedoras pelos danos havidos no produto poderá ser resolvida em eventual ação de regresso entre as empresas demandadas (fabricante, vendedora e transportadora), de modo que prevalece, na hipótese, a incidência do CDC, mormente considerando o interesse social da norma consumerista[4].

Desse modo, constada a ocorrência de danos no produto entrega à consumidora, cabível a condenação das requeridas à reparação de danos, notadamente a responsabilidade objetiva independentemente de culpa e a inexistência de excludente, tendo em vista que o vício não foi sanado no prazo de 30 dias, previsto no art. 18, § 1º, II, do CDC.

Confira-se:

> *§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:*
>
> *I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;*
>
> *II - **a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;***
>
> *III - o abatimento proporcional do preço. (destaquei).*

Nesse sentido:

> *APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS C/C RESTITUIÇÃO DE VALOR - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - EMPRESA ORGANIZADORA DO LEILÃO VIRTUAL/PROPRIETÁRIO DOS PRODUTOS COLOCADOS NO MERCADO - REJEITADAS - FORNECEDORAS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ART. 18, CDC - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - PRODUTOS ENTREGUES COM DEFEITO E EM ATRASO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - CONFIGURADOS - RESTITUIÇÃO DE VALOR, NA FORMA SIMPLES - EQUIPAMENTOS NÃO ENTREGUES - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MANTIDOS - RECURSOS DESPROVIDOS - SENTENÇA MANTIDA. A legitimidade decorre da pertinência subjetiva da ação, que é caracterizada pelo enquadramento entre as partes integrantes do processo e os participantes da relação jurídica material afirmada em juízo. Configura-se parte legítima para figurar no polo passivo da demanda indenizatória tanto a organizadora do Leilão Virtual como a proprietária dos bens que os colocou à venda, especialmente diante da responsabilidade solidária que marca as relações entre os fornecedores (art. 18 do CDC). **Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.** A empresa responsável pela venda em site de sua propriedade, quando omissa quanto às informações relativas à qualidade dos produtos vendidos, deve responder pelos danos decorrentes de sua negligência,*

3 Art. 7º Com a emissão do contrato ou conhecimento de transporte, a ETC e o TAC assumem perante o contratante a responsabilidade:
I - pela execução dos serviços de transporte de cargas, por conta própria ou de terceiros, do local em que as receber até a sua entrega no destino;
II - pelos prejuízos resultantes de perda, danos ou avarias às cargas sob sua custódia, assim como pelos decorrentes de atraso em sua entrega, quando houver prazo pactuado.

4 Art. 1° O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

> *por inobservância à obrigação que lhe é imposta pela lei (art. 23 do Decreto nº 21.981/32).* ***Evidenciada a falha do serviço prestado pelas empresas que intermediaram a compra realizada pela internet, não havendo a entrega do produto comprado ou a entrega de produtos defeituosos, resta caracterizado o dever de indenizar.*** *Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. O dano material é aquele que afeta somente o patrimônio do ofendido, que representa o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa. Configura-se, portanto o dano quando a parte adquire produto com defeito, embora lhe seja conferida garantia de funcionamento, e também quando deixa de receber produto, a despeito de ter efetuado o pagamento do preço. Consoante dispõe o art. 20 do CPC, o juiz condenará o vencido a pagar as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, os quais devem ser mantidos quando fixados de acordo com as alíneas do §3º. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca (Súmula nº 326 do STJ).* (TJMS; Apelação n. º 0004766-48.2012.8.12.0008; Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Corumbá; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/08/2014; Data de registro: 15/08/2014) *destaquei

Assim, devida a restituição do valor do produto (R$ 674,91), como bem decidido na sentença.

Do dano moral

Pugna a requerente Elisangela Monteiro da Silva a reforma da sentença para julgar procedente o pedido de reparação por dano moral.

Constata-se que o fato exposto nos autos caracteriza o denominado dano moral puro, ou seja, a ofensa decorre independentemente da comprovação de prejuízos.

Segundo Maria Helena Diniz[5], danos morais *"vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo"*.

Os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores da mesma em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.

É inegável que o não recebimento de um produto adquirido via *internet* ou o seu recebimento com avarias e danificações, devidamente pago, gera desassossego, *stress,* trauma justificador de indenização a título de dano moral, mormente considerando o fato de que tal produto (fogão) é imprescindível no cotidiano de uma residência familiar.

Desse modo, para que esteja caracterizada a responsabilidade civil do ofensor, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral, o qual se opera por força da simples violação.

A respeito disso, confira-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho[6]:

> *"Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum."***.**

Do valor do dano moral

5 DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 80. v. 7.

6 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116.

A respeito da quantificação do dano, constata-se que o valor a ser arbitrado deve atender as peculiaridades do caso concreto, como a repercussão econômica do dano, a dor experimentada pela vítima e o grau de dolo ou culpa do ofensor.

Em observância ao princípio da reparação do dano equivalente em dinheiro, a indenização deve ser, tanto quanto possível, proporcional ao interesse ofendido.

Rui Stoco, em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030, preconiza algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> *"a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;*
>
> *b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;*
>
> *c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;*
>
> *d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;*
>
> *e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;*
>
> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*
>
> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente."*

A fixação do dano moral não segue método prático e objetivo, mas, fica ao arbítrio do julgador a análise de circunstâncias fáticas que constam dos autos, balizado pela razoabilidade e proporcionalidade, não sendo tão baixo a ponto de não servir de marco educador para o lesante, evitando novas condutas no mesmo sentido, nem tão elevado a ponto de valer como fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido.

Considerando tais fatos, aliada a condição socioeconômica das partes e o valor do produto (R$ 674,92), tenho a indenização deve ser arbitrada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), por ser valor proporcional e razoável.

Dispositivo

Diante do exposto:

Nego provimento ao recurso de apelação interposto por Favorita Transportes Ltda;

Dou provimento ao recurso de apelação interposto por Elisangela Monteiro da Silva para reformar parcialmente a sentença e condenar as requeridas (Favorita Transportes Ltda, Nova Pontocom Comércio Eletrônico S/A e Whirlpool S.A.), solidariamente, à reparação por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e atualização monetária pelo IGPM-FGV a partir da prolação deste acórdão (Súmula n. 362/STJ).

Condeno as requeridas, solidariamente, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, os quais arbitro em 15% do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Elisangela Monteiro da Silva e negaram provimento ao recurso de Favorita Transportes Ltda, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0816989-84.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – RESERVA DE VAGAS PARA ÍNDIOS – REGULAMENTAÇÃO QUE DESPREZA FRAÇÃO DE VAGA – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – DISTRIBUIÇÃO DE VAGAS POR LOCALIDADES E DISCIPLINAS – NEGADO PROVIMENTO.

Não há ilegalidade na previsão regulamentar que determina o desprezo à fração de vagas do sistema de cotas. Caso assim não fosse, ao invés de significar a inclusão de minorias, a ação afirmativa acarretaria a exclusão absoluta da maioria em concursos que prevêem pouquíssimas vagas por cargo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, em parte com o parecer.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de reexame necessário e de apelação cível interposta pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença (fls. 498-503) que indeferiu liminarmente a inicial da ação civil pública com pedido de obrigação de fazer e antecipação da tutela ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

A apelante alega, em síntese, que:

> *Cabe lembrar que ao dia 10 de maio de 2013 compareceu à Defensoria Pública Estadual o Sr. Rosaldo de Albuquerque Souza, brasileiro, casado, professor de biologia, CPF 63690209153, residente e domiciliado à Rua Sgto Florio Alcebiades Brandão, n. 54, Bairro Vila Flório, em Campo Grande-MS, aduzindo ter se inscrito no concurso público de provas e títulos para ingresso ao cargo de professor da carreira profissional da educação básica do quadro permanente de pessoal da secretaria de estado de educação de Mato Grosso do Sul nos termos do Edital n. 1/2013 - SAD/SED, disciplina de Ciências/biologia, para a qual são ofertadas 12 vagas, para a Capital. (fls. 518-519).*
>
> *O mesmo tinha intenção voltada ao benefício do programa de reserva de vagas para Indígenas, para os quais são reservadas 3% das vagas, eis que pertence à etnia Kinikinau. No entanto, o Reclamado, através da Secretária de Educação, entende não*

recair o citado cálculo sobre a totalidade de vagas ofertadas para todo o Estado, mas apenas àquelas referentes a cada Município. (f. 519).

Este número de vagas não é passível de aplicação do aludido percentual eis que o resultado seria inferior a 1 (uma) vaga, porque seria necessário, ao menos, 33 vagas a fim de ser dado correto cumprimento ao aludido preceito legal. (f. 519).

Tal situação impede a aplicação do cálculo, pois seria impossível ser conferida, ao menos, uma vaga aos Indígenas. Assim, é certo que o aludido cálculo deve ser efetivado sobre a totalidade de vagas ofertadas em todo o Estado de Mato Grosso do Sul para a disciplina escolhida, qual seja, Biologia. (f. 519).

No item II do supracitado Edital constam as regras norteadoras das vagas voltadas às pessoas com deficiência, 05% (cinco por cento), ao negro 10% (dez por cento) e ao índio 3% (três por cento), nos termos do subitem 2.2 do edital anexo. (f. 519).

Na prática, o já referido diploma legal, ao fixar reserva de vagas, resta prejudicado, eis que, a matemática tornaria impossível a aplicação do aludido direito, visto que para a disciplina de Biologia prescreve um total de 12 vagas, para Campo Grande. (f. 520).

Diante disso perguntamos: aqueles que se inscreveram nas disciplinas Física (66 vagas), Língua Portuguesa (52 vagas), Matemática (97 vagas) ou Química (44 vagas), teriam direito à reserva de vaga, mas os que optaram por Biologia, não? Estaria sendo observado o direito à isonomia insculpido na Lex Mater? (f. 520).

Diante da sobredita antinomia legal (normas incompatíveis entre si)13, realmente há de ser o Edital analisado à luz do Texto Excelso, eis que incide a interpretação corretiva, cujo escopo consiste em conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema. Na presente hipótese apenas a abrangência das matérias a ser abarcada pela reserva de vagas deve ser alterada, mantendo-se íntegros os demais elementos do aludido dispositivo legal. Portanto, o remédio drástico da derrogação não deve ter lugar, pois basta a sua correta interpretação sobre parte do Edital, permanecendo vigentes, no todo, os citados diplomas legais. (f. 524).

Se não for aplicado o decreto que visa, sobretudo a igualdade e a isonomia, de que valem todos os princípios constitucionais democráticos se forem menosprezados? Ademais, os governos são obrigados a tomar medidas especiais que assegurem o desenvolvimento e a proteção adequados às minorias raciais, assim promovendo o entendimento racial por meio do sistema educacional. (f. 525).

Ao final, requer "*(...) o conhecimento e provimento do presente recurso para o fim de, em reforma à sentença, julgar totalmente procedente o pedido inicial, determinando ao recorrido que promova a alteração na interpretação do edital de concurso a fim de que ao menos uma vaga seja reservada às citadas pessoas beneficiadas pelo sistema de reserva de vagas e, mormente, que o cálculo observe o percentual de: 1) 5% destinados aos deficientes físicos e recaia sobre a totalidade das vagas ofertadas ou, ao menos uma vaga, caso seja o número total inferior a 33; 2) 10% destinados aos negros e recaia sobre a totalidade das vagas ofertadas ou, ao menos uma vaga, caso seja o número total inferior a 33; 3) 03% destinados aos índios, e recaia sobre a totalidade das vagas ofertadas ou, ao menos uma vaga, caso seja o número total inferior a 33; (...).*" (f. 527).

O apelado deixou de ser intimado para apresentar contrarrazões, pois não houve triangulação processual.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 545-557, manifestou-se "*(...) pelo não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade. Caso superada a preliminar, no mérito, pugno pelo improvimento do Recurso de Apelação*."

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de reexame necessário e de apelação cível interposta pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul representando o indígena Rosaldo de Albuquerque Souza contra a sentença (fls. 498-503) que indeferiu liminarmente a inicial da ação civil pública com pedido de obrigação de fazer e antecipação da tutela ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

A sentença objurgada e ora em reexame tem o seguinte teor:

> *(...)*
>
> *Assim, de plano verifica-se que não há ilegalidade no sobredito Edital, já que é incontroverso que este se harmoniza com o Decreto Lei n.º 13.141/2011. Ocorre que, o autor pretende que haja modificação na interpretação do Edital n.º 1/2013- SAD/SED, sendo certo que, se o Edital se encontra de acordo com a norma, alterar a interpretação daquele o tornaria ilegal.*
>
> *Ao julgador cabe sim interpretar a norma da maneira mais justa e adequada. No entanto, quando tal nova interpretação contraria em absoluto a expressa previsão legal, não se está mais em falar em interpretar, mas sim em criar nova norma.*
>
> *Não se pode olvidar ainda que o objetivo da reserva de vagas em concursos públicos e faculdades públicas (cotas), muito mais que cunho jurídico possui cunho social, e como tal é resultado de estudos e debates. Os valores percentuais destinados àqueles que fazem jus a reserva de vagas não foi feito a esmo, ao contrário, pauta-se em números e razões históricas, inclusive (quantidade de índios, negros e pessoas com deficiência na sociedade e a intenção de promover a igualdade de oportunidades).*
>
> *Desta forma, resta claro que dar nova interpretação ao Edital 01/2013 SAD/SED, conforme pretende o autor, além de negar as características que fundamentaram a norma (Decreto Lei Estadual n.º 13.141/2011), iria criar uma situação de injustiça com os demais concorrentes, pois seria reservada quantidade superior ao que a lei determina (25 % das vagas da matéria de biologia estariam destinadas as cotas para deficientes, negros e índios).*
>
> *Ademais, em que pese o autor mencionar apenas a quantidade de vagas disponibilizadas ao curso de Ciências/Biologia (12), a nova interpretação recairia sobre todo o Edital, inclusive para aquelas disciplinas em que existem ainda menor quantidade de vagas tais como, em caráter exemplificativo: Artes/Anastácio - 1 vaga; Filosofia/Campo Grande 5 vagas; Língua Portuguesa/Jardim - 5 vagas.*
>
> *Caso a interpretação que o autor deseja fosse passível de aplicação, como ficaria então a única vaga para a disciplina de Artes na cidade de Anastácio, se houvesse a inscrição de um candidato índio, um candidato negro e um candidato deficiente físico? Deveria ser ampliada a quantidade de vagas, independentemente dos critérios de conveniência e oportunidade da Administração, para no mínimo 3 vagas, a fim de dar aplicação a norma? Como ficariam os que não se enquadram em tais condições, se justamente é o parâmetro para a obtenção daquelas frações?*

> *Tais indagações servem para demonstrar que a aplicação do percentual constante no Decreto Estadual n.º 13.141/2011 é forma de garantir a isonomia e também a proporcionalidade na busca por cargos públicos. Não se pode privilegiar uma classe em detrimento de outra, mas pode-se harmonizar ambas.*
>
> *(...)*
>
> *A Lei de Ação Civil Pública, traz em seu art 3º que "A Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". Ainda que o autor tenha informado que o objeto principal da ação seja uma obrigação de fazer, para que tal ocorra, é necessário inicialmente que se realize uma interpretação distinta da norma em que se funda o Edital (Decreto Estadual n.º13.141/2011), sendo certo que tal intuito não pode se dar por meio de Ação Civil Pública.*
>
> *Desta feita, indefiro liminarmente a inicial, e o faço com espeque nos artigos 267, I c/c 295, V do Código de Processo Civil.*
>
> *Extinto o feito sem resolução de mérito.*

A decisão supratranscrita encontra-se sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 475, I, do Código de Processo Civil[1]. Há também recurso voluntário interposto pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Aprecio em conjunto ambos os recursos, porquanto os mesmos encontram-se entrelaçados.

Nego provimento ao recurso.

Com efeito, no caso, tenho que a sentença posta em reexame, via recurso obrigatório, deve ser ratificada. Por conseguinte, deve o apelo voluntário ser improvido.

Verifico dos autos que a recorrente postula seja realizada alteração na interpretação do Edital n. 1/2013 – SAD/SED do concurso para o cargo de professor, a fim de que ao menos uma vaga seja reservada às pessoas beneficiadas pelo sistema de cotas, porquanto entende a Defensoria Pública que o cálculo da porcentagem de vagas não pode recair sobre a totalidade de vagas ofertadas para todo o Estado, mas apenas àquelas referentes à cada município, isto porque, se assim não ocorrer, o resultado será inferior a 1 (uma) vaga, fazendo-se necessárias ao menos 33 vagas a fim de ser dado correto cumprimento ao preceito legal segundo a sua interpretação, isto é, para que possa ocorrer o preenchimento de um cargo de professor por cota para negro ou para índio.

Na hipótese em análise, tenho, contudo, que a sentença deve ser integralmente mantida, isto porque a questão posta em discussão foi corretamente solucionada pelo magistrado de origem, juiz David de Oliveira Gomes Filho.

Acresço às razões de decidir os fundamentos contidos no parecer ministerial de fls. 545-557, assim redigido:

> *(...)*
>
> *Para instituir medidas de promoção da igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, bem como promover a reserva de vagas para negros e índios, em concursos públicos para provimento de cargos estaduais, foi editada a Lei Estadual n.º 3.594/2008, com a redação posteriormente alterada pela Lei Estadual n.º 3.939/2010:*

1 Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

Art. 1º O Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para negros e índios, reservando-lhes cota mínima de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, das vagas oferecidas em todos os seus concursos para provimento de cargos públicos nos quadros de carreira.

§ 1º A reserva mínima de que trata a presente Lei será disponibilizada, observada a proporcionalidade, aos negros e aos índios aprovados no processo seletivo realizado em iguais condições para todos os candidatos.

§ 2º Dos editais dos concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento) das vagas oferecidas para negros e índios, respectivamente, existentes entre os candidatos aprovados."

Para regulamentar o diploma legal em questão, foi editado o Decreto Estadual n.º 13.141/2011, estabelecendo regramento específico para os editais de concursos públicos estaduais:

Art. 1º Ficam reservadas 10% (dez por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, para negros e índios, das vagas oferecidas em todos os concursos públicos realizados pelo Poder Executivo Estadual para provimento de cargos e empregos públicos da administração direta e indireta.

§ 1º A reserva de vagas, de que trata este Decreto, será disponibilizada aos candidatos negros e índios aprovados em concurso público em iguais condições para todos os candidatos.

§ 2º Nos editais de concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento) das vagas oferecidas, respectivamente, para negros e índios entre os candidatos aprovados, por cargo, função e por localidade, quando for o caso.

§ 3º Na aplicação do percentual estabelecido no caput será desprezada a fração, se houver.

(...)

Fazendo-se uma análise singela da forma do cálculo para reserva de vagas, poderíamos pensar em ofensa ao princípio da isonomia; ocorre que não se pode perder de vista que os concursos públicos visam ao ingresso igualitário de todos os candidatos, por sua vez, a reserva de vagas, como forma de ação afirmativa, representa uma medida de exceção.

Essa questão já foi levada em julgamento por esse egrégio Tribunal de Justiça, que entendeu pela legalidade das normas do concurso, a saber:

MANDADO DE SEGURANÇA- CONSTITUCIONAL, PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS - REGULAMENTAÇÃO QUE DESPREZA FRAÇÃO DE VAGA - INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO

DA ISONOMIA - IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO ABSOLUTA DE CANDIDATOS NÃO BENEFICIADOS PELA RESERVA - DISTRIBUIÇÃO DE VAGAS POR LOCALIDADES E DISCIPLINAS - NECESSIDADE E INTERESSE PÚBLICOS - NÃO CONCESSÃO.

Não há inconstitucionalidade ou ilegalidade na previsão regulamentar que determina o desprezo à fração de vagas do sistema de cotas. Caso assim não fosse, ao invés de significar a inclusão de minorias, a ação afirmativa acarretaria a exclusão absoluta da maioria em concursos que prevêem pouquíssimas vagas por cargo.

A distribuição de vagas por localidades e disciplinas atende o interesse da Administração Pública em selecionar o profissional melhor habilitado para cada área de atuação.

Absolutamente inviável pretender que o percentual de cotas atinja todo o montante de vagas previstas, uma vez que não existe critério de diferenciação entre os cargos, sendo que a própria vaga almejada poderia não ser destinada aos cotistas.

Mandado de Segurança a que se nega concessão, ante o reconhecimento de falta de direito líquido e certo da impetração quanto ao sistema de reserva de vagas pretendido. (4 de junho de 2014 - Órgão Especial - Mandado de Segurança – Nº 4007970-22.2013.8.12.0000 - Campo Grande Relator Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar). Destacamos.

O voto condutor do Acórdão, no Mandado de Segurança supracitado, muito bem ressaltou: Assim sendo, caso a fração não fosse desprezada, todo edital que previsse 01 (uma) vaga de cargo público acabaria por destiná-la a negros ou índios (que também são beneficiados com o regime de cotas). Ou seja, a ação afirmativa pensada para facilitar a inclusão de minorias socialmente desprestigiadas acabaria se tornando uma forma de exclusão absoluta da maioria."

Por fim, ao rejeitar a inicial o magistrado singular ressaltou que a modificação do edital pretendido pelo apelante (...) indiretamente implicaria "controle de constitucionalidade" do Decreto Lei Estadual n.º 13.141/2011, ao declarar a forma como o referido dispositivo deveria ser interpretado. p. 501/502. E ao rejeitar a inicial concluiu: A Lei de Ação Civil Pública, traz em seu art 3º que "A Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". Ainda que o autor tenha informado que o objeto principal da ação seja uma obrigação de fazer, para que tal ocorra, é necessário inicialmente que se realize uma interpretação distinta da norma em que se funda o Edital (Decreto Estadual n.º13.141/201), sendo certo que tal intuito não pode se dar por meio de Ação Civil Pública. p. 502.

Reitera-se que a fundamentação do magistrado, ao rejeitar a inicial, sequer foi objeto de discussão nas razões do recurso de apelação.

Dessa forma, como afirmado, deve ser mantida a sentença cuja fundamentação ressaltou que a modificação do edital pretendida pela ora apelante implicaria indiretamente em exercer controle de constitucionalidade sobre o Decreto Lei Estadual n. 13.141/502, além de criar uma situação de injustiça com os outros concorrentes, porquanto implicaria em ser reservada quantidade superior de vagas por cotas àquela que a lei de regência determinou.

Ante o exposto, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento, mantendo intacta a sentença de origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0835534-08.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCORRÊNCIA – EXECUÇÃO DE OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO SEMAFÓRICA EM FIBRA ÓTICA – SISTEMA DE CIRCUITO FECHADO DE TV/CFTV – RESCISÃO UNILATERAL – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – OBJETOS E OBJETIVOS DISTINTOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a rescisão unilateral do contrato administrativo deve obedecer o devido processo legal, devendo ser conferido ao administrado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Considerando que o contrato firmado não guarda pertinência com o novo Processo Licitatório n. 30464/2013-75, não há falar em necessidade de suspensão deste último.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de reexame necessário e de apelação cível interposta pelo Consórcio Liderança contra a sentença (fls. 1722-1728) que concedeu parcialmente a ordem pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado em face de ato do Secretário Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação de Campo Grande.

O consórcio apelante alega, em suas razões recursais, que:

> *O juízo a quo considerou que a licitação n. 46.633/2012-07 (vencida pela Apelante) e 30464/2013-75 (atualmente instaurado, cuja sessão inicial se realizou em 09/10/2013) são diferentes, pois tem objetivos diversos, pois uma lida com trânsito (vencida pela Apelante) e a outra lida com (f. 1743).*
>
> *Contudo, com a devida vênia, esta constatação está equivocada, tem-se que muito embora seja ligada a área de segurança, a licitação n. 30464/2013-75, também trata do controle do transito, conforme justificativa de fls. 1201, indicando que tem como público alvo também a AGETRAN, ou seja, controle de trânsito e transporte. (f. 1744).*

> *Não devem ser observados apenas aspectos setoriais, mas também os aspectos técnicos, uma vez que serão instalados pelo que os Impetrados alegam, equipamentos semelhantes no mesmos locais, mas com finalidade diferentes o que parece um contra-senso, e tentativa dos Apelados de inutilizar o objeto da licitação vencida pela Apelante. (f. 1745).*
>
> *É óbvio que não são necessários dois sistemas de monitoramento nos mesmos locais, e que qualquer dos sistemas instalados, vai cumprir a mesma função de monitorar o trânsito, bem como cuidar da segurança do Município. (f. 1745).*
>
> *Importante destacar que se realmente os objetos não forem coincidentes o provimento do Apelo não traz nenhum prejuízo aos Apelantes, pois poderão executar a licitação objurgada livremente, sem nenhuma restrição. (f. 1750).*

Ao final, requer "*(...) seja o presente recurso conhecido e provido para reformar a sentença de 1º grau para determinar a sustação do procedimento licitatório n. 30464/2013-75, no que atine aos objetos coincidentes com contrato 412/2012, firmado com a Apelante e o Município de Campo Grande/MS.*" (f. 1750).

O município apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões às fls. 1806-1820, pugnando pelo improvimento do recurso, pela manutenção da sentença e a condenação do ora apelante por litigância de má-fé.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 1841-1848, manifestou-se pelo improvimento dos recursos obrigatório e voluntário.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de reexame necessário e de apelação cível interposta pelo Consórcio Liderança contra a sentença (fls. 1722-1728) que concedeu parcialmente a ordem pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado em face de ato do Secretário Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação de Campo Grande.

A sentença apelada e ora em reexame tem o seguinte teor:

> *(...)*
>
> *Primeiramente, tendo em vista que a decisão liminar não esgotou o objeto da lide, mas tão somente suspendeu a decisão administrativa e parte da nova licitação, afasta-se a preliminar de afronta ao art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92.*
>
> *Passa-se à análise do mérito da demanda.*
>
> *1. Da Rescisão Unilateral do Contrato*
>
> *Consoante já relatado, a empresa impetrante foi a vencedora da concorrência n. 089/2012, cujo objeto consiste na execução de obras de implantação de comunicação semafórica em fibra ótica e sistema de circuito fechado de TV/CFTV nesta Capital, tendo, inclusive, assinado contrato com a Administração Pública (fls. 44/49).*
>
> *Tal contrato, entretanto, foi rescindido unilateralmente pelo ente Municipal (fls. 41), sob o fundamento de que "foram detectadas algumas divergências de projeto anteriormente aprovado com o licitado, havendo a necessidade de uma nova definição*

para atender os enquadramentos da obra aos normativos requeridos pela CEF", e de que "as alterações necessárias para a realização da obra inviabilizam a continuidade da contratação, haja vista a diferença existente entre as planilhas" (fls. 34).

Sem adentrar no mérito do ato impugnado, já que a causa de pedir do impetrante resume-se à existência de vício formal, é necessário ressaltar que, nos termos do parágrafo único do art. 78 da Lei n. 8.666/93, "os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa".

Nesse contexto, o STJ tem seguido o entendimento de que "a rescisão unilateral do contrato administrativo deve observar o devido processo legal, no qual seja conferido ao administrado o direito à ampla defesa e ao contraditório."1 No caso em questão, entretanto, não se vislumbra a realização de qualquer notificação formal para a empresa autora apresentar de defesa, não sendo suficiente para a rescisão que a Administração afirme que o Secretário da pasta, por diversas vezes, entrou em contato em contato com o contratante, como foi feito. É necessário o efetivo desenvolvimento do contraditório e da ampla defesa.

De igual modo, ao contrário do que afirmado pelo Município de Campo Grande, a garantia ao contraditório e à ampla defesa deve ocorrer em momento anterior à prática do ato, justamente para oportunizar ao particular o direito de poder influenciar no processo decisório da Administração, o que não foi observado.

Por isso, merece acolhimento o pedido de anulação do ato administrativo que rescindiu de maneira unilateral o contrato n. 412/2012 firmado entre as partes, referente à licitação para a execução de obras visando a implantação de comunicação semafórica, em fibra ótica e sistema de circuito fechado de TV-CFTV nesta Capital.

Ressalta-se tão somente que, com isso, não se impede que a Administração Pública promova novamente a rescisão contratual, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa para a prática deste ato.

2. Do Processo Licitatório N. 30464/2013-75

Um dos efeitos da anulação do ato que rescindiu o contrato firmado entre as partes é a impossibilitar a Administração Pública de novamente licitar os objetos já adjudicados à parte impetrante, já que o contrato continuaria vigente. Em razão disso, no curso de lide, por meio de cognição sumária, foi determinada a suspensão do processo licitatório n. 30464/2013-75 em relação aos objetos que se encontrem compreendidos no contrato n. 412/2012.

Neste momento processual, entretanto, em sede de cognição exauriente, observa-se que, na realidade, apesar da semelhança existente, o objeto do contrato n. 412/2012, derivado da concorrência n. 089/2012, não é idêntico ao objeto do processo licitatório n. 30464/2013-75, não sendo preciso haver a suspensão deste. Isso porque o objeto do contrato firmado entre as partes refere-se à execução de obras visando a implantação de comunicação semafórica em fibra ótica e sistema de circuito fechado de TV-CFTV para a AGETRAN, para o fim de prover as seguintes funcionalidades (fls. 138):

1 Integração entre os semáforos e o sistema inteligente de verificação de fluxo de veículos, garantindo melhor desempenho de trânsito;

2 Monitoramento dos principais cruzamentos, reduzindo o índice de intercorrências de trânsito;

3 Inteligência relacionada a determinados picos de fluxos de veículos, através de tempos de abertura e fechamento de semáforos conforme o tráfego;

4 Controle de trânsito automatizado;

5 Análise de tendência de tráfego, baseadas em aumento ou diminuição gradativa de fluxo.

O processo licitatório n. 30464/2013-75, por sua vez, tem por objetivo geral implantar o sistema de Vídeo Monitoramento na área central de Campo Grande com vista a otimizar os recursos humanos e logísticos dos órgãos de Segurança Pública e como objetivos específicos (fls. 1190):

1 Intensificar as ações de prevenção e repressão ao crime por meio do aumento da capacidade de vigilância com a implantação do sistema de vídeo-monitoramento;

2 Agir como apoio eficiente no patrulhamento das áreas monitoradas na identificação e prisão de infratores;

3 Inibir atos criminosos;

4 Auxiliar no monitoramento do comportamento das próprias instituições de segurança pública;

5 Subsidiar os órgãos de Segurança Pública no fornecimento de imagens e vídeos para elucidação dos delitos;

6 Desenvolver maior sensação se segurança à população.

Com base nessas informações, vê-se que, apesar de ambos os casos relacionarem-se com a execução de serviços de monitoramento, o contrato firmado entre a parte impetrante e o ente municipal relaciona-se com o serviço de trânsito e transporte e não guarda pertinência com o objeto da licitação n. 30464/2013-75, que se relaciona com a execução de serviços ligados à segurança pública.

Assim, a instalação de um sistema de monitoramento não exclui o outro, mas, ao contrário, eles se complementam para o fim de melhorar o sistema de tráfego urbano e atuar no combate ao crime na área central da cidade.

3. Do Dispositivo

Ante o exposto, concede-se parcialmente a segurança pleiteada para anular, por vício formal, o ato administrativo que rescindiu unilateralmente o contrato n. 412/2012 firmado entre as partes para a execução de obras de implantação de comunicação semafórica em fibra ótica e sistema de circuito fechado de TV-CFTV, sem, contudo, suspender ou anular o processo licitatório n. 30464/2013-75.

Tendo em vista a existência de sucumbência recíproca, o Município de Campo Grande ficará responsável pelo ressarcimento de metade do valor das custas processuais pagas pela parte impetrante.

Sem condenação em honorários advocatícios

(...)

A decisão em epígrafe encontra-se sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 475, I, do Código de Processo Civil. Há também recurso voluntário interposto pelo Consórcio Liderança. Aprecio em conjunto ambos os apelos, porquanto os mesmos encontram-se entrelaçados.

Nego provimento aos recursos.

Com efeito, tenho que a sentença posta em reexame, via recurso obrigatório, deve ser ratificada. Por conseguinte, deve o apelo voluntário ser improvido.

No caso, de fato, a sentença deve ser integralmente mantida, isto porque a questão posta em discussão foi corretamente solucionada pelo magistrado de origem, juiz Alexandre Tsuyoshi Ito.

Verifico da análise dos autos, que o Consórcio Liderança impetrou mandado de segurança em face do ato do Secretário Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação de Campo Grande-MS visando a anulação do ato administrativo que rescindiu unilateralmente o Contrato de n. 412/2012, bem como suspendeu o Processo Licitatório n. 30464/2013-75.

Sustenta o impetrante, ora recorrente, que, em dezembro de 2012, assinou com o município ora apelado o Contrato n. 412/2012, mas que, para a sua surpresa, em agosto de 2013, foi publicado no Diário Oficial n. 3.838 o Extrato de Rescisão do referido contrato, sem que tenham sido respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, em total afronta ao que dispõe a Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), eis que o apelante não foi sequer notificado para manifestar-se sobre a rescisão.

Afirmou ainda que, após a rescisão unilateral do contrato, a Administração abriu um novo processo licitatório (n. 30464/2013-75), o qual incide sobre o mesmo objeto que antes havia lhe sido adjudicado, razão pela qual pleiteia a sua suspensão.

Não obstante os argumentos lançados pelo recorrente, a sentença, como afirmado alhures, merece ser mantida, isto porque os procedimentos administrativos objurgados possuem objetos e objetivos distintos, tendo o Contrato n. 412/2012 a finalidade de organizar o fluxo de trânsito da capital, por meio de uma rede interligada que otimize a comunicação semafórica e auxilie no tráfego dos carros, enquanto que o Processo Licitatório n. 30464/2013-75 tem como propósito a melhora da segurança pública na área central da Capital, mediante o uso do sistema de vídeo-monitoramento.

No caso, acresço às razões de decidir, os fundamentos contidos no parecer ministerial de fls. 1841-1848, assim redigido:

> *(...)*
>
> *Com efeito, verifica-se que o contrato supracitado foi rescindido em 28 de agosto de 2013, conforme publicação no DIOGRANDE (fl. 41), fulcrado no artigo 79, II, da Lei n. 8.666/93, que trata da rescisão amigável por acordo entre as partes.*
>
> *Entretanto, examinando-se a justificativa para a rescisão (fl. 34), nota-se que na verdade esta ocorreu de maneira unilateral, por ato da Administração, em decorrência de divergências no projeto anteriormente apresentado e de diferença entre as planilhas de cálculo do objeto licitado.*
>
> *A despeito de o correto enquadramento ser a rescisão unilateral, fundamentada no artigo 79, I, da Lei n. 8.666/93, o respeito ao devido processo legal é indispensável, devendo ser oportunizada a ampla defesa e o contraditório. Essa é a exegese contida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal e no artigo 78, parágrafo único, da Lei de Licitações, in verbis:*

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: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente Art. 78 Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) Parágrafo único Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

O doutrinador Marçal Justen Filho, realizando uma exegese do artigo acima, assim leciona:

A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio do contraditório e observância ao devido procedimento administrativo. Expôs-se em outra obra a extensão da garantia assegurada ao particular. Por ora, é imperioso considerar que o devido processo significa que a rescisão deverá ser precedida de um procedimento administrativo, ao qual o particular tenha amplo acesso e no qual possa deduzir sua defesa e produzir suas provas.

Compulsando-se os autos do mandado de segurança, todavia, constata-se que a Administração em momento algum comprovou que se atentou ao devido processo legal no procedimento administrativo que resultou na rescisão unilateral do contrato, tendo inclusive sustentado em suas informações que o ato de rescisão não foi precedido de ampla defesa e do contraditório ao licitante, conforme leitura da petição de fls. 535-557, in verbis: Prima facie, cumpre observar que a norma em comento não estabelece em que momento o contraditório e a ampla defesa devam ser pela Administração Municipal garantidos. De mais a mais, tratando-se de rescisão unilateral devidamente fundamentada, seria de todo estranho e contraditório o exercício do contraditório ser oportunizado antes do ato administrativo unilateral ao que se pretende contrapor. Obviamente, porque se trata de ato unilateral e, em assim sendo, independente e prescindível da vontade da outra parte, pois se de outra forma fosse não se denominaria unilateral !!! (fl. 545)

Logo, verifica-se que a rescisão unilateral se reveste de vício formal, impondo, por conseguinte, na anulação do ato administrativo que resultou na rescisão do contrato n. 412/2012, estando escorreita a sentença do magistrado de 1ª instância nesse ponto.

De outro norte, o apelante se insurge contra a parte do decisum que julgou improcedente a sua pretensão de suspender ou anular o processo licitatório n. 30464/2013-75, afirmando que este tem objeto idêntico ao do contrato n. 412/2012.

Entendemos, contudo, o posicionamento firmado pelo juízo a quo não merece reparo, posto que os referidos procedimentos administrativos possuem objetos distintos.

O contrato n. 412/2012 celebrado entre as partes tem por objeto a execução de obras, visando a implantação de comunicação semafórica, em fibra ótica e sistema de circuito fechado de TV-CFTV, em Campo Grande-MS_ (fl. 44). No anexo I do termo de referência, item 1, subitem 1.1 (fl. 258) consta mais detalhadamente o objeto, aduzindo que se trata da contratação de empresa especializada para implantação de solução de rede de alta velocidade, através de tecnologia GEPON, para interligação do sistema semafórico de Campo Grande, com fornecimento de todos os materiais e equipamentos necessários, conforme características constantes neste termo._

Ademais, no projeto básico feito pela AGETRAN (fl. 138), concernente a licitação, consta como objetivos desta a:

· Integração entre os semáforos e o sistema inteligente de verificação de fluxo de veículos, garantindo melhor desempenho de trânsito;

· Monitoramente dos principais cruzamentos, reduzindo o índice de intercorrências de trânsito;

· Inteligência relacionada a determinados picos de fluxo de veículos, através de tempos de abertura e fechamento de semáforos conforme o tráfego.

· Controle de trânsito automatizado;

· Análise de tendências de tráfego, baseadas em aumento ou diminuição gradativa de fluxo.

Já no tocante ao processo licitatório n. 30464/2013-75, o objeto da licitação trata de implantar o Sistema de Vídeo Monitoramento na área central de Campo Grande com vista a otimizar os recursos humanos e logísticos dos órgãos de Segurança Pública. (fl. 1198)

Aludido processo tem como objetivos específicos os seguintes, in verbis capacidade de vigilância com a implantação do sistema de videomonitoramento;

· Agir como apoio eficiente no patrulhamento das áreas monitoradas na identificação e prisão dos infratores;

· Inibir atos criminosos;

· Auxiliar no monitoramento do comportamento das próprias instituições de segurança pública;

· Subsidiar os órgãos de Segurança Pública no fornecimento de imagens e vídeos para elucidação os delitos;

· Desenvolver maior sensação de segurança a população.

Portanto, conclui-se que os procedimentos administrativos objurgados possuem objetos e objetivos distintos, tendo o contrato n. 412/2012 a finalidade de organizar o fluxo de trânsito da capital, por meio de uma rede interligada que otimize a comunicação semafórica e auxilie no tráfego dos carros, enquanto que o processo licitatório n. 30464/2013-75 tem como propósito a melhora da segurança pública na área central da Capital, mediante o uso do sistema de vídeo monitoramento.

Outrossim, não subsiste a alegação do apelante de que as câmeras do sistema de vídeo monitoramento seriam colocadas nos mesmos locais que aquelas previstas no contrato n. 412/2012, porquanto a tabela feita pelo recorrente de fls. 1748-1749 refere-se a uma comparação descabida entre câmeras móveis (do processo licitatório n. 30464/2013-75 fls. 1259-1260) e os semáforos que deverão ser instalados por força do contrato outrora citado.

Na verdade, analisando-se os locais de instalação das câmeras do contrato n. 412/2012 (fl. 292), verifica-se que serão apenas 4 (quatro) os pontos em que serão instalados câmeras para auxiliar no controle de tráfego por parte da AGETRAN, o que enfraquece ainda mais a tese sustentada pelo apelante.

Ante o exposto, manifesta-se esta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e não provimento dos recursos, mantendo-se a sentença objurgada. (...)

Como se vê, a sentença atacada deve permanecer hígida, eis que acertada quando determinou o anulação do ato administrativo que rescindiu de maneira unilateral o Contrato n. 412/2012, sem, contudo, suspender ou anular o Processo Licitatório n. 30464/2013-75.

Ante o exposto, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0804577-87.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS – ART. 101 DO CÓDIGO CIVIL – IMÓVEL FINANCIADO PELA EMHA – QUITAÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO – REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO PRESCRITIVA – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A pretensão à aquisição pela usucapião de imóvel urbano regularmente loteado e quitado pelo anterior possuidor não pode ser obstada sob o argumento de que, pelo fato de o promitente comprador não ter lavrado a escritura pública e a transcrito no registro de imóveis, trata-se de bem público, uma vez que o registro é mera formalidade, neste caso, já que, consoante reconhecido pela própria apelante, a área não mais pertence ao domínio público.

Se o bem imóvel em questão foi alienado em observância à lei de desafetação e oportunamente quitado, não há mais se falar em bem público, por força da própria lei que autorizou a venda, embora o ente público ainda figure como proprietário no registro de imóveis.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Nilma Garcia Ferreira contra sentença (fls. 66-67) que extinguiu a ação de usucapião ajuizada em desfavor de Aurélio Gomes Rodrigues e da Agência Municipal de Habitação de Campo Grande – EMHA.

A ora apelante alega, em suas razões recursais, que:

> *(...) o pedido em questão não é impossível, pois a síntese da verdade real do caso in examine é esta: a Recorrente, agindo de boa-fé, em 27 de dezembro de 2006, adquiriu o imóvel em debate, mediante contrato "de gaveta" do primeiro Apelado, mediante o pagamento de R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais). (f. 72).*
>
> *Esta se comprometeu a honrar todos os compromissos decorrentes do imóvel, e assim o fez desde então, sem nunca ter sido interpelada pelo segundo Apelado. Os recibos juntados assim comprovam (fls. 11-39). (f. 72).*

> *Desse modo, a Recorrente seguiu demonstrando seu animus domini, pois todas as prestações é ela quem paga. (f. 72).*
>
> *A Recorrente buscou um meio legal capaz de assegurar-lhe o direito adquirido acerca de sua moradia, e assim seguiu com a Ação de Usucapião face ao primeiro Apelado (f. 72).*
>
> *Em tempo, elucida-se que, em momento nenhum a ação foi movida face ao Município, mas este era desde o princípio, um terceiro interessado no resultado da lide, vez que se objetiva simplesmente o direito de domínio frente ao vendedor Apelado, que nunca residiu na casa e nunca pagou as prestações (fls. 72-73).*
>
> *Sendo assim, a Recorrente por todo esse lapso temporal residido no supra imóvel, e pago todas as obrigações fiscais conforme inclusos comprovantes (IPTU e Prestações Periódicas) e mantido a posse sem interrupção e oposição de nenhuma espécie do primeiro Apelado durante esses anos. (f. 73).*
>
> *Cumpre sua função social a propriedade em questão, haja vista o Usucapiente constituir no imóvel sua moradia e residir com sua família como se dono fosse, adimplindo todas as despesas inerentes à coisa, fazendo-a boa utilização. (f. 149).*

Ao final, requer "*(...) seja conhecido e provido o presente Recurso de Apelação, reformando-se a r. sentença de primeira instância, reconhecendo o direito a Usucapião da Recorrente frente ao Apelado Aurélio Gomes Rodrigues, devolvendo os autos à instância inferior para prosseguimento, (...)*." (f. 74).

A Agência Municipal de Habitação de Campo Grande – EMHA, devidamente intimada, apresentou contrarrazões às fls. 83-97, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

De outro norte, o apelado Aurélio Gomes Rodrigues, devidamente intimado, não apresentou contrarrazões (f. 145).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls. 157-163, manifestou-se pelo "*(...) provimento parcial do apelo, de molde a tornar insubsistente a sentença e, assim, devolver os autos à instância a quo para prosseguimento*."

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Nilma Garcia Ferreira contra sentença (fls. 66-67) que extinguiu a ação de usucapião ajuizada em desfavor de Aurélio Gomes Rodrigues e da Agência Municipal de Habitação de Campo Grande – EMHA.

Em suas razões defende a apelante que "*o pedido em questão não é impossível, pois a síntese da verdade real do caso in examine é esta: a Recorrente, agindo de boa-fé, em 27 de dezembro de 2006, adquiriu o imóvel em debate, mediante contrato "de gaveta" do primeiro Apelado, mediante o pagamento de R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais). Esta se comprometeu a honrar todos os compromissos decorrentes do imóvel, e assim o fez desde então, sem nunca ter sido interpelada pelo segundo Apelado. Os recibos juntados assim comprovam*" (f. 72)

A sentença recorrida, na sua parte dispositiva tem o seguinte teor:

> *Nesse contexto, por se chocar com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto, o pedido da autora afigura-se impossível, o que leva à inépcia da petição inicial, na forma do art. 295, parágrafo único, II, do CPC.*
>
> *Ante o exposto, em razão do reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, indefere-se a presente inicial (art. 295, I, do CPC) e extingue-se o feito, sem resolução de mérito, na forma do art. 267, I, do CPC.*
>
> *Deferem-se os benefícios da justiça gratuita à autora.*
>
> *Fica a autora responsável pelo pagamento das custas processuais, cuja exigibilidade ficará condicionada ao disposto no art. 12 da Lei 1.060/50. (Grifei) (fls. 66-67)*

A ora apelante insurge-se contra a sentença supratranscrita, postulando que "*seja conhecido e provido o presente recurso de apelação, reformando-se a r. sentença de primeira instância, reconhecendo o direito de usucapião da recorrente frente ao apelado Aurélio Gomes Rodrigues, devolvendo os autos à instância inferior para prosseguimento (...).*"

Dou parcial provimento ao recurso.

Consta da sentença ora combatida que o magistrado singular indeferiu a petição inicial por inépcia e impossibilidade jurídica do pedido, utilizando-se para tanto da seguinte fundamentação:

> *(...) verifica-se que o bem imóvel objeto da demanda é de titularidade da Agência Municipal de Habitação de Campo Grande - EMHA, autarquia integrante da administração indireta do Poder Executivo, dotada de personalidade jurídica de direito público, com patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, criada pela Lei Municipal n. 4.620/08. (...) Sobre essa categoria de bens, o § 3º do art. 183 da Constituição Federal dispõe que "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.*
>
> *Nesse contexto, por se chocar com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto1, o pedido da autora afigura-se impossível, o que leva à inépcia da petição inicial, na forma do art. 295, parágrafo único, III, do CPC.*
>
> *Ante o exposto, em razão do reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, indefere-se a presente inicial (art. 295, I, do CPC) e extingue-se o feito, sem resolução de mérito, na forma do art. 267, I, do CPC. (Grifei)*

Sobre usucapião de bens públicos, encontram-se as seguintes disposições constitucionais:

> *Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*
>
> *(...) § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."*
>
> *Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.*

(...) Parágrafo único. Os imóveis públicos não são adquiridos por usucapião.

Ainda, alinhado com a Constituição Federal, o artigo 102 do Código Civil estabelece sobre o tema que:

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Por último, não se pode olvidar do disposto na Súmula 340, do Supremo Tribunal Federal, a qual prevê que:

Súmula n. 340. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

Destarte, extrai-se à primeira vista que a regra, segundo a legislação supratranscrita, dispõe que os bens públicos não estão sujeitos à usucapião.

Contudo, o caso em análise se enquadra numa das clássicas hipóteses em que se permite a aquisição originária de bens públicos, fugindo assim da regra geral.

Com efeito, trata-se da transmissão, à revelia do órgão de habitação estatal, de imóvel incluído em programas de residência popular, invariavelmente por meio dos chamados "contratos de gaveta".

Em tais casos, o bem imóvel, nada obstante escriturado em nome da autarquia (ou congênere), é, por antecipação, destinado à alienação. Ou seja, após quitadas as prestações, o possuidor fará jus à aquisição formal da propriedade, ainda que, precedentemente, fosse titularizada por ente público. Entende-se, portanto, que, dada a possibilidade de alienação (mediante quitação das parcelas), esses bens não teriam o caráter público, na medida em que o adimplemento do financiamento implicaria automática desafetação, nos termos do art. 101[1] do Código Civil.

Na hipótese dos autos, o que se tem é, precisamente, o contrato de gaveta e uma alegada quitação, capaz de acarretar a mencionada desafetação.

Dessa feita, a impossibilidade jurídica não seria absoluta, havendo necessidade de dilação probatória com o fim de averiguar se houve ou não o escorreito pagamento das prestações e, por conseguinte, se encontram-se presentes os demais requisitos da usucapião.

Esta Corte, aliás, tem manifestado esse entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO USUCAPIÃO - ALIENAÇÃO BEM PÚBLICO - OBSERVÂNCIA LEI DESAFETAÇÃO AUTORIZADA VENDA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.' (...) Portanto, se o bem imóvel em questão foi alienado em observância a lei de desafetação e oportunamente quitado, não há mais se falar em bem público, por força da própria lei que autorizou a venda, embora o ente público ainda figure como proprietário no registro de imóveis.[2]

EMENTA-APELAÇÃOCÍVEL-USUCAPIÃO-POSSIBILIDADEDEALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS - ART. 101 DO CÓDIGO CIVIL - EXISTÊNCIA DE CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO DO IMÓVEL QUE PODERÁ ENSEJAR A DESCARACTERIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO NÃO FRUIÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA ANTE A PENDÊNCIA DE CONDIÇÃO SUSPENSIVA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA ANULAR A

1 Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

2 Relator(a): Des. Joenildo de Sousa Chaves; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/05/2012; Data de registro: 25/05/2012.

SENTENÇA DE EXTINÇÃO E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO.[3]

APELAÇÃO CÍVEL - USUCAPIÃO - PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE RECURSAL, NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DE DEFESA, E ILEGITIMIDADE PASSIVA - REJEITADAS - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO MATÉRIA DE MÉRITO - AGEHAB - IMÓVEL DESAFETADO E QUITADO POR PARTICULAR - DESNECESSIDADE DA LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA PARA COMPROVAÇÃO DA NATUREZA PRIVADA - OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DA USUCAPIÃO - SENTENÇA MANTIDA Revela-se o interesse recursal quando a parte resta condenada, inclusive, ao pagamento de honorários advocatícios. Segundo entendimento pacífico do STJ, "só haverá nulidade por cerceamento de defesa, nos termos do art. 398 do CPC, se demonstrado prejuízo decorrente de ter o órgão julgador baseado a decisão diretamente nos documentos não contraditados." Se, na hipótese de ser julgada procedente a ação de usucapião, a condenação dirigir-se- á contra o ente público, uma vez que o seu nome consta do registro imobiliário, aquela parte deve apresentar-se no polo passivo da demanda. A pretensão à aquisição pela usucapião de imóvel urbano regularmente loteado e quitado pelo anterior possuidor não pode ser obstada sob o argumento de que, pelo fato de o promitente comprador não ter lavrado a escritura pública e a transcrito no registro de imóveis, trata-se de bem público, uma vez que o registro é mera formalidade, neste caso, já que, consoante reconhecido pela própria apelante, a área não mais pertence ao domínio público.[4]

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação para anular a sentença e determinar que o juízo de origem dê seguimento ao processo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

***

3 Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 28/04/2011; Data de registro: 11/05/2011.

4 Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/10/2013; Data de registro: 04/12/2013.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0001967-88.2010.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – ERRO MÉDICO – PRELIMINARES – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – REJEITADA – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – ILEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR PARA PLEITEAR DANOS EM FAVOR DOS GENITORES – ARGUIDA DE OFICIO E ACOLHIDA.

1. No caso dos autos, há pedidos de indenização em favor dos genitores (itens "b" e "c" dos pedidos iniciais – f. 31). Assim, não há que se falar em condenação fora do pedido. Preliminar rejeitada. 2. Por questão de ordem pública, arguo de oficio e acolho preliminar de ilegitimidade ativa do autor J. E. O. A., para pleitear danos morais em favor de seus genitores, que não figuram no pólo ativo da presente demanda, nos termos do art. 6º do CPC. Assim, reformo a sentença e julgo extinto os pedidos de indenização para o pai e para a mãe do autor, sem resolução do mérito, fulcrado no art 267, VI, do CPC.

MÉRITO DO RECURSO DO AUTOR – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DOS MÉDICOS E FUNCIONÁRIO ADMINISTRATIVO DO HOSPITAL – RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – MANTIDO – ATUALIZAÇÃO DESDE O EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em que pese os argumentos recursais, o conjunto probatório produzido nos autos demonstra que o procedimento adotado pelos médicos foi apropriado para o quadro clínico apresentado pelo autor e as complicações pós cirúrgicas que suportou são comuns para o quadro clínico de apendicite aguda. Não havendo que se falar em erro médico, e consequente condenação em danos morais e estéticos. 2. Não há como imputar à atitude do réu João qualquer das consequências sofridas pelo autor, pois nem ao menos respondia pelo hospital e era apenas um funcionário do setor administrativo, que deu uma opinião leiga, que felizmente não foi seguida pelos pais que buscaram auxílio médico no município vizinho. 3. O *quantum* indenizatório fixado em R$ 10.000,00 é apropriado para o caso em tela. 4. Os juros de mora devem incidir desde o evento danoso e da correção desde a data do arbitramento, conforme Súmulas 54 e 362 do STJ.

APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MUNICÍPIO – MÉRITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANO MORAL POR OMISSÃO – CONFIGURADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, nos termos do artigo 14 do CDC. 2. Evidente a conduta omissiva do apelante, que invés de providenciar o atendimento adequado no local ou em outra cidade, liberou a criança mesmo sendo visível seu péssimo estado de saúde. 3. Dano moral configurado pelo conjunto probatório. 4. Isenção de custas do Município, sentença reformada para fazer essa ressalva. 5. Verba honorária fixada adequadamente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e em parte com o parecer, acolher a preliminar de ilegitimidade ativa, arguida de ofício pelo Relator, afastar a preliminar de julgamento *extra petita* e, no mérito, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 8 de março de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tratam-se de apelações interpostas em face da sentença proferida na Ação de Indenizatória movida por J. E. O. A. (representado por sua mãe J. O.) em desfavor do Município de Ivinhema, Benamor Francisco de Souza, Eduardo Jerônimo de Oliveira e João Escarmanhani, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar somente o Município de Ivinhema ao pagamento de indenização moral por omissão de socorro ao autor no valor de R$ 10.000,00, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor R$ 5.000,00 a cada um de seus pais, ante a angústia e dor psíquica em decorrência dos fatos, devidamente corrigidos pelo IGPM a contar da sentença e juros de mora de 0,5% a contar da citação.

Os apelantes J. E. O. A. e outros sustentam, em síntese, que restou demonstrado o erro médico, negligência e imperícia, assim todos os médicos que compõem o pólo passivo da demanda devem ser condenados a indenizar às partes e a pagar a indispensável cirurgia reparadora da cicatriz. Assevera que o *quantum* indenizatório deve ser majorado para o valor pleiteado na exordial, qual seja, 700 salários mínimos para o autor e 400 salários mínimos para cada um dos genitores. Por fim, pretende que seja determinada a incidência dos juros moratórios desde a dada do evento danoso. Prequestiona. Pugna pelo provimento do apelo.

Por sua vez, o apelante Município de Ivinhema argui, preliminarmente, a nulidade parcial da sentença *extra petita* no tocante a condenação em indenização por falta de atendimento médico imediato em hospital público e, ainda, em favor dos genitores que não fazem parte do feito. No mérito, pugna pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de responsabilidade subjetiva. Assevera que não restou demonstrado a culpa da administração, bem como o nexo causal entre a suposta omissão estatal e a dor sofrida pelo autor. Aduz que mesmo que não seja acolhida a preliminar, é necessária a exclusão da condenação em favor dos genitores em atenção ao disposto no art. 6º do CPC. Eventualmente, pretende a redução do *quantum* indenizatório e a revisão da sucumbência, ante a isenção de custas e porque o autor decai da maior parte de seus pedidos. Pugna pelo provimento.

Contrarrazões pelos desprovimentos dos recursos às f. 536-540, 541-546 e 547-551.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Consoante relatado, tratam-se de apelações interpostas em face da sentença proferida na Ação de Indenizatória movida por J. E. O. A. (representado por sua mãe J. O.) em desfavor do Município de

Ivinhema, Benamor Francisco de Souza, Eduardo Jerônimo de Oliveira e João Escarmanhani, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar somente o Município de Ivinhema ao pagamento de indenização moral por omissão de socorro ao autor no valor de R$ 10.000,00, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor R$ 5.000,00 a cada um de seus pais, ante a angústia e dor psíquica em decorrência dos fatos, devidamente corrigidos pelo IGPM a contar da sentença e juros de mora de 0,5% a contar da citação.

Os apelantes J. E. O. A. e outros sustentam, em síntese, que restou demonstrado o erro médico, negligência e imperícia, assim todos os médicos que compõem o pólo passivo da demanda devem ser condenados a indenizar as partes e a pagar a indispensável cirurgia reparadora da cicatriz. Asseveram que o *quantum* indenizatório deve ser majorado para o valor pleiteado na exordial, qual seja, 700 salários mínimos para o autor e 400 salários mínimos para cada um dos genitores. Por fim, pretendem que seja determinada a incidência dos juros moratórios desde a dada do evento danoso. Prequestionam. Pugnam pelo provimento do apelo.

Por sua vez, o apelante Município de Ivinhema argui preliminarmente a nulidade parcial da sentença *extra petita* no tocante à condenação em indenização por falta de atendimento médico imediato em hospital público e, ainda, em favor dos genitores que não fazem parte do feito. No mérito, pugna pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de responsabilidade subjetiva. Assevera que não restou demonstrado a culpa da administração, bem como o nexo causal entre a suposta omissão estatal e a dor sofrida pelo autor. Aduz que mesmo que não seja acolhida a preliminar, é necessária a exclusão da condenação em favor dos genitores em atenção ao disposto no art. 6º do CPC. Eventualmente, pretende a redução do *quantum* indenizatório e a revisão da sucumbência, ante a isenção de custas e porque o autor decai da maior parte de seus pedidos. Pugna pelo provimento.

Contrarrazões pelos desprovimento dos recursos às f. 536-540, 541-546 e 547-551. A Procuradoria -Geral de Justiça exarou parecer pelo conhecimento e desprovimentos dos recursos (f. 561-571).

Preliminares

A preliminar de julgamento *extra petita* arguida em contraminuta objetivando a nulidade da sentença, sob o argumento que a condenação de pagamento de indenização em favor dos genitores do autor está fora dos limites dos pedidos iniciais, não merece ser acolhida.

Segundo os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso."* (Código de processo civil. 11. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 697).

Sem embargos, no caso em apreço está evidente que foi feito pedido de indenização em favor dos pais do autor, conforme se extrai dos itens *"b"* e *"c"* dos pedidos iniciais (f. 31).Portanto, como se nota na presente hipótese, não há que falar em decisão fora do pedido.

Fica rejeitada a preliminar de nulidade da sentença.

De outro norte, pelo que consta dos autos, por questão de ordem pública arguo de oficio preliminar de ilegitimidade ativa do autor com relação aos pedidos de indenização para seus genitores, itens "b" e "c" dos pedidos iniciais (f. 31).

Insta salientar que comungo do entendimento que nada impede que os pais pleiteiem reparação moral daquele que causou danos a seu filho, vez que é plausível que o sofrimento da criança também pode refletir sobre eles, causando-lhes abalo psicológico extremo. Entretanto, é necessário que os pais figurem no polo ativo da lide. Afinal, o pedido judicial apenas pode ser feito por aquele que seja o titular do direito pretendido, pois, a não ser nas exceções expressamente autorizadas em lei, a ninguém é dado pleitear, em nome próprio direito de outrem, nos termo do art. 6º. do CPC, *litteris:*

> *"Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".*

Em outras palavras, a parte autora da ação deve ser a titular do direito que está a exigir, situação diversa daquela em comento.

No caso em tela, restou claro que o autor pretende a condenação dos réus na reparação, para si e para seus pais, dos danos causados por suposto erro médico e omissão. Contudo, ao contrário do fundamentado pelo juízo singular, os genitores não figuram no pólo ativo da lide, exceto a mãe, mas não como autora da ação e sim como representante do autor-menor, conforme se nota na inicial de f. 1-33.

Ressalta-se que não houve emenda à inicial.

Portanto, arguo de ofício e acolho preliminar de ilegitimidade ativa do autor J. E. O. A. para pleitear danos morais em favor de seus genitores, que não figuram no pólo ativo da presente demanda, para o fim reformar a sentença e declarar extinto o processo com relação aos pedidos de indenização para o pai e para a mãe do autor, sem resolução do mérito, fulcrado no art 267, VI do CPC.

Mérito

Cinge-se, por primeiro, fazer breve relato do feito.

Segundo narrativa constante dos autos, J. E. O. A. (representado por sua genitora) ajuizou Ação de Indenização por Danos Materiais Morais contra o Município de Ivinhema, o ex-diretor do hospital municipal, João Escarmanhanhi, e contra os médicos Benamor Francisco de Souza e Eduardo J. Oliveira, alegando que: (i) nos dias 07 e 11 de agosto de 2009 foi ao Hospital Municipal Reinaldo Massi buscar atendimento médico em razão de apresentar quadro de fortes dores abdominais e vômitos, sendo que foi medicado e retornou para casa; (ii) diante da persistência dos sintomas, retornou ao hospital no dia 12 de agosto de 2009, quando foi consultado pelo requerido Eduardo, que diagnosticou quadro de apendicite aguda; (iii) ainda no dia 12 de agosto foi submetido a cirurgia realizada pelos médicos Eduardo (cirurgia) e Benamor (anestesista), sendo que permaneceu internado com quadro de vômitos constantes; (iv) no sexto dia de internação, em 18 de agosto, o requerido Benamor deu alta para o autor; (v) em 21 de agosto de 2009, os pontos da cirurgia foram retirados em um Posto de Saúde; (vi) no dia seguinte à retirada dos pontos, a cicatriz abriu e a criança foi levada ao hospital, sendo que o médico de plantão (Dr. Fabio que não figura na presente lide) informou que não poderia esclarecer o que estava acontecendo, e o requerido João Escarmanhani e o enfermeiro Ivo orientaram os pais a levarem o autor para casa porque o quadro era normal, devendo retornar somente após alguns dias; (vii) que diante da negativa de atendimento médico, os pais buscaram atendimento médico no Hospital Municipal de Nova Andradina, onde o autor foi examinado e submetido a uma nova cirurgia realizada pelo Dr. Ailton, que supostamente relatou que encontrou dentro de seu abdômen restos de materiais cirúrgicos esquecidos pelos médicos requeridos; (viii) por fim, pretende a condenação dos réus em danos morais e materiais, vez que em razão do erro de diagnóstico e da cirurgia mal sucedida o autor e seus pais sofreram abalos psíquicos e o paciente ainda padece com dores físicas, passa a maior parte do dia deitada e ficou com dano estético.

As partes contestaram os pedidos (f. 104-116, 136-158, 163-169 e 227-242); o Ministério Público se manifestou (f. 266-275); o feito foi saneado (f. 276-279); os médicos que realizaram a segunda cirurgia em Nova Andradina responderam um oficio do juízo (f. 3212); apresentou-se perícia judicial (f. 317-325); foi realizada audiência de instrução com oitiva dos réus, da representante do autor e das testemunhas (f. 412-413) e as partes apresentaram alegações finais.

O Juízo de primeiro grau entendeu não caracterizada a responsabilidade civil, por inexistir conduta ilícita dos médicos e do requerido João Escarmanhani, concluindo pela improcedência do pleito indenizatório contra os médicos e o requerido João, mas julgou parcialmente procedente o pedido feito para condenar o Município de Ivinhema à indenizar o autor e seus pais, em razão da conduta omissiva do hospital quando o autor apresentou complicações da cirurgia e lhe foi negado atendimento, tendo que buscar ajuda no hospital da cidade vizinha, conforme sentença de f. 483-496.

Superadas essas premissas, passo a analisar o mérito dos recursos.

Pois bem.

Não se pode olvidar que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, médicos, deverá ser apurada mediante a verificação da culpa, sendo certo que sua atividade caracteriza-se, em regra, como de meio e não de resultado. Assim, necessário demonstrar a conduta culposa do médico, ao realizar procedimento com imperícia, imprudência ou negligência, não podendo ser esquecido que constitui obrigação do médico aplicar os meios necessários à consecução do melhor resultado ao paciente.

Esse entendimento encontra guarida na jurisprudência pátria, consoante julgados que trago à colação:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1.Aplica-se a responsabilidade objetiva ao estabelecimento hospitalar pelos serviços prestados, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do réu e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. 2. O Hospital demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito, ou força maior. 3. Não obstante, para imputar a responsabilidade ao hospital, nos termos da legislação consumeirista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu a demandante, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional, ao qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedentes do STJ.* ***4. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente.*** *5.* ***Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinente à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo pericial****. 6.Assim, não assiste razão à autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento àquela, bem como não foi comprovado o nexo de causalidade entre o óbito do feto e o suposto erro médico. Negado provimento ao apelo."* (Apelação Cível Nº 70058097023, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 25/03/2014) (TJ-RS - AC: 70058097023 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 25/03/2014, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/03/2014) frisei.

Em Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: 6ª ed. RT, 2002, p. 65, o civilista e magistrado Miguel Kfouri Neto assevera:

> *"Há casos em que não se busca uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo quem, com seus atos, causou o dano. Contudo,* ***podendo e devendo /interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque absteve-se em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas****, que podem revelar imperícia.* ***O médico terá descumprido, nesse caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável****"*. Destaquei.

Diante disso, resta verificar se houve falha - negligência, imprudência ou imperícia - nos serviços prestados pelos médicos que atenderam o menor.

Acerca disso, insta trazer a baila a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

> *"A falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, da negligência e da imperícia. Não são, como se vê, espécies de culpa, nem elementos desta, mas formas da exteriorização da conduta culposa. A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infeccção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente"*. (Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52).

Com relação ao suposto erro médico cometido pelo réu/apelado Eduardo Jerônimo Oliveira, observo que da análise dos autos que o autor foi atendido pelo réu Eduardo somente na ocasião do seu plantão de 24 horas, e nesse interim o médico examinou o paciente e diagnosticou a apendicite aguda, procedendo em seguida a cirurgia de urgência. Após a cirurgia a criança ficou sob observação pós operatória e o réu Eduardo deixou o hospital em virtude de ter findado seu plantão, conforme depoimento da mãe do autor, não voltando a ter qualquer contato com a criança.

A meu ver, não ficou caracterizada nos autos que a conduta do requerido Eduardo tenha sido de forma negligente. Inclusive, o perito do juízo, Dr. Jorge Adalberto Magri, foi enfático nesse sentido, *in verbis*:

> *"O médico que realizou a primeira cirurgia atendeu o paciente, fez o diagnostico e realizou a cirurgia no mesmo dia. No meu entendimento ele não cometeu qualquer erro, pelo contrário, realizou a cirurgia que foi o procedimento indicado e salvou a vida do paciente. Pelo histórico, a complicação ocorrida foi um abcesso de parede abdominal, que é uma complicação da patologia e não um erro médico"*. (f. 321)

Demais disso, não merece acolhida a alegação autoral de que o requerido/apelado Eduardo optou pelo procedimento errado ao não realizar a cirurgia por video-laparoscopia. Ora, não há notícias nos autos que o hospital do município de Ivinhema possuía os equipamentos necessários para realizar a cirurgia por vídeo, além disso, é crível que a cirurgia por vídeo é recomendada em casos eletivos, onde a apêndice ainda não está supurada e a cirurgia não é feita com urgência, o que não ocorreu com o autor.

Quanto à alegação de erro médico cometido pelo réu/apelado Benamor Francisco de Souza, que acompanhou a primeira cirurgia como anestesista e posteriormente foi o responsável pela alta médica do autor, pelos motivos expostos, não há nenhum fato a ensejar a indenização em razão do atendimento por ele

prestado durante a cirurgia. Afinal, a cirurgia foi o procedimento apropriado e foi bem sucedida, o quadro de vômito apresentado pelo autor após a cirurgia é esperado, conforme laudo pericial de f. 317-325.

Com relação a alta médica, extrai-se da narrativa autoral que o abcesso abdominal ocorreu no dia 22 de agosto de 2009, ou seja, quatro dias após a alta médica em 18 de agosto de 2009 e após sete dias de internação (f. 4).

De outro norte, na resposta ao oficio expedido pelo juízo aos médicos que examinaram o autor/apelante e realizaram a segunda cirurgia em Nova Andradina, senhores Airton Mário Fróes de Moraes e João de Deus Pires Filho às f. 312, ficou esclarecido que: *"(...) não foram encontrados restos de apêndice e muito menos qualquer corpo estranho na ferida operatória como gaze, compressas ou outro qualquer"*.

E, ainda que:

> *"**A complicação pós operatória nesses casos como abscesso de parede, deiscência de sutura, evisceração pode acontecer por mais cuidados que o cirurgião tome no ato cirúrgico, como limpeza da cavidade com soro morno e cuidados no fechamento da parede. Infelizmente aconteceu com esse paciente e provavelmente iria acontecer com qualquer outro cirurgião que fizesse a cirurgia. Tenho 30 anos de formado com especialidade em cirurgia do aparelho digestivo e já me deparei com essa situação algumas vezes, infelizmente**"*. Destaquei.

Dessa feita, em que pese os argumentos recursais, também não assiste razão ao autor/apelante no capítulo que pretende a condenação dos requeridos/apelados em indenização decorrente de dano estético. Como já esclarecido, o procedimento adotado pelos médicos foi apropriado para o quadro clínico apresentado pelo autor e as complicações pós cirúrgicas suportadas são comuns para o quadro clínico de apendicite aguda.

Nesse sentido a jurisprudência:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPUTAÇÃO DE MANOBRA INDEVIDA POR PARTE DO MÉDICO QUE CAUSOU FRATURA NA COSTELA DURANTE O PARTO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO – CULPA – INEXISTÊNCIA – REALIZAÇÃO DE TODOS OS PROCEDIMENTOS CABÍVEIS E POSSÍVEIS DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS ADVERSAS – MANUTENÇÃO DA VIDA DA PACIENTE E DE SEU FILHO – LAUDO PERICIAL – NÃO CONFIGURADOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 01. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade do hospital é objetiva (CDC, art. 14), mas somente diante da presença do erro médico, comprovando-se, além do nexo causal entre a conduta e o dano causado, a existência de imprudência, negligência ou imperícia daquele que atuou, efetivamente, na prestação do serviço. 03. Não demonstrada, no caso, a culpa do médico que realizou o parto, ao contrário, comprovado que este realizou, de forma exitosa, todos os procedimentos possíveis para a extração do feto e da manutenção da vida deste e da parte autora, não há falar em responsabilização pelo suposto dano moral pleiteados. 04. Da mesma forma, se não ficou provado no presente caso que o dano decorreu exclusivamente da ação/omissão dos réus, estando ausente o nexo causal, requisito ínsito à responsabilidade civil, a improcedência é o caminho que se impõe. 05. Não devendo o médico sofrer qualquer espécie de responsabilização neste caso, igualmente não resta configurada a responsabilidade (objetiva) do hospital, pois igualmente ausente o nexo causal. 06. Recurso conhecido e desprovido". (*23 de fevereiro de 2016 5ª Câmara Cível Apelação - Nº 0066443-37.2011.8.12.0001 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva). Destaquei.

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E ENTIDADE HOSPITALAR.* ***CIRURGIA DE APENDICITE. ERRO MÉDICO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR****. SENTENÇA MANTIDA. A responsabilidade civil do médico tem cunho subjetivo, necessitando de prova inequívoca acerca da conduta, do dano e, sobretudo, do nexo causal, enquanto a entidade hospitalar responde objetivamente pela falha na prestação do serviço, à luz do artigo 14, § 4º do CDC, salvo se demonstrar que a falha inexistiu ou a culpa da vítima ou de terceiro. Prova pericial conclusiva quanto à ausência de indícios de erro médico no tratamento e na cirurgia realizada no paciente, cujas complicações decorreram naturalmente do quadro por ele apresentado. Responsabilidade não configurada. Sentença mantida. APELO DESPROVIDO".* (Processo: AC 70045910106 RS. Relator(a): Romeu Marques Ribeiro Filho. Julgamento: 14/12/2011. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 16/12/2011). Destaquei.
>
> *No tocante a* ***conduta do requerido/apelado João Escarmanhani****, sustenta o autor/apelante que a sentença deve ser reformada também nesse ponto, porque referido apelado agiu com negligência e imperícia e, assim, tem o dever de indenizar-lhe. Acerca disso fundamentou o juízo singular na sentença recorrida:*
>
> *"Com relação ao Sr João Escarmanhani, suposto diretor do hospital, que provou não exercer tal cargo à época dos fatos, foi-lhe imputado o fato de afirmar que o quadro do garoto era comum para aquela espécie de cirurgia e quadro infeccioso.* ***Inegável nos autos que João não era médico. Deu opinião leiga, que não foi seguida pelos pais do garoto, de modo que não verifico como responsabiliza-lo por tal atitude****".* (f. 488-489) Destaquei.

Comungo desse mesmo entendimento, pois dá analise dos autos concluo que o apelado deu apenas uma opinião leiga, que felizmente não foi seguida pelos pais, pois mesmo assim buscaram auxilio médico no município vizinho. Em outras palavras, não há como imputar à atitude do apelado qualquer das consequências sofridas pelo autor, que nem ao menos respondia pelo hospital e era apenas um funcionário do setor administrativo (f. 116).

À luz dessas considerações, não merece reforma a sentença que julgou improcedentes os pedidos dirigidos aos médicos requeridos/apelados Eduardo Jerônimo de Oliveira e Benamor Francisco de Souza e ao requerido/apelado João Escarmanhani.

No que tange a responsabilidade do Município de Ivinhema, insta salientar que os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, nos termos do artigo 14 do CDC.

Nesse sentido tem julgado o Supremo Tribunal Federal:

> *"****RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO*** *- ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO -* ***FATO DANOSO (MORTE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO (OU MANTIDO PELO PODER PÚBLICO) DANOS MORAIS*** *- RESSARCIBILIDADE - DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes.* ***A ação ou a omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes***

> ***os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros.*** *Doutrina. Precedentes. Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido."* (Processo: ARE 804147 PE. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 10/06/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-148 Divulg 31-07-2014 Public 01-08-2014). Destaquei.

E, ainda esse Tribunal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO CAUSADO EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – NÃO DEMONSTRAÇÃO – ÔNUS DA PROVA – ART. 333, I, DO CPC – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Inexistindo a comprovação dos requisitos inerentes à responsabilidade civil, não há falar em dever de indenizar, uma vez que, a teor do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, o onus probandi compete ao autor quando se tratar de fato constitutivo de seu direito. A responsabilidade do estabelecimento médico-hospitalar, mesmo sendo objetiva, depende da comprovação de que houve efetivamente uma falha na prestação de seus serviços. A responsabilidade objetiva do Estado em indenizar eventuais danos causados pela ação ou omissão de seus servidores, exige que se demonstre o nexo causal entre a ação ou omissão e o prejuízo causado ao particular, estando prevista no artigo 37 , § 6º , da Constituição Federal. A Administração Pública só pode responder por ato omissivo quando adota comportamento ilícito, ou seja, quando descumpre com seu dever de impedir a eclosão de um evento danoso, adotando comportamento negligente, imperito ou imprudente".* (3 de fevereiro de 2016 4ª Câmara Cível Apelação - Nº 0006531-61.2011.8.12.0017 - Nova Andradina Relator – Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte).

Portanto, a responsabilidade do Município apelante é objetiva.

De fato, restou demonstrado a omissão do ente público, pois na ocasião que o autor/apelado retornou ao hospital com quadro de deiscência de sutura com evisceração, dez dias depois de ter sido submetido a cirurgia, lhe foi negado o devido atendimento médico, fazendo com que seus pais buscassem auxílio no hospital da cidade vizinha.

Ora, se naquele momento o hospital não tinha médico apto a resolver o problema da criança, a conduta esperada do ente público era que encaminhasse o paciente para hospital em Campo Grande ou Dourados, fornecendo o transporte adequado em ambulância e com encaminhamento médico para atendimento imediato. Porém, o hospital permaneceu omisso ante a situação da criança e pediu que ela voltasse para casa.

Vale ressaltar que o autor tinha apenas dez anos de idade na época dos fatos, estava sofrendo com fortes dores, sendo que ante a negativa de atendimento adequado no Município de Ivinhema seus pais socorreram-se de auxílio de terceiros para levar a criança até o hospital municipal de Nova Andradina, onde o autor foi internado e, após avaliação, foi submetido a cirurgia para ressutura da parede abdominal, conforme ofício dos médicos que lhe atenderam (f. 312).

Ademais, da prova testemunhal se extrai que a situação da criança era visivelmente delicada.

Em seu depoimento o senhor Juliano Augustin Manari afirmou que levou o autor em seu carro após o pai angustiado lhe pedir ajuda, que a criança foi deitado no banco traseiro e foi reclamando de fortes dores (2:15) e que a criança não conseguia caminhar e era carregada pelo pai (4:38).

Nesse sentido também foi o depoimento do senhor João Manari, ou seja, que o genitor do autor pediu-lhe auxílio para levá-lo para outra cidade com o objetivo de oferecer tratamento médico para a criança; que viu que o estado do autor era crítico e *"um ser humano não pode passar por uma situação daquela"* (01:44) e relatou também que ficou emocionado porque do corte saía secreção, *"evacuando"* segundo ele (05:08).

Assim, a meu juízo, está evidente a conduta omissiva do apelante, que invés de providenciar o atendimento adequado no local ou em outra cidade, liberou a criança mesmo sendo visível seu péssimo estado de saúde, tendo corrido com isso grande risco de perecimento.

O pedido de indenização por danos morais encontra guarida no art. 186 do Código Civil:

> *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". (destaquei)*

A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira[1] a respeito do tema em comento diz o seguinte:

> *"O fundamento da reparabilidade pelo dano moral, está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como 'qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária', e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc.* (Traité de la responsabilité civile. n. 525, v. 2)*"*

No caso contido nestes autos, certamente que se está diante de dano moral puro, plenamente indenizável, porque indenizável o sofrimento do autor/apelante, que em razão da desídia do hospital municipal, experimentou a dor maior do risco latente da perda de sua vida.

Não se pode negar que a indenização em dinheiro, desvinculada do dano patrimonial, não reparará jamais o sofrimento, a angustia e a dor de pensar que a qualquer momento poderia morrer por falta de atendimento pronto do hospital, mas certamente aliviará os seus tormentos e sofrimentos, ou ao menos trará reconfortante sensação de justiça.

A jurisprudência tem entendido a respeito da indenização por dano moral que:

> *"A reparação do dano moral através de uma indenização que não é reparação do pretium doloris. Ela é uma reparação satisfatória. Menos que um benefício para o ofendido do que um castigo para quem o ofendeu levianamente. A função satisfatória da indenização deve ser estimada em dinheiro".*[2]

Dano moral é, pois, o sofrimento que se impõe a alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado por outrem, direta ou indiretamente e derivado de ato ilícito. A vítima que reclama a reparação pecuniária em virtude de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas apenas que se lhe proporcione meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica. A dor moral, em conseqüência, é ressarcível, e sua reparação objetiva coibir os abusos e os desrespeitos praticados contra a pessoa humana.

Assim, mantenho a sentença nesse capítulo.

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. p. 54

2 RT 613/184

Com relação ao valor da indenização, a doutrina e jurisprudência são acordes em que a reparação do dano moral faz-se à parte dos danos patrimoniais e deve compensar a dor ou o sofrimento causado, procedendo-se ao pagamento de determinada soma às vítimas, quantificada mediante *"arbitruim boni viri"* do juiz, tendo-se em vista as posses do ofensor e a situação do ofendido.

Confira-se o entendimento esposado pelo Des. Walter Moraes, na Apelação Cível n. 113.190 , 2ª C., RT 650/66:

> *"O dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação – como se tem feito às vezes – porque tal cálculo já seria a busca exatamente do minus ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito (CC, art. 1553). A reparação pecuniária pelo dano moral, descartada já a impossibilidade de qualquer equiponderância de valores, tem outro sentido como anota Windscheid acatando posição de Wachter: compensar uma sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário (nota 31 ao § 455, das Pandette, trad. Fadda e Bensa). Assim, tal paga em dinheiro, deve representar para a vítima uma satisfação igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiar' em alguma parte o sofrimento impingido; como diz Roberto Brebbia* (El Daño Moral, p. 28) *'uma soma de dinheiro ao danificado para que este possa proporcionar-se uma satisfação equivalente ao desassossego sofrido', pois 'o dano moral (diz noutro ponto) compreende a estimação dos padecimentos, o temor pelas conseqüências definitivas ou transitórias do dano emergente".*

Deveras, em geral, as indenizações estão sujeitas aos pressupostos da capacidade econômica do devedor, a condição pessoal da vítima e a extensão dos danos. É curial que a fixação do valor da indenização deve ser feita do modo mais amplo possível, sem, no entanto, servir de fonte para enriquecimento sem causa.

Na quantificação da reparação do dano moral, se há, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, de observar a atividade, a condição social e econômica do ofendido, além da capacidade do ofensor em suportar o encargo. Assim como se há de considerar seu poder de inibição, ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem.

Ainda, segundo lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> *"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma* ***soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso,*** *e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."*[3] (destaquei)

Pois bem, em relação à capacidade econômica das partes, tem-se que o autor é menor e filho de pessoas simples, enquanto o apelado é um Municipio. Dadas as circunstâncias, em sendo certo que o valor a ser arbitrado não pode ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento da vítima e redução à miserabilidade do ofensor, nem tão pequeno que se torne inexpressivo, uma vez que não há base em qualquer diploma legal que venha a estabelecer os limites e quantitativos para a indenização por dano moral, o *quantum* a ser fixado deve ser capaz de amenizar a dor e compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido.

3 ob. cit., p. 60

Ressalta-se que o perito atestou que a criança não tem nenhuma sequela em razão dos fatos, exceto a cicatriz que é comum para casos semelhantes. Desta forma, tenho que a indenização pelo dano moral arbitrada pelo juízo em R$ 10.000,00, se mostra adequado à finalidade que se destina.

Insurge-se o autor/apelante contra o capítulo da sentença que fixou a incidência dos juros de mora a partir da citação, sendo que a meu ver assiste razão ao apelante. Sem embargos, os juros de mora devem incidir desde o evento danoso e da correção desde a data do arbitramento, conforme súmulas 54 e 362 do STJ.

Portanto, os juros de mora deverão incidir desde o evento danoso, qual seja, a omissão de atendimento em 22 de agosto de 2009.

Por fim, não merece reforma o capítulo da sentença que fixou a verba de sucumbência em 10% sobre o valor da condenação, em consonância com o artigo 20 do CPC.

Pelo exposto, por questão de ordem pública, arguo de oficio e acolho preliminar de ilegitimidade ativa do autor para pleitear danos morais em favor de seus genitores, afastar a condenação nesse sentido e julgar extinto os pedidos de indenização para os genitores, sem resolução do mérito, fulcro no art 267, VI do CPC. Além disso, conheço do recurso de apelação interposto por Jakson Évelin Ortiz Alvado e dou-lhe parcial provimento para reformar a sentença apenas para determinar que os juros de mora incidam desde o evento danoso (21/08/2009); e, conheço e dou parcial provimento ao apelo do Munícipio de Ivinhema para complementar a sentença e ressalvar a isenção quanto ao pagamento de custas do ente público. Por consequência da alteração do resultado da lide, deve ser redistribuído o ônus da sucumbência, devendo o Município de Ivinhema arcar com 50% das custas e honorários e o autor com os 50% restantes, ressalvada a inexigibilidade imediata em relação à autora/apelada beneficiária da justiça gratuita (art. 12 da Lei n. 1.060/50) e a isenção de custas do Município.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, acolheram a preliminar de ilegitimidade ativa, arguida de ofício pelo relator, afastaram a preliminar de julgamento extra petita e, no mérito, deram parcial provimento aos recursos, 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, 08 de março de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0815692-42.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AUTORA E REQUERIDA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, C/C PERDAS E DANOS – PRELIMINARES DE SENTENÇA *CITRA* E *EXTRA PETITA* – AFASTADAS – ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – AQUISIÇÃO DE CÂMARA FRIGORÍFICA – PAGAMENTO APENAS DO SINAL – INADIMPLEMENTO CONFIGURADO – RESCISÃO DO CONTRATO COM O RETORNO DAS PARTES AO *STATU QUO ANTE* – RESTITUIÇÃO DO BEM À VENDEDORA – PERDAS E DANOS INDEVIDO – MULTA MORATÓRIA NÃO SE CONFUNDE COM MULTA COMPENSATÓRIA – SINAL PAGO PELO REPRESENTANTE DA SEGUNDA REQUERIDA – CONCORDÂNCIA QUANTO À DEVOLUÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Declarada a rescisão do contrato, não há se falar na análise do pedido subsequente (eventual) de cobrança, até porque, por questão de lógica, rescindido o contrato já não subsiste mais a obrigação de pagar as parcelas avençadas. Daí que se equivoca a apelante quando alega ser a sentença *citra petita*. Já no que se refere a não declaração de revelia da primeira apelada, ainda que o juiz nada tenha falado a respeito, necessário se faz observar que em razão da contestação apresentada pela segunda apelada não há como presumir como verdadeiros os fatos articulados na inicial (art. 320 do CPC). 2. Com o retorno das partes ao estado anterior à contratação, a devolução de valores pagos e a restituição do bem objeto de compra e venda constitui-se em consequência lógica, sendo desnecessário pedido de reconvenção, razão pela qual não há se falar em sentença *extra petita*. 3. Ainda que a segunda apelada/recorrente não seja parte no contrato objeto de rescisão, sofrerá os efeitos da sentença em caso de procedência, já que se encontra na posse da câmara fria objeto do contrato, não tendo manifestado qualquer interesse em restituí-la amigavelmente. Daí a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda. 4. Em nosso ordenamento a prova se destina ao Juízo, vigorando o princípio do livre convencimento motivado, expressamente previsto no art. 131 do CPC. Sendo assim, não basta a apresentação de provas, pois estas estão sujeitas à valoração de seu conteúdo probatório. Analisando os fundamentos da sentença, resta claro ser dispensável a produção da prova requerida, dada a presença de outros elementos de convicção extraídos dos autos (robusta prova documental), ficando, pois, rejeitado o alegado cerceamento de defesa. 5. No mérito, rescindido o contrato, as partes retornam ao estado anterior à contratação. Quanto ao pedido de condenação em perdas e danos formulado na exordial, este limita-se a aplicação da multa moratória, o que não é possível por não se confundir com multa compensatória. Diante da ausência de oposição, com a rescisão contratual o valor do sinal deverá ser restituído à segunda apelada, ficando neste ponto reformada a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na presente Ação de Rescisão Contratual, c/c Perdas e Danos, promovida por Battiston & Barbosa Ltda – ME. Sustenta sua ilegitimidade passiva ao fundamento de que, em se tratando de ação de rescisão contratual, a apelante deveria ser excluída já que não teve nenhuma participação no contrato objeto de discussão. Alega que houve cerceamento de defesa, uma vez que não foi oportunizada a produção de provas, não se justificando o julgamento antecipado da lide; que sendo a primeira requerida Fernanda Oseko de Araújo – ME - revel, a sentença acabou por premia-la ao determinar a devolução dos valores pagos, desprezando-se os pagamentos realizados pela apelante, na soma de R$ 18.899,35, cujo valor nunca foi negado pela apelada. No mais, ressalta que para o justo restabelecimento do "status quo", deve ser determinado a devolução de valores em favor da apelante também no prazo de 10 (dez) dias, conforme imposto na sentença para entrega da câmara fria, com imposição de multa de R$ 1.000,00 para qualquer das partes, limitada a 30 (trinta) dias. Pugnou pelo provimento do recurso.

Battiston & Barbosa Ltda – ME - interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença de parcial procedência proferida nos autos da Ação de Rescisão contratual, c/c Perdas e Danos, que promove em face de Fernanda Oseko de Araújo – ME - e Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda. Alega preliminar de nulidade da sentença por julgamento *citra petita*, uma vez que fora feito pedido alternativo de conversão da lide em ação de cobrança para pagamento da quantia de R$ 20.000,00, devidamente corrigido, mais sucumbência; que a sentença deixou de decretar a revelia de Fernanda Oseko de Araújo – ME. Destaca que ao ser determinada a restituição de valores a requerida revel, a sentença incorreu em julgamento "extra petita", já que o pedido deveria ter sido formulado em reconvenção, o que não ocorreu; que, inclusive, quem pagou na realidade o valor da entrada foi Marcelo Javorka, sócio da apelada Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda, empresa que de má-fé vem se utilizando da câmara fria sem honrar as demais parcelas e que nenhuma das partes formulou pedido de restituição de valores. Aduz que a análise do conjunto probatório não foi feito de modo satisfatório pelo julgador, o que levou a conclusão diversa e equivocada, uma vez que não pode o recorrente auferir prejuízos, já que cumpriu sua parte na relação contratual. Pugnou pelo provimento do recurso.

Intimadas as partes a apresentar contrarrazões, somente Battiston & Barbosa Ltda – ME - manifestou-se nos autos requerendo o desprovimento do recurso interposto pela parte contrária.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda e Battiston & Barbosa Ltda – ME, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na presente Ação de Rescisão Contratual, c/c Perdas e Danos, promovida por Battiston & Barbosa Ltda – ME - em face de Fernanda Oseko de Araujo – ME - e Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda.

Passo a análise em conjunto de ambos os recursos.

Da preliminar de julgamento citra petita

A apelante Battiston & Barbosa Ltda – ME - arguiu preliminar de nulidade da sentença por julgamento *citra petita*, uma vez que não fora apreciado pedido alternativo de conversão da lide em ação de cobrança para pagamento da quantia de R$ 20.000,00, devidamente corrigido, mais sucumbência. No mais, destaca que a sentença deixou de decretar a revelia de Fernanda Oseko de Araújo – ME.

Pois bem, ao elencar os pedidos da exordial, restou expressamente consignado:

> *"(...) a) Que seja deferida a liminar inaudita altera pars, para a entrega imediata nas mãos da empresa autora, permanecendo esta como fiel depositária, da câmara frigorífica, não importando a sua localização, bem como, que seja deferido arrombamento e apoio policial;*
>
> *b) A citação da requerida, para, querendo, vir responder a presente ação, sob pena de revelia;*
>
> *c) Seja, ao final, a presente ação julgada totalmente procedente, declarando-se rescindido o contrato Particular de Prestação de Serviço, firmado entre as partes com fulcro nas Cláusula 6ª e 7ª, do dito contrato, confirmando a liminar, e condenando a ré ao pagamento da multa contratual no valor de R$ 499,00, além dos juros e correção monetária atinentes;*
>
> *d) Requer ainda a condenação da ré ao pagamento dos honorários contratuais - perdas e danos no importe de 20% sobre o valor da causa, ou seja, a quantia de R$ 4.990,00."* (f.11)

A título de pedido alternativo pleiteou:

> *"(...) e) Caso não seja este o entendimento de Vossa Excelência e a liminar não seja deferida, que então a presente ação seja convertida em ação de cobrança, condenando a ré ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescidos dos juros e correção desde a data da devolução de cada lâmina até a data de seu efetivo pagamento;*
>
> *f) Seja condenada a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais no aporte de 20% (vinte por cento), sobre o valor da ação."* (f.11)

Note-se que, ao contrário do que afirma a apelante, a pretensão manifestada nos itens "e" e "f" não caracterizam alternativa (possibilidade em escolher este ou aquele pedido), mas sim eventualidade (caso não seja possível a rescisão com perdas e danos, que seja atendido o pedido de cobrança), nos termos do que preceitua o art. 289 do CPC:

> *"É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior".*

Ao discorrer sobre a matéria, leciona Fredie Didier Jr.:

> *"A doutrina divide a cumulação imprópria em eventual e alternativa, seguindo denominação de Chiovenda. Apenas a cumulação eventual está expressamente regulada no art. 289 (...)*
>
> *Trata-se de aplicação da regra da eventualidade, segundo o qual a formulação das pretensões e exceções deve ser feita no momento específico da postulação. O autor estabelece uma hierarquia/preferência entre os pedidos formulados: o segundo só será analisado se o primeiro for rejeitado ou não puder ser examinado (falta de um pressuposto de exame do mérito); o terceiro só será atendido se o segundo e o primeiro não puderem*

> *sê-lo etc. O magistrado está condicionado à ordem de apresentação dos pedidos, não podendo passar ao exame do posterior se não examinar e rejeitar o anterior (...)*
>
> ***Acolhido o pedido principal, estará o magistrado dispensado de examinar o pedido subsidiário**, que não ficará acobertado pela coisa julgada, exatamente por não ter sido examinado."* (Curso de direito processual civil. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1) destaquei.

Pois bem, de acordo com o dispositivo da sentença (f. 201), o juiz *a quo* acolheu parcialmente o pedido principal para rescindir o contrato avençado entre as partes, determinando que a autora devolva à ré Fernanda Oseko de Araújo-ME- os valores recebidos em pagamento da câmara fria, devidamente corrigidos, bem como que a requerida Mixx Multinacional Visão Inc. De Negócios Ltda. entregue, em 10 (dez) dias, o respectivo bem, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00, limitada a 30 (trinta) dias, sem prejuízo da expedição de mandado de entrega.

Consequentemente, declarada a rescisão do contrato, não há se falar na análise do pedido subsequente (eventual) de cobrança, até porque, por questão de lógica, rescindido o contrato já não subsiste mais a obrigação de pagar as parcelas avençadas. Daí que se equivoca a apelante quando alega ser a sentença *citra petita*.

Já no que se refere a não declaração de revelia da apelada Fernanda Oseko de Araujo – ME, ainda que o juiz nada tenha falado a respeito, necessário se faz observar que em razão da contestação apresentada pela segunda requerida Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda, não há como presumir como verdadeiros os fatos articulados na inicial.

Nesse sentido dispõe o art. 320 do CPC:

> *"A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:*
>
> *I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;"*

Daí que, não merece prosperar a alegação de sentença citra petita.

Do julgamento *extra petita*

Defende a apelante Battiston & Barbosa Ltda – ME - que ao ser determinada a restituição de valores à requerida Fernanda Oseko de Araujo – ME, a sentença incorreu em julgamento *extra petita*, já que o pedido deveria ter sido formulado em reconvenção, o que não ocorreu.

Mais uma vez a insurgência da recorrente não merece prosperar.

Ao sentenciar o feito, o juiz *a quo* destacou:

> *"Quanto ao primeiro pedido, tenho que merece prosperar, até mesmo porque a ré não se opôs a esse pedido do autor, e, principalmente, porque não efetuado o pagamento, nada justifica a manutenção do contrato, **devendo as partes voltarem ao status quo**...Por fim, também **em consequência do restabelecimento do status quo, deve o autor devolver à ré Fernanda os valores recebidos, devidamente atualizados**"* (f. 199 e 201) destaquei.

Ora, com o retorno das partes ao estado anterior à contratação, a devolução de valores pagos e a restituição do bem objeto de compra e venda constitui-se em consequência lógica, sendo desnecessário pedido de reconvenção. Confira:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. A**ÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA** C/C REITEGRAÇÃO DE POSSE, PERDAS E DANOS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. REVELIA DECRETADA. INSTRUÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS PELO RÉU REVEL. SÚMULA 231 DO STF. INDENIZAÇÃO POR ACESSÃO. ART. 1.225 DO CÓDIGO CIVIL. BOA-FÉ DEMONSTRADA. **DESNECESSÁRIO PEDIDO EXPRESSO NA CONTESTAÇÃO OU POR MEIO DE RECONVENÇÃO. DECORRÊNCIA LÓGICA DA RESCISÃO CONTRATUAL COM O RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE, EVITANDO O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS PELOS COMPRADORES.** RESCISÃO POR CULPA DOS ADQUIRENTES. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA APENAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."* (TJ-SC - AC: 334702 SC 2009.033470-2, Relator: Sérgio Izidoro Heil, Data de Julgamento: 12/04/2010, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de São José) destaquei.

> *"APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA. BEM MÓVEL. INADIMPLÊNCIA. ATRASO NA ENTREGA E MÁ QUALIDADE. RESCISÃO. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA. IMPOSSIBILIDADE. PERDAS E DANOS. Comprovada a inadimplência do fornecedor, em contrato de compra e venda de bem móvel,* ***resta autorizada a rescisão contratual, com o retorno das partes ao status quo ante, obrigando o fornecedor a restituir os valores recebidos e o consumidor a devolver o produto.*** *Diante da impossibilidade de o consumidor devolver o produto, converte-se sua obrigação em perdas e danos, a teor do artigo 234, do Código Civil."* (TJ-DF - APC: 20140710291869 DF 0011419-15.2009.8.07.0007, Relator: Esdras Neves, Data de Julgamento: 03/12/2014, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 10/12/2014 . Pág.: 272) destaquei.

> *"Bem móvel - Rescisão de contrato - Interesse de agir decorre da necessidade invocada pela inicial e da adequação do provimento pleiteado. - Veículo retomado pela vendedora -* ***Necessidade de retorno à situação anterior à realização do negócio, de que resulta a obrigação da apelante de devolver ao autor o valor dado como parte do pagamento****. - Danos morais indevidos - Não houve efetiva ofensa a direito da personalidade, mas mero aborrecimento - Sucumbência recíproca - Recurso provido em parte."* (TJ-SP - APL: 00009099320098260077 SP 0000909-93.2009.8.26.0077, Relator: Silvia Rocha, Data de Julgamento: 08/05/2013, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/05/2013) destaquei.

Portanto fica rejeitada a alegação de julgamento *extra petita*.

Da ilegitimidade passiva de Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda.

A apelante Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda. sustenta sua ilegitimidade passiva ao fundamento de que em se tratando de ação de rescisão contratual, deveria ser excluída da lide, já que não teve nenhuma participação no contrato objeto de discussão.

Como bem destacado pelo juiz *a quo*, ainda que a recorrente não seja parte no contrato objeto de rescisão, sofrerá os efeitos da sentença em caso de procedência, uma vez que se encontra na posse da câmara fria objeto do contrato, não tendo manifestado qualquer interesse em restituí-la amigavelmente. Daí a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda.

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. EXTINÇÃO DO FEITO COM FULCRO NO ART. 267,VI, DO CPC. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO PROVIDO. Para que o provimento jurisdicional de mérito seja atingido, se faz necessário que as partes*

> *processuais, ou seja, autor e réu, sejam legítimas.* ***Nesse contexto, Arruda Alvim*** *leciona que "estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo* ***que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença****".* (TJ-SC - AC: 20100769208 SC 2010.076920-8 (Acórdão), Relator: Stanley da Silva Braga, Data de Julgamento: 12/09/2012, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado) destaquei.

Dito isso, a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva é medida que se impõe.

Do Cerceamento de defesa

Sustenta a apelante Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda que o feito foi julgado antecipadamente sem oportunizar-lhe a produção de provas a que tinha direito.

Pois bem, no que se refere ao alegado cerceamento de defesa, este se verifica quando qualquer das partes tem limitado o seu direito de produzir provas e acaba, assim, prejudicada em relação ao objeto processual almejado. Trata-se, pois, de empecilho que compromete o devido processo legal, impedindo a parte de exercer o direito de ampla defesa, garantido pela Constituição Federal (art. 5º, LIV, LV). No caso em tela, insurge-se a apelante contra o julgamento antecipado, afirmando genericamente a necessidade de produção de "outras provas", contudo, não esclarece a que provas estaria se referindo.

Frise-se que ao admitir o julgamento antecipado da lide o juiz *a quo* fez a seguinte assertiva:

> *"(...) , ainda que o BNDS informasse a existência de pagamento feito através de cartão concedido à ré Fernanda Oseko de Araújo - ME, ao autor, tal movimentação não serviria, por si só, para comprovar o pagamento específico da câmara fria (objetivo da ré), pelo que considero inútil a expedição do ofício, ademais, a simples posse dos cheques pelo credor dá a presunção do não pagamento da dívida. Por que o Sr. Robson pagaria a dívida com o cartão BNDS e não resgataria os cheques que estão em seu nome? Quanto às demais provas orais (depoimento e oitiva de testemunhas), considero-as também desnecessárias, vez que, como já dito alhures, os fatos necessários ao julgamento da lide são incontroversos, remanescendo, tão somente, a questão de direito.*" (f.197)

Como é sabido, em nosso ordenamento a prova se destina ao Juízo, vigorando o princípio do livre convencimento motivado, expressamente previsto no art. 131 do CPC. Sendo assim, não basta a apresentação de provas, pois estas estão sujeitas à valoração de seu conteúdo probatório.

Sobre essa questão, escreve João Batista Lopes,[1] com precisão costumeira:

> *"Em última análise, um fato só se considera provado no momento em que o juiz o admite como existente ou verdadeiro, isto é, o juiz, como destinatário da prova, é quem diz a última palavra sobre a existência ou veracidade do fato".*

Desta forma, analisando os fundamentos da sentença, resta claro que seja qual fosse o conteúdo da resposta do BNDS em relação aos pagamentos realizado via cartão, o simples fato do credor ainda estar de posse dos cheques dados em pagamento não ilidiria a existência do débito, sendo, pois, dispensável a produção de prova testemunhal, dada a presença de outros elementos de convicção extraídos dos autos (robusta prova documental).

Sobre essa questão, confira a opinião do mestre Nelson Nery Júnior, citando jurisprudência no mesmo sentido:

1 LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**, 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 53.

> *"Existindo fatos controvertidos, a necessidade de prova a respeito deles exige ainda que sejam eles pertinentes e relevantes. Fato pertinente é o que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante é aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido (questão de fato), não é pertinente, é irrelevante, a necessidade de produção de prova a respeito dele inexiste, pelo que a instrução em audiência seria pura perda de tempo, com prejuízo para a celeridade do processo, tornando-se .imperativo, nesse caso, o julgamento antecipado da lide* (RT 684/124*)"*

Consequentemente, neste ponto a sentença recorrida não merece reparos, ficando, pois, rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa.

Do mérito

Insurge-se a apelante Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda no sentido de que para o justo restabelecimento do *status quo* deve ser determinado a devolução de valores em favor da recorrente também no prazo de 10 (dez) dias, conforme imposto na sentença para entrega da câmara fria, com imposição de multa de R$ 1.000,00, para qualquer das partes, limitada a 30 (trinta) dias.

Por sua vez a apelante Battiston & Barbosa Ltda – ME - sustenta que quem pagou o valor da entrada foi Marcelo Javorka, sócio da apelada Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda, empresa que de má-fé vem se utilizando da câmara fria sem honrar as demais parcelas; que nenhuma das partes formulou pedido de restituição de valores; que a análise do conjunto probatório não foi feito de modo satisfatório pelo julgador singelo, o que levou a conclusão diversa e equivocada, uma vez que não pode o recorrente auferir prejuízos, já que cumpriu sua parte na relação contratual.

Conforme já adiantado, restou configurado o inadimplemento contratual das requeridas Fernanda Oseko de Araújo – ME - e Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócios Ltda, uma vez que os cheques dados para quitação das parcelas avençadas não foram compensados/quitados, estando respectivas cártulas na posse da autora/credora Battiston & Barbosa Ltda – ME. Neste ponto, vale ser ressaltado que conforme consignado na sentença, acaso o representante de Fernanda Oseko de Araújo tivesse liquidado o débito mediante utilização de cartão BNDS, teria resgatado os cheques emitidos em seu nome para o respectivo pagamento, o que efetivamente não ocorreu.

Consequentemente rescindido o contrato, as partes retornam ao estado anterior à contratação. Daí que a câmara fria objeto de compra e venda, em poder da empresa Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócio Ltda, deverá ser restituída à autora.

Quanto ao pedido de condenação em perdas e danos formulado na exordial, como bem destacado pelo juiz *a quo*, se limita a aplicação da multa moratória, a qual não se confunde com multa compensatória.

Finalmente, pelo que se verifica dos respectivos apelos, tanto a autora Battiston & Barbosa Ltda – ME - como a requerida Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócios Ltda, afirmam que o valor da entrada equivalente a R$ 4.950,00 foram pagos pelo representante legal da Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócios Ltda, enquanto que a requerida Fernanda Oseko de Araújo-ME- não apresentou contestação.

Assim, diante da ausência de oposição, tem-se que com a rescisão contratual o valor do sinal deverá ser restituído à requerida Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócios Ltda. Fica indeferido pedido de fixação de multa e prazo para a restituição do sinal, uma vez que por se tratar de dívida de valor este será acrescido de correção monetária, conforme determinado na sentença. Afora isso, havendo necessidade de interposição de cumprimento de sentença, o art. 475-J do CPC, já estipula multa de 10%.

Posto isto, conheço e dou parcial provimento aos recursos de apelação interpostos por Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócios Ltda e Battiston & Barbosa Ltda – ME - apenas para determinar que a restituição do valor do sinal seja feito pela autora à requerida Mixx Multinacional Visão Inc. de Negócios Ltda., ficando mantidos todos os demais termos da sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e, no mérito, deram parcial provimento aos recursos, 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, 17 de dezembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0802186-69.2014.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – EMPRÉSTIMOS COM DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PESSOA IDOSA E INDÍGENA – CONTRATAÇÃO E RECEBIMENTO DOS VALORES – NÃO COMPROVAÇÃO – REQUERIDO NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA PROVA – CONTRATAÇÃO INEXISTENTE – DEVOLUÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS DE FORMA SIMPLES – RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – VALOR DA INDENIZAÇÃO MAJORADO – VERBA HONORÁRIA FIXADA EM PERCENTUAL DA CONDENAÇÃO – RECURSO DO BANCO CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O banco requerido não se desincumbiu de comprovar a existência da contratação que justificasse os descontos, nem o recebimento pela parte autora do valor proveniente do empréstimo em questão, ônus que lhe competia por força do disposto no artigo 333, do CPC. 2. Não restando comprovado o recebimento pela autora dos valores provenientes do empréstimo em debate, não se sustenta o negócio jurídico respectivo, sendo devida a devolução das quantias descontadas de seu benefício previdenciário, de forma simples, pois para que a autora fizesse jus à restituição em dobro deveria ter comprovado a má-fé do banco, uma vez que a boa-fé se presume, ônus do qual não se desincumbiu. 3. Presentes os requisitos que autorizam o reconhecimento da responsabilidade civil por danos morais, quais sejam a conduta lesiva, o dono *in re ipsa* e o nexo de causalidade entre eles, dispensada a culpa ou dolo (responsabilidade objetiva – art. 14, CDC, e 927, parágrafo único, do Código Civil), inarredável a condenação ao pagamento de indenização. 4. Levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além do inequívoco constrangimento e aborrecimento, principalmente porque a cobrança indevida ocorreu diretamente sobre os vencimentos de aposentadoria, suprimindo verba de caráter alimentar de pessoa idosa, é devida indenização no valor de R$ 10.000,00, considerando especialmente precendentes deste Órgão julgador. 5. Considerando o trabalho desenvolvido pelos causídicos, bem como o proveito econômico com a demanda, arbitra-se honorários de sucumbência em 15% do valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Banco do Brasil S/A e, por maioria, dar parcial provimento ao apelo de Maria Benites Avalo, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor.

Campo Grande, 15 de março de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Banco do Brasil S/A interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Débito, c/c Repetição de Indébito e Danos Morais, que lhe move Maria Benites Avalo, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos para declarar a ausência de relação jurídica entre as partes e condenar o banco à devolução dos valores descontados do benefício da autora. Sustenta, em síntese, a ausência do dever de indenizar, tendo em vista que não agiu com dolo ou culpa e sequer violou norma preexistente, sendo que meras alegações, desacompanhadas do necessário substrato probatório não são suficientes para se requerer eventual indenização. Eventualmente, defende a necessidade de redução do valor da indenização, sob pena de enriquecimento ilícito da apelada. Prequestiona dispositivos legais atinentes às matérias em debate. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Maria Benites Avalo também aviou apelo aduzindo, em síntese, a ausência de engano justificável e a devida devolução em dobro dos valores descontados indevidamente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Insurge-se ainda acerca do valor da indenização por considera-la insuficiente diante dos fatos que ensejaram reparação. Considera irrisório o valor dos honorários advocatícios de sucumbência, devendo ser majorada a verba. Pleiteia o provimento do recurso com a reforma da sentença.

As partes apresentaram contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso da parte contrária.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Maria Benites Avalo ajuizou Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Repetição de Indébito e Indenização por Danos Morais, contra o Banco do Brasil S/A, sustentando, segundo narrativa veiculada na inicial, que teria sido vítima de fraude resultante da contratação de empréstimo consignado junto à instituição financeira requerida, cujo contrato não fora assinado pela autora e ainda que tenha sido não recebeu o respectivo crédito. Pleiteou, assim, a declaração de ilegalidade dos descontos realizados em seu benefício previdenciário, quer pela inexistência de contrato válido ou ausência de efetiva entrega do valor, bem como restituição em dobro e indenização por danos morais.

O Juízo da causa julgou parcialmente procedentes os pedidos para o fim de declarar inexistente qualquer relação jurídica entre as partes e condenou a instituição financeira à devolução dos valores descontados do benefício previdenciário, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00.

Inconformada, a instituição financeira insurge-se acerca da existência de dano moral por entender ausente sua comprovação ou, alternativamente, que seja reduzido o valor da indenização.

A parte autora também recorre para ver majorado o valor da indenização por danos morais, por entender irrisória a quantia fixada, bem como majorados os honorários advocatícios de sucumbência.

Dante da similitude das matérias, os recursos serão analisados conjuntamente.

Consta da inicial que a autora, ora recorrente, pessoa idosa (69 anos de idade), com baixo grau de instrução e vivendo em comunidade indígena, celebrou contrato de empréstimo consignado através de supostos prepostos da instituição financeira recorrente, que compareceu na aldeia onde ela reside, colhendo

sua assinatura. Registrou-se, também, que a autora nunca recebeu o dinheiro do empréstimo nem consentiu com sua contratação.

A instituição financeira limita-se a afirmar, genericamente, a legalidade do contrato, silenciando-se sobre as circunstâncias apontadas. Assevera que o dinheiro foi efetivamente entregue à autora. A contestação não veio acompanhada de documentos, não tendo, portanto, a instituição financeira comprovado sequer se houve contratação, muito menos sua validade.

Quanto à contratação, sustenta a autora que não existiu qualquer solicitação de empréstimo consignando em seu benefício previdenciário ou qualquer outro ato negocial com a instituição financeira e/ou autorização para que outra pessoa o fizesse em seu nome, que tenha originado o empréstimo objeto do litígio.

Aduziu que em momento algum o banco comprovou a validade da contratação e muito menos o recebimento do valor pela autora. Embora afirme a existência e validade da contratação, como visto, não fez prova nesse sentido, consoante consignado pelo julgador singelo, ensejando, assim, o reconhecimento da inexistência do negócio. De outro vértice, também não se desincumbiu o apelante de demonstrar que a autora efetivamente recebeu o valor emprestado.

Com efeito, tendo em vista que a relação envolvendo os litigantes é de consumo, o juízo da causa, em decisão interlocutória (f. 38-39), deferiu a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII do CDC, e, por consequência, determinou ao banco requerido que trouxesse aos autos cópias dos extratos bancários da parte autora, relativamente à época das contratações em debate, a fim de verificar a existência ou não do crédito em conta corrente de titularidade do autor, tendo determinado que os documentos fossem apresentados juntamente com as contestação.

Registre-se que sobre essa decisão não tem notícias da interposição de recurso.

O banco apelante ao apresentar contestação aduziu a regularidade do empréstimo, porém, repito, não trouxe qualquer elemento de prova nesse sentido, pairando as afirmativas apenas no campo das alegações. Assim, por força da inversão do ônus da prova e do princípio da teoria do risco, incumbia ao apelado a demonstração da regularidade da contratação, ônus do qual não se desincumbiram. Para comprovação de que a autora recebeu a quantia proveniente do empréstimo, poderia a instituição financeira ter apresentado extrato da conta bancária, caso tenha ocorrido depósito em conta dos valores, ou recibo assinado pela autora dos pagamentos ocorridos diretamente no "caixa", através de ordem de pagamento, o que de fato não aconteceu.

Dessa forma, o banco requerido não se desincumbiu de comprovar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos da autora, limitando-se, como visto, a afirmar a legalidade da contratação, bem como o pagamento da quantia emprestada.

Logo, não restou cumprida a regra prevista no art. 333, do CPC, que prevê:

> *"O ônus da prova incumbe:*
>
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*
>
> ***II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*** *(frisei)*

Diante disso, não restando comprovada a existência da contratação, nem o recebimento pela autora do valor proveniente do empréstimo em debate, não se sustenta o negócio jurídico relativo aos empréstimos, sendo devida a devolução das quantias descontadas de seu benefício previdenciário.

Resta averiguar o direito à devolução em dobro.

Dispõe o parágrafo único do art. 42 do Código do Consumidor que:

> *"O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro ao que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."*

A jurisprudência tem aplicado este dispositivo legal com parcimônia, entendendo que somente nos casos de evidente má-fé na cobrança indevida a devolução em dobro se justifica.

Confira:

> *"(...) 4.- A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ é firme no sentido de que a repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. (...)"* (AgRg no AREsp 357.187/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 02/10/2013)

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – MÁ-FÉ – ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL – ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O pagamento em dobro de quantia cobrada indevidamente, de que tratam o art. 940 do Código Civil e o art. 42 do CDC, pressupõe a má-fé do credor. Inexistente esta, indevido é o pagamento."* (Apelação Cível - Cautelar - N. 2007.003022-4/0000-00 - Três Lagoas. Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. 3ª Turma Cível. Julgamento: 11/04/2007)

Dessa forma, para que a autora fizesse jus à restituição em dobro deveria ter comprovado a má-fé do banco, uma vez que a boa-fé se presume, ônus do qual não se desincumbiu, motivo pelo qual a pretensão não deve ser acolhida.

Pretende ainda a instituição financeira que seja afastado o dano moral ou reduzido o valor da indenização, enquanto a parte autora pugna pela majoração da indenização.

O juízo *a quo*, consoante relatado, reconheceu a responsabilidade civil da instituição financeira e a condenou ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00.

Como é cediço, o acolhimento do pleito indenizatório depende da verificação da conduta lesiva, do dano, do nexo de causalidade entre eles e da culpa ou dolo do ofensor. Tratando-se de relação jurídica de natureza consumerista, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, dispensa-se o requisito volitivo do agente (dolo ou culpa), por força do disposto no seu art. 14 (responsabilidade objetiva) e art. 927, parágrafo único, do Código Civil (teoria do risco da atividade).

No caso dos autos, restando configurada a responsabilidade do banco na falha da prestação dos serviços, consubstanciada na negligência quanto à liberação de crédito a terceiro (com empréstimo consignado em folha de pagamento) em nome da autora, suprimindo parcela de sua remuneração e prejudicando sua própria subsistência.

Note-se que o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, por outro lado, é intuitivo, uma vez que o constrangimento e vexame que caracterizam a dor moral são decorrência lógica daquele ato. Daí que, presentes os requisitos da responsabilidade civil, resta analisar a exceção de responsabilidade.

Importante destacar, ainda, que os riscos da atividade empresarial desempenhada pela instituição financeira são inerentes à própria atividade, não podendo ser repassada a terceiros de boa-fé. Se a instituição financeira presta serviço que potencializa o risco previsível que possa eventualmente ser provocado por golpistas – já que procedeu à contratação de crédito sem checar documentalmente a legitimidade das informações que recebeu.

Assim, como assume tal risco, procurando com isso aumentar seus lucros, deve responder por eventual dano oriundo desse risco assumido, conforme entendimento adotado pela Corte Superior:

> *"O fato de a empresa ... ter sido vítima de um estelionato não a autoriza a efetuar registros negativos em nome de terceiros alheios ao negócio...Quem atua no mercado e aufere lucros com a sua atividade corre o risco de causar danos a terceiros, resultantes da falta de cuidado na realização da sua operação. O prejuízo que daí decorre aos outros, terceiros de boa-fé, deve ser reparado pelo causador direto do ato danoso, isolada ou solidariamente, com direito regressivo aquele que concorreu ou induziu à prática do ato"*. (STJ - Resp 404778/MG. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

No mesmo sentido, a orientação desta Corte:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO REALIZADO POR FALSÁRIO, UTILIZANDO-SE DE DOCUMENTOS DO AUTOR CUJO NOME VEM A SER NEGATIVADO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR FIXADO REDUZIDO, POR NÃO ATENDER O CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A inscrição indevida do nome de pretenso devedor em cadastro de inadimplentes, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil por parte do agente financeiro, sem nenhuma influência a circunstância de que a abertura de contrato de financiamento se dera com base em documentos utilizados por terceiro de má-fé. O agente financeiro deve conferir toda a documentação relativa ao contrato, de modo a evitar a contratação hipotética, já que responsável pelos atos de seus funcionários ou prepostos. O valor do dano moral deve ser reduzido quando se revelar desproporcional e incompatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*." (TJMS - Apelação Cível - N. 2008.017234-3 - Campo Grande - 5ª T. Cível - Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Julgado em 6.11.2008).

Afora isso, impende salientar que sob a luz do Código de Defesa do Consumidor, ao prestar seus serviços da forma como já esplanada, o banco forneceu serviço inseguro ao consumidor, devendo responder objetivamente pelos danos que daí advierem, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei do Consumidor.

Quanto aos danos morais, é pacífico o entendimento no sentido de que o desconto em folha de contrato oriundo de fraude, é devido, e gera abalo psicológico, eis que inequivocamente suportou constrangimentos e aborrecimentos, principalmente porque a cobrança indevida ocorreu diretamente sobre seus vencimentos, suprimindo verba de caráter alimentar, configurando dano moral puro, o qual prescinde da prova do dano.

Neste sentido, a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DÉBITO SEM AUTORIZAÇÃO DA CORRENTISTA - RESSARCIMENTO DO VALOR - DANOS MORAIS MANTIDOS - RECURSO NÃO PROVIDO.O débito em conta-corrente para pagamento de obrigação de*

terceiro sem autorização da titular configura falha na prestação dos serviços bancários e enseja indenização por danos morais e materiais." (Apelação Cível 2012.001521-1, Relator Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, publicação em 23.02.2012).

*"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL C.C. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PACTA SUNT SERVANDA – DESCONTO INDEVIDO EM CONTA-CORRENTE – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DANOS MORAIS DEVIDOS E MANTIDOS – REPETIÇÃO DOS VALORES COBRADOS A MAIOR NA FORMA SIMPLES, DEVIDAMENTE CORRIGIDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.Nas relações contratuais sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, o princípio pacta sunt servanda não se encontra mais revestido de caráter absoluto.O débito indevido em conta corrente e sem autorização do correntista configura falha na prestação dos serviços e enseja indenização por danos morais, sendo adequada a indenização fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo magistrado de piso. É devida a restituição de valores eventualmente pagos a maior em obediência ao princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor, contudo, tal devolução deverá ocorrer na forma simples, devidamente corrigida." (*Apelação nº 0802085-42.2012.8.12.0018, Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara Cível, Julgado em 19/12/2013)

Também no Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE EM OBRAS DO RODOANEL MÁRIO COVAS. NECESSIDADE DE DESOCUPAÇÃO TEMPORÁRIA DE RESIDÊNCIAS. DANO MORAL IN RE IPSA. 1. Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana. 2. A violação de direitos individuais relacionados à moradia, bem como da legítima expectativa de segurança dos recorrentes, caracteriza dano moral in re ipsa a ser compensado." (REsp 1292141/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 12/12/2012)

À luz destas considerações, entendo suficientemente demonstrados os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil.

Quanto ao arbitramento da indenização, deve-se levar em conta a extensão do dano, as condições das partes e o grau da ofensa moral e, ainda, os elementos dos autos, visto que não deve ser muito elevado para não se transformar em enriquecimento sem causa e nem tão baixo para que não perca o sentido de punição.

De fato, nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos expressos para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Trata-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

Assim, em se tratando de ação de indenização por danos morais, onde inexistem critérios objetivos para a fixação do montante devido a título de verba indenizatória, o julgador deve arbitrá-lo de acordo com as peculiaridades de cada caso, levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, o grau de culpa, a potencialidade e a extensão do dano causado.

Diante disso, levando-se em consideração as circunstâncias a emoldurar o caso em comento, entendo que o valor de R$ 10.000,00 apresenta-se justo e adequado às finalidades deste instituto jurídico, quais sejam: a justa compensação e o caráter pedagógico, levando-se em consideração as nuances que

precederam a ocorrência do fato ensejador da reparação. Lembrando que na quantificação do dano moral, deve-se valer de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua, a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito. Neste aspecto há que ser ressaltado que o autor trata-se de pessoa idosa, com 80 anos.

Assim, merece prosperar em parte a pretensão da parte autora.

Por fim, no que diz respeito aos honorários, entendo que realmente devem ser majorados, inclusive com a fixação em percentual sobre o valor da condenação, consoante previsão contida no art. 20, § 3º do CPC.

No caso dos autos, atento ao disposto nas alíneas a, b, e c, quais sejam: a) o grau de zelo do profissional; b) que a prestação do serviço não foi no mesmo local onde os patronos possuem escritório de advocacia; c) a natureza e a importância da causa, o tempo exigido para o seu serviço.

A fixação dos honorários deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que remunere adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO DEMONSTRADA. ENUNCIADO 284 DA SÚMULA DO STF. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. REVISÃO DO VALOR. NÃO CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. INVIABILIDADE. NÃO PROVIMENTO. 1. O agravante limitou-se a mencionar, genericamente, que houve ofensa ao art. 535, II, do CPC sem, contudo, esclarecer os pontos sobre os quais o Tribunal de origem foi omisso, atraindo o óbice do enunciado 284 da Súmula do STF. 2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. Somente em situações em que os honorários advocatícios sejam fixados em valores exorbitantes ou irrisórios poderão ser revistos. A verba honorária foi estabelecida nos moldes do art. 20, § 3º, do CPC sem caracterizar ilegalidade alguma. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ, AgRg no AREsp 411.191/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 05.12.2013, DJe 18.12.2013)."

Ao comentar sobre os critérios para fixação dos honorários advocatícios, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery lecionam que:

> *"São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levados em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. (...)"* (Código de processo civil comentado. 9. ed. São Paulo: RT. p. 193).

De ver-se que a ação foi distribuída em novembro de 2014, proferindo-se a sentença em setembro de 2015, com a permanência do trabalho dos titulares do direito postulatório do apelante.

Atendendo, então, às diretrizes constantes nas alíneas a, b, e c, do § 3º, do art. 20, já mencionadas, reconheço que de fato os patronos da autora foram zelosos, o que impõe a fixação dos honorários em quantia condizente com a natureza e a importância da causa.

Sendo assim, diante das razões expostas e dos critérios previstos no Código de Processo Civil e, ainda, atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, entendo que a quantia referente à verba honorária deve ser de 15% do valor da condenação, por ser este valor justo e coerente com as diretrizes expostas neste voto, condizente, inclusive, com outros precedentes similares analisados por este Órgão.

Por derradeiro, os dispositivos prequestionados foram explícita ou implicitamente apreciados ou não guardam pertinência com a causa.

Pelas razões expostas, conheço e nego provimento ao recurso interposto pelo Banco do Brasil S/A, ao passo em que conheço e dou parcial provimento ao recurso da parte autora para o fim de reformar a sentença no sentido de majorar a indenização por danos morais para R$ 10.000,00, bem como fixar os honorários de sucumbência em 15% do valor da condenação, restando mantida a sentença nos demais termos e efeitos.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Revisor):

Trata-se de recurso de apelação interposto tanto pela autora Maria Benites Avalo, quanto pelo réu Banco do Brasil S.A.

A autora Maria Benites Avalo pretende a restituição em dobro dos valores descontados indevidamente, a majoração do *quantum* indenizatório e também a majoração do valor dos honorários advocatícios, fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais).

Banco do Brasil S/A, pretende que seja afastada a condenação ao pagamento de danos morais ou a redução do *quantum* indenizatório.

O ilustre relator conheceu do recurso interposto por Banco do Brasil S.A. e negou-lhe provimento. Por outro lado, conheceu do recurso interposto por Maria Benites Avalo e deu-lhe parcial provimento, para majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como para fixar os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, mantendo os demais termos da sentença.

Acompanho o voto do eminente relator em negar provimento ao recurso do Banco do Brasil S/A. Também acompanho em parte o voto do relator em relação ao recurso de Maria Benites Avalo, no que pertine a restituição dos valores tão somente na forma simples.

No entanto, divirjo do voto do relator em relação ao *quantum* indenizatório pretendido pela apelante e ao valor dos honorários advocatícios, nos termos que serão a seguir expostos.

Da redução do *quantum* dos danos morais

Neste capítulo tanto a autora quanto o réu se insurgem contra o valor arbitrado a título de danos morais. O autor pede a majoração e o réu a redução do valor.

Os danos morais foram fixados pelo juízo singular em R$ 5.000,00.

Segundo os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira[1]:

> *"quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma some que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido".*

Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as consequências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral há de se observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa.

Para o arbitramento do dano moral deve-se então levar em consideração as condições do ofensor, do ofendido, bem como do bem jurídico lesado, atendendo ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

De fato, esta 5ª Câmara Cível tem, reiteradamente, fixado valor de reparação moral em torno de R$ 10.000,00 (dez mil reais), mormente quando o nome do suposto devedor é levado para o cadastro de inadimplentes, o que não é o caso dos autos.

No caso em comento a autora também foi negligente, inclusive em relação à guarda de seus documentos. Digo isso porque consta dos autos documento expedido pelo INSS (f. 37), dando conta ter a autora feito 5 (cinco) contratações dessa natureza (empréstimos consignados), algumas encerradas, outras operações ativas, com várias instituições financeiras. Esse documento foi juntado pela própria autora que, no entanto, não explicou o porquê daquela quantidade de "empréstimos".

Em caso idêntico a este, recentemente esta 5ª Câmara achou por bem em fixar o valor de reparação moral, em favor do autor, em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Isso ocorreu no recurso de apelação nº 0802494-08.2014.

Desta forma, razoável o valor de reparação moral em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), como decidiu a juíza singular, ante o manifesto desmazelo da autora, na guarda de seus documentos.

Da majoração dos honorários advocatícios.

Em seu recurso, a autora/apelante requer que sejam majorados os honorários advocatícios, os quais foram fixados em R$ 800,00 pela juíza singular.

É inquestionável a imperiosidade de que a verba honorária deve ser fixada segundo o prudente arbítrio do juiz, com base no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, observado o princípio da equidade, sem se desprezarem as diretrizes traçadas pelas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo 3º do já mencionado artigo 20.

No caso hei por bem manter o valor dos honorários advocatícios do patrono da autora em R$ 800,00 (oitocentos reais), na medida que este voto o é para a manutenção do valor de reparação fixado na sentença.

Posto isso, nego provimento a ambos os recursos, para manter a integralidade da sentença.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Vogal):

Acompanho o voto do relator.

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.97.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Banco do Brasil S/A e, por maioria, deram parcial provimento ao apelo de Maria Benites Avalo, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 15 de março de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0020732-34.1996.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – NOVAÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO ANTERIOR POR NOVA – CONFIGURAÇÃO – *ANIMUS NOVANDI* TÁCITO MAS INEQUÍVOCO – ESCRITURA PÚBLICA – REQUISITOS PARA VALIDADE – ASSINATURA DAS PARTES – AUSÊNCIA – NEGÓCIO NULO – BEM DE FAMÍLIA – EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 3º, INCISO V DA LEI Nº 8.009/90 – GARANTIA HIPOTECÁRIA MANTIDA – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MODICIDADE NO VALOR FIXADO – ADEQUAÇÃO AO ARTIGO 20, § 4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE PROVIDO.

Sendo tácito o intuito de novar, mas inequivocadamente demonstrado nos autos, em virtude de extinção da dívida anterior com a contratação de nova obrigação, há que se reconhecer o instituto da novação.

Ausente a assinatura do representante legal da instituição financeira, falta à escritura pública de re-ratificação requisito legal essencial para sua validade, devendo tal instrumento ser declarado nulo.

Conforme disposição do artigo 3, inciso V da Lei nº 8.009/90, a impenhorabilidade do bem de família é inoponível, se movida "*para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar*".

Embora a fixação dos honorários advocatícios na forma do §4º do artigo 20 do Código de Processo Civil esteja sujeita a um critério subjetivo do juiz, é conveniente que essa verba seja fixada num patamar coerente com o valor da causa, bem como com o trabalho desenvolvido pelo advogado.

Recurso conhecido e parcialmente 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, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Amandio Alfredo Lopes e Clara Lucia Milanez Lopes, inconformados com a sentença proferida nos autos dos embargos à execução, movidos em desfavor de Banco do Brasil S/A, apelam a este Tribunal.

Alegam, em síntese, que houve contradição na decisão singular, que reconheceu a ocorrência de novação, porém não declarou a extinção da responsabilidade hipotecária e solidária dos executados.

Asseveram que no caso em tela ocorreram as novações subjetiva e objetiva, o que restou confirmado pela perícia.

Aduzem que, reconhecida a novação, o título primitivo deve ser considerado liquidado, com a consequente extinção do feito executório e exclusão das garantias prestadas pelos apelantes.

Alternativamente, pedem a declaração de nulidade da hipoteca, em face da impenhorabilidade do bem de família.

Pedem a inversão dos ônus sucumbenciais, com a condenação do apelado em honorários advocatícios no montante de 20% (vinte por cento) do valor total da causa.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões pela manutenção da decisão singular.

VOTO (EM 01/12/2015)

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Amandio Alfredo Lopes e Clara Lucia Milanez Lopes, inconformados com a sentença de fls. 688/694 que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos dos Embargos à execução, movidos contra Banco do Brasil S/A.

Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.

No caso em tela, as partes firmaram a Cédula de Crédito Comercial nº 92/00094-0, emitida em 31 de agosto de 1992, em favor da empresa Plaenco – Engenharia, Comércio e Transporte Ltda., no valor de Cr$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de cruzeiros), com vencimento para 27 de fevereiro de 1993.

Além disso, celebraram também o Contrato de Abertura de Crédito em Conta-Corrente nº 92/00063-0, em 02 de junho de 1992, também fixada no montante de Cr$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de cruzeiros), com vencimento em 30 de junho de 1992.

Posteriormente, os litigantes firmaram a Escritura Pública de Confissão e Composição de Dívidas com Garantia Hipotecária, em 22 de março de 1993, bem como Escritura Pública de Re-Ratificação à Escritura Pública de Confissão e Composição de Dívidas com Garantia Hipotecária, celebrada em 17 de fevereiro de 1994.

Da coisa julgada

Resta analisar os limites objetivos da coisa julgada formada através da sentença exarada no processo de nº 0022970-60.1995.8.12.0001 (antigo nº 001.95.022970-6), por se tratar de questão de ordem pública levantada na petição de protocolo nº 2015.01212340-4, apresentada em 14 de outubro do corrente ano.

O magistrado *a quo* assim se manifestou acerca da ocorrência de coisa julgada entre os presentes embargos à execução e a ação supramencionada, *in verbis* (fls. 689-v/690):

> *"Apesar de existir discussão nos autos sobre os efeitos da sentença prolatada nos autos de obrigação de fazer, processo nº 001.95.022970-6, é importante consignar que a*

referida sentença somente reconheceu como nula a escritura pública de re-ratificação, não havendo manifestação sobre os demais atos praticados pelas partes. Assim, em observância a decisão já exarada em processo diverso, não se analisará nestes autos a escritura pública de re-ratificação, mas tão somente os atos anteriores.

(...)

Discute-se apenas sobre a validade da escritura pública de confissão de dívida e composição de dívidas com garantia hipotecária, emitida em 22/03/1993. Sobre a escritura pública de re-ratificação à escritura pública de confissão e composição de dívidas com garantia hipotecária, emitida em 17/02/1994, já há decisão reconhecendo a sua nulidade, por outro juízo e entre as mesmas partes, pelo que vedado novo pronunciamento neste ato."

A demanda tratava-se de ação de obrigação de fazer, proposta pelos apelantes em face da instituição financeira, através da qual se pretendia *"a citação do Representante legal do Requerido, para dar baixa na hipoteca, ou contestar a presente, no prazo legal, e para os demais termos do processo, até o final, sob pena de revelia, a partir da citação sob pena de não o fazendo, responde por perdas e danos advindas da falta da baixa da hipoteca"* (sic).

Tem-se que a demanda foi julgada improcedente, tendo o magistrado utilizado como argumentação o seguinte:

"Alegam os autores que cuida-se de novação e o réu que se trata apenas de uma transação.

Que é novação, não há dúvida.

Ocorre que – este é o ponto a ser solvido – o Banco não assinou este instrumento público no qual está insculpida esta cláusula.

Ora, então a questão é saber que o contrato não assinado tem o condão de obrigar o banco a fazer algo (no caso liberar a hipoteca que recai sobre o imóvel dos autores).

Como se sabe a hipoteca é direito real de garantia e, como contrato acessório, extingui-se, pelo desaparecimento da obrigação principal (art. 849, I do CC).

No caso em concreto, os autores asseveram que a dívida não foi paga integralmente, referem-se, apenas, que falta muito pouco para que o seja. Assim, ainda sobrevive a hipoteca, como garantia da dívida.

Note-se que os atos relacionados com cédula hipotecária tem, como substância do ato, a escritura pública (vide art. 26 do Dec.-Lei 70/66).

Assim sendo, é de se fazer presente todos os requisitos do §1º do art. 134 do CC que são:

(...)6. assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato.

Ora, preterida qualquer solenidade obrigatória, o ato é nulo e não meramente anulável (vide art. 145, IV do CC) e deve 'ser pronunciada pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las ainda a requerimento das partes' (CC, parágrafo único do art. 146).

Se o ato onde houve a exoneração da hipoteca não pode ser considerada, por ser nulo, pouco importa se houve novação ou transação. Verdade é que o pedido se calca em dispositivo de contrato nulo e, por isso, é improcedente.

(...)

Por todo o exposto é que, julgo improcedente o pedido inicial." (sic)

Pois bem. Tem-se que, no caso em tela, ainda que a sentença emitida no processo de nº 001.95.022970-6 tenha abordado a questão da nulidade da escritura pública de re-ratificação no corpo de sua fundamentação, inegável é o reconhecimento de que tal título é nulo.

De fato, analisando-se tal documento, percebe-se a ausência da assinatura do representante da instituição financeira. Assim, falta àquele negócio requisito de validade essencial, qual seja, a vontade das partes contratantes expressamente exarada.

Esse posicionamento advém da simples leitura dos requisitos legais para a validade da escritura pública, expostos no artigo 134 do Código Civil de 1916, bem como no artigo 215 do atual Códex Civil, que exigem a assinatura das partes e dos demais comparecentes.

Não é diverso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:

> *RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PRÉ-CONTRATO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO. FALTA DE ASSINATURA DE UM DOS COMPRADORES. NÃO APERFEIÇOAMENTO DO NEGÓCIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MULTA CONTRATUAL. INVIABILIDADE DA EXIGÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Prevendo o pré-contrato a existência de mais de um comprador e não tendo um deles assinado sequer o instrumento pré-contratual, o negócio jurídico não se aperfeiçoou, pela falta de convergência de vontades das partes contratantes. 2. Nesse cenário, mostra-se inviável a exigência, pelo alienante, da cláusula penal prevista na contratação que não se aperfeiçoou. 3. Recurso especial desprovido.* (REsp: 1331081 TO 2011/0258826-8, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 25/06/2013, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 03/11/2014)

Assim, no que tange ao reconhecimento da nulidade da Escritura Pública de Re-Ratificação, a manutenção de tal posicionamento é medida que se impõe.

Da novação

Restou comprovado, através da instrução processual juntada aos presentes autos, que as escrituras públicas supramencionadas foram pactuadas tendo em vista o ânimo de novar as dívidas contraídas por meio da Cédula Comercial e do Contrato de Abertura de Conta-Corrente anteriormente celebradas entre a empresa e a instituição financeira.

O instituto da novação encontra-se previsto nos artigos 360 a 367 do Código Civil de 2002.

Sobre o assunto, comenta Carlos Roberto Gonçalves que

> "São requisitos ou pressupostos caracterizadores da novação: a existência de obrigação anterior *(obligatio novanda)*, a constituição de nova obrigação (*aliquid novi*) e o *animus novandi* (intenção de novar, que pressupõe um acordo de vontades"[1].

Não obstante seja requisito do instituto vergastado a existência de *animus novandi*, imperioso observar que, atingindo o novo pacto entre os litigantes os elementos essenciais da obrigação anterior, deve-se reputar configurada a novação.

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. p. 314. v. 2.

Isto é, importa distinguir a impossibilidade de presunção do intuito de novar, vedado pela legislação, com a permissibilidade de se apurar a real vontade das partes na realização do negócio jurídico subsequente ao já entabulado anteriormente, reconhecendo-se a inequivocidade do intuito de subsistir obrigação anterior por nova pela tácita manifestação de vontade das partes no sentido de criar nova relação jurídica em substituição a anterior.

Ou seja,

> *"pode vir o animus novandi expressamente deduzindo no instrumento, e então tollitur quaestio. Na ausência, porém, de menção específica, deve ser apurado se o conjunto de circunstâncias autoriza afirmar se se configura implicitamente, porém de maneira inequívoca. Quer isto dizer que nunca se presume a novação, pois o contrário dissonaria da sua natureza extintiva do vínculo, devendo sempre resultar da vontade das partes. O que se faculta é, tão somente, na apuração desta vontade, aceitar-se, a par da declaração explícita, a claramente dedutível dos termos da nova".*[2]

Desse modo, consigno que, não obstante a ausência de manifestação expressa do intuito de novar, não se está a presumir a novação, mas sim reconhecê-la como vontade inequívoca dos litigantes, extraída dos elementos constantes nos autos, já que ocorreu expressamente a substituição de obrigação anterior, qual seja, a Cédula de Crédito Comercial, pela nova, instituída através da Escritura Pública de Confissão e Composição de Dívidas com Garantia Hipotecária (fl. 216/220, 674/679).

Conforme bem exposto pelo então magistrado *a quo*, Des. Marcelo Câmara Rasslan (fl. 690/691):

> *"Vê-se que as partes foram alterando a relação negocial previamente firmada entre elas, constituindo outras obrigações, sendo estas cumpridas conforme os ajustes renovados a cada ato. Ou seja, as partes foram renegociando as dívidas e admitindo terceiros excluindo credores originários, cumprindo rigorosamente as obrigações derivadas e aquelas renovadas, as quais agora tem a validade discutida.*
>
> *De acordo com o laudo pericial realizado nos autos, o embargado (banco credor) procedeu ao desconto da dívida em conta-corrente na forma aprazada pelas partes nas escrituras públicas que sucederam à celebração dos contratos de abertura de crédito e à emissão da cédula de crédito comercial. Nas palavras do perito:*
>
> *(...) Com efeito, a partir do laudo pericial é possível assentar que o embargante cumpriu o estabelecido na escritura pública de confissão de dívida e composição de dívidas com garantia hipotecária, emitida em 22/03/1993, e na escritura pública de re-ratificação à escritura pública de composição de dívidas com garantia hipotecária, emitida em 17/02/1994.*
>
> *(...) Destarte, o laudo pericial acostado aos autos revela que a relação jurídica firmada entre as partes, seja pela constituição inicial da obrigação ou mesmo por meio das escrituras públicas lavradas, foram cumpridas na forma pactuada, e posteriormente renegociada, revelando a vontade das partes em cumprir a obrigação objeto da novação. Nestes termos, a vontade externada pelas partes em constituir nova obrigação, extinguindo a anterior, na forma de novação deve ser irrestritamente considerada, com supedâneo nos artigos 112 e 360, ambos do Código Civil.*
>
> *Ademais, o embargado não pode, após iniciar o cumprimento da obrigação, na forma em que fora pactuada, manifestar-se de forma contraditória a postura anterior, sob pena de violar o princípio do venire contra factum proprium. A nova perspectiva do direito*

2 PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 248. v. 2.

civil, em prol do princípio da boa fé objetiva e da confiança, impede que as partes atuem de forma contraditória a uma postura que vinham exercendo anteriormente.

Em sendo assim, o embargado não pode simplesmente alegar que o negócio jurídico não chegou a se concretizar se a sua conduta é contraditória a esta alegação, pois ele debitou a grande maioria das prestações na conta-corrente da empresa, na forma da novação, exteriorizando o seu animus novandi.

Acrescente-se ainda, que o ordenamento jurídico estabeleceu uma classificação dos atos jurídicos quanto a sua forma em "ad solenitatem e ad probationem". Neste, a forma do ato jurídico serve apenas como prova ou comprovação da relação estabelecida, enquanto que, naquele, a forma é da essência do ato, sob pena de não produzir efeitos no mundo jurídico.

(...)

Ante o exposto, julga-se parcialmente procedente o pedido formulado nestes embargos do devedor para o fim de reconhecer-se a novação da obrigação operada na escritura pública de confissão e composição de dívida com garantia hipotecária lavrada entre as partes, reconhecendo-se que os embargantes figuram como fiadores e anuentes hipotecantes da dívida, cujo gravame recai sobre o lote de terreno nº 37, da quadra nº 03, no Bairro Jardim Autonomista, nesta Cidade, matriculado sob o nº 77.614, de vez que a última escritura foi declarada nula pelo Juízo da 7ª Vara Cível local, sendo vedado, sobre isto, novo pronunciamento deste Juízo.

Em razão do reconhecimento da novação, e de tudo quanto foi antes exposto, o contrato fica revisado nos seguintes termos:

- os juros remuneratórios não ficam limitados em 12% ao ano;

- a capitalização dos juros deverá ser anual;

- declara-se a nulidade da taxa Anbid, devendo incidir o IGP-M;

- autoriza-se a incidência de multa contratual de 10% prevista no contrato;

- autoriza-se a incidência dos juros moratórios previstos no contrato.

O eventual saldo credor deve ser calculado obedecidas tais regras, adotado o valor novado e o vencimento das respectivas parcelas ainda em aberto.

Como houve sucumbência recíproca entre os embargantes e o embargado, mas em menor parte daquele, os embargantes arcarão com 40% e o embargado com 60% das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 5.000,00, nos termos do artigo 20, §4º do Código de Processo Civil. Faculta-se a compensação na forma prevista no artigo 21, caput, do CPC.

Junte-se cópia desta sentença ao processo de execução em apenso (001.96.000872-8).

O processo fica resolvido, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Tanto que transite em julgado, pagas as custas ou inscritas em dívida ativa, arquivem-se os autos, com as anotações de estilo, caso não haja pedido de cumprimento de sentença."

Desta feita, não há que se falar em modificação da decisão recorrida, neste particular.

Da impenhorabilidade do bem

Desta feita, ocorrida a novação, resta claro que a garantia prestada pelos apelantes quando da assinatura da Cédula de Crédito Comercial remanesce, expressamente, na Escritura Pública de Confissão e Composição de Dívidas com Garantia Hipotecária, conforme trecho retrotranscrito (fl. 674):

> *(...) neste ato representada por seus sócios, Sr. Paulo Eduardo Cançado Soares, Amandio Alfredo Lopes e Ibrahim Ayach Neto adiante qualificados: como fiadores, assim adiante designados, Amandio Alfredo Lopes, comerciante, CPF nº 561.201.688/34, e sua esposa Clara Lúcia Milanez Lopes, psicóloga, CPF nº 069.844.378/06, ambos brasileiros, residentes e domiciliados a rua Antônio de Barros, nº 317, em Campo Grande (MS); Paulo Eduardo Cançado Soares, comerciante, e sua esposa Kelly Cristina Alves Soares, cirurgiã-dentista, ambos brasileiros, inscritos no CPF nº 321.815.841-34, residentes e domiciliados a rua Arthur Jorge, nº 1.367, Aptº 901, em Campo Grande (MS), e Ibrahim Ayach Neto, comerciante, brasileiro, solteiro, inscrito no CPF sob o nº 535.727.349/91, residente e domiciliado a rua Flávio de Matos, nº 478, Bairro Monte Líbano, em Campo Grande (MS);* ***e ainda como anuentes hipotecantes, Amandio Alfredo Lopes e sua esposa Clara Lúcia Milanez Lopes, acima qualificados, e Paulo Eduardo Cançado Soares e sua esposa Kelly Cristina Alves Soares, também acima qualificados (...).***
>
> ***Permanecem em vigor, ficando prorrogadas as hipotecas anteriormente instituídas em favor do banco sobre os imóveis abaixo descritos,*** *que continuarão garantindo a dívida confessada pela Devedora Plaenco – Engenharia Comércio e Transporte Ltda, até integral satisfação de todas as obrigações resultantes desta escritura. Imóvel nº 01) Proprietário – Amandio Alfredo Lopes e esposa. Localização: 01 lote de terreno para construção nº 37 (trinta e sete) da quadra 03 (três), Jardim Autonomista, zona urbana desta cidade e comarca de Campo Grande (MS). Área e confrontações: 529,55 m², medindo 15,13 metros de frente e igual dimensão na linha dos fundos por 35,00 metros de ambos os lados, confrontando-se pela frente com a rua Praia de Ondina; ao SUL, com o lote nº 38; ao leste, com a Travessa Praia da Jangadeira, e a oeste, com o lote nº 36. Título de domínio: Conforme EPCV lavrada pelo 9º tabelião local, fls. 85, Livro 141-A, em 14/06/89, devidamente registrada sob nº 05 na matrícula 77.614, no Cartório de registro de imóveis da 1a. Circ. Da Comarca de Campo Grande (MS), em 26/07/89. Imóvel nº 02 – Proprietário – Paulo Eduardo Cançado Soares e esposa. Localização: Apartamento nº 901, Edifício Embaixador, sito a rua Arthur Jorge, nº 1.367, nesta cidade e Comarca de Campo Grande (MS), contendo 03 apartamentos, 01 suíte, 01 living, 01 copa-cozinha, 01 área de serviço, quarto e WC de empregada. Área e confrontações: Área privativa de 256,56 m² e área de uso comum de 68,07 m², limitando-se ao nascente – frente com a rua Arthur Jorge, poente – fundos com aptº 902, norte com os lotes 44,54 e 55 e sul com os lotes 47,59 e 60, correspondendo-lhe uma fração ideal do terreno de 4,287 do lote determinado pela letra "A", resultante do remembramento dos lotes nºs. 45 e 46 da Vila Ilgenfritz, medindo e limitando-se: ao norte com 54,00 metros com os lotes 44,54 e 55; ao SUL 54,00 metros com os lotes 47,59 e 60; ao nascente 24,00 metros com a rua Arthur Jorge; poente com 24,00 metros com parte dos lotes 53 e 68 e área total de 1.296.00 m², bem como as vagas de garagem nº 36 e 37, com 22,61 m². Título de domínio: Escritura pública de compra e venda lavrada pelo 4º tabelião local, Livro 209, fls. 104 em 13/12/88, registrada sob nº 04 na matrícula nº 130.942, no Cartório de Registro de Imóveis da 1a. Circunscrição desta Comarca de Campo Grande (MS), em 24/12/88; (destaquei)*

Quanto à alegação de que o imóvel supramencionado, fixado como garantia hipotecária à dívida discutida, é impenhorável, uma vez que se constitui em bem de família, não merece subsistir.

Tem-se que a impenhorabilidade do bem de família é regulamentada pela Lei nº 8.009/90, na qual o artigo 3º, inciso V dispõe que *"a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar"*.

É o que ocorre no caso em testilha.

Os apelantes figuraram como anuentes hipotecantes na Cédula de Crédito Comercial, obrigação novada pela Escritura Pública de Confissão e Composição de Dívidas com Garantia Hipotecária, na qual se reafirmou tal obrigação. Desta feita, não há que se falar em impenhorabilidade do imóvel, pois se trata de situação enquadrada como exceção à oposição do bem de família.

Não obstante, a hipoteca referia-se a dívida contraída em favor da empresa Plaenco – Planejamento, Engenharia, Comércio e Transportes Ltda., na qual figurava à época como sócio Amandio Alfredo Lopes. Consequentemente, tem-se que a obrigação beneficiou também a entidade familiar constituída pelos apelantes, afastando ainda mais a possibilidade de resguardar o bem discutido.

Assim é a remansosa jurisprudência deste e. Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – HIPOTECA DE BEM IMÓVEL OFERECIDO EM GARANTIA DE CONTRATO – DÍVIDA CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DE EMPRESA FAMILIAR – GARANTIA OFERECIDA PELOS SÓCIOS PROPRIETÁRIOS – DÍVIDA REVERTIDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 3º D*A LEI 8009/90 – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. ***O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado quando de seu oferecimento em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade, nos termos do artigo 3º, V, da Lei 8.009/90. Ainda que a exceção prevista no art. 3º, V, da Lei 8.009/90 não tenha aplicação nos casos em que a hipoteca é dada como garantia de empréstimo contraído em benefício de terceiro, presume-se que o empréstimo havido em favor de empresa familiar seja, em ultima ratio, revertido em favor da própria família.*** *Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.* (Apelação Cível nº 0018431-26.2010.8.12.0001, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4 Câmara Cível, Julgado em 31.03.2015)

> *EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL – EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO HIPOTECÁRIA – BEM IMÓVEL OFERECIDO EM GARANTIA DO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 3º DA LEI 8009/90 – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite do processo de execução por ele sofrida, em razão de inadimplemento de obrigação positiva e líquida, em seu termo.* ***O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado quando de seu oferecimento em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade, nos termos do artigo 3º, V, da Lei 8.009/90. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora.*** A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo. Falta ao devedor, no caso, com um dos deveres de conduta na execução do contrato, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela, que correspondem à boa-fé objetiva com que deve se portar no cumprimento da obrigação. Quebra essa regra o devedor que obtém o financiamento em razão da garantia hipotecária

> dada ao credor, e posteriormente opõe exceção de impenhorabilidade do bem, com a pretensão de livrá-lo da constrição judicial, ato que se caracteriza como *venire* contra *factum proprium*, repudiado pelo ordenamento jurídico. Recurso conhecido e improvido. (Agravo nº 1411375-18.2014.8.12.0000/5000, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, Julgado em 07.10.2014)
>
> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – EXCEÇÃO – BEM DADO EM GARANTIA – HIPOTECA – PENHORABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.* ***O inciso V, do artigo 3ª da lei 8009/90, excepciona a impenhorabilidade do bem de família, eis que esta não alcança os bens dados pelo executado em garantia real de obrigação.*** (Agravo nº 0009257-25.2012.8.12.0000, Rel. Des. João Maria Lós, 1ª Câmara Cível, Julgado em 16.05.2012)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE BEM CONSIDERADO COMO DE FAMÍLIA. HIPOTECA CONSTITUÍDA PELO COMPANHEIRO DA EMBARGANTE COMO GARANTIA DE DÍVIDA DA PESSOA JURÍDICA DA QUAL COMPÕE O QUADRO SOCIETÁRIO. IMPENHORABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, V, DA LEI N. 8.009/90. ÔNUS DA PROVA DO EXEQUENTE. 1. Segundo o entendimento dominante da Segunda Seção, é impenhorável o bem de família dado em hipoteca como garantia de dívida contraída por terceiro.* 2. ***A exceção à garantia do direito à habitação, corporificada na Lei 8.009/90, prevista no inciso V do art. 3º da Lei n. 8.009/90, incide quando o bem é dado em garantia de dívida da própria entidade familiar.*** *3. As razões articuladas no agravo não infirmam as conclusões expendidas na decisão agravada. 4. Agravo Regimental Desprovido.* (STJ - AgRg no REsp: 1292098 SP 2011/0255463-1, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 14/10/2014, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 20/10/2014) (destaques ausentes no original)

Dos honorários advocatícios

Pedem os apelantes a majoração dos honorários advocatícios, nos termos fixados pela legislação processual civil.

Desta feita, considerando o valor atribuído à causa, o tempo de duração do feito, bem como o trabalho desenvolvido pelos causídicos, verifico que nesse ponto a decisão deve ser revista, a fim de que os honorários advocatícios sejam majorados, observando-se os parâmetros do art. 20, §4º do CPC, que dispõe:

> *Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.*

Assim, a fixação dos honorários no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) não obedece ao critério da equidade, dada a modicidade da quantia arbitrada.

Conforme bem decidido no acórdão proferido por este Tribunal (Apelação Cível nº 0001368-40.2010.8.12.0016, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível, julgado em 23.06.2015):

> *Os honorários advocatícios devem obedecer aos critérios definidos no art. 20, §3º do CPC, devendo ser majorados quando não representarem percentual proporcional à natureza da demanda, tempo de tramitação processual, necessidade de instrução, dispêndios do causídico e proveito econômico da parte assistida.*

Observe outro julgado no mesmo sentido (Apelação Cível nº 0046200-43.2009.8.12.0001, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, Julgado em 07.05.2013):

> *De acordo com art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, levando-se também em conta as diretrizes das alíneas "a" a "c" do § 3º do mesmo dispositivo, a fixação do valor dos honorários advocatícios deve ser feita com juízo de ponderação e razoabilidade, sopesando os serviços desenvolvidos pelo profissional e o interesse econômico em disputa. Deve ser majorada a verba arbitrada em dissonância com essa regra.*

Desta feita, embora a fixação de honorários advocatícios na forma do §4º do artigo 20 do Código de Processo Civil esteja sujeita a um critério subjetivo do juiz, é conveniente que essa verba seja fixada num patamar coerente com o valor da causa, bem como com o trabalho desenvolvido pelo advogado. Portanto, é devida a majoração dos honorários quando estipulados em *quantum* que não condiz com a remuneração justa da atividade advocatícia, como no caso vertente.

Isto posto, dou procedência ao pedido para majorar a verba honorária para o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC.

Em face do exposto, conheço do recurso, dando-lhe parcial provimento tão somente para majorar os honorários advocatícios para o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), mantendo-se os demais termos da sentença invectivada.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em razão do pedido de vista do revisor (Des. Sérgio), após a relatora dar parcial provimento ao recurso, o vogal aguarda.

VOTO (EM 15/12/2015)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Revisor):

Amandio Alfredo Lopes e Clara Lucia Milanez Lopes interpõe recurso de apelação cível contra a sentença proferida nos autos dos embargos à execução opostos em face do Banco do Brasil S.A.

Os apelantes alegam, em síntese, que, uma vez reconhecida a novação, o título primitivo deve ser considerado liquidado, com a consequente extinção do feito executório e exclusão da responsabilidade hipotecária e solidária dos ora apelantes.

A relatora, Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, deu parcial provimento ao recurso tão somente para majorar os honorários advocatícios para R$ 50.000,00

Pedi vista dos autos para melhor apreciação da questão posta em julgamento.

De fato, conforme pontuou a relatora do presente recurso, tendo havido a novação, resta claro que a garantia prestada pelos apelantes quando da assinatura da Cédula de Crédito Comercial remanesce, expressamente, na Escritura Pública de Confissão e Composição de Dívidas com Garantia Hipotecária.

Veja-se, a propósito, trecho do voto do condutor:

> *(...) não obstante a ausência de manifestação expressa do intuito de novar, não está a presumir a novação, mas sim reconhece-la como vontade inequívoca dos litigantes, extraída dos elementos constantes nos autos, já que ocorreu expressamente a substituição de obrigação anterior, qual seja, a Cédula de Crédito Comercial, pela nova, instituída através da Escritura Pública de Confissão e Composição de Dividas com Garantia Hipotecária.*

(...)

(...) Os apelantes figuraram como anuentes hipotecantes na Cédula de Crédito Comercial, obrigação novada pela Escritura Pública de Confissão e Composição de Dívidas com Garantia Hipotecária, na qual se reafirmou tal obrigação. Desta feita, não há que se falar em impenhorabilidade do imóvel, pois se trata de situação enquadrada como exceção à oposição do bem de família.

Não obstante, a hipoteca referia-se a dívida contraída em favor da empresa Plaenco - Planejamento, Engenharia, Comércio e Transportes Ltda., na qual figurava à época como sócio Amandio Alfredo Lopes. Consequentemente, tem-se que a obrigação beneficiou também a entidade familiar constituída pelos apelantes, afastando ainda mais a possibilidade de resguardar o bem discutido.

Ante o exposto, acompanho a relatora para dar parcial provimento ao presente recurso.

Anoto, outrossim, que, com relação aos autos n. 0020380-76.1996.8.12.0001 e 0019673-11.1996.8.12.0001, acompanho igualmente o voto da relatora.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0030957-06.2002.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE – QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS* – POSSIBILIDADE – LAUDO PERICIAL – CONVALIDAÇÃO DAS DÍVIDAS DA SOCIEDADE – JUROS DE MORA – RESTITUIÇÃO DOS BENS SEQUESTRADOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I – A reavaliação dos bens deve incidir somente em relação ao que foi impugnado no primeiro laudo pericial, operando-se a preclusão em relação às avaliações não impugnadas.

II – Realizada a perícia técnica, com objetivo de apurar o real valor de mercado de bens imóveis, os valores apurados na data de sua realização devem prevalecer, não podendo retroagir à época da dissolução da sociedade, porquanto o critério utilizado não se presta para esse fim.

III – Havendo previsão no contrato social, de possibilidade de pagamento dos haveres em bens da sociedade, nada impede que a propriedade do bem sequestrado seja transmitida ao sócio excluído.

IV – Tendo o autor recebido a posse cautelar de bens da sociedade, suficiente para retirada de frutos em quantia equivalente à que perceberia caso lhe fosse pago seus haveres, não há que se falar em incidência de juros de mora. Também não há que se falar em desconto do valor desses frutos do total de seus haveres.

V – A posse dos bens entregues cautelarmente ao sócio excluído, com o objetivo de que deles retire seu sustento enquanto não se resolve a dissolução da sociedade, deve permanecer em seu poder até que haja a liquidação da sentença, com a efetiva apuração e divisão dos haveres.

VI – Não há que se falar em devolução de semoventes que foram entregues cautelarmente ao sócio excluído, se o laudo pericial homologado pelo juízo, deduziu de seus haveres o valor equivalente às reses.

VII – Tendo a sentença distribuído os honorários sucumbenciais de forma equivalente à sucumbência de cada uma das partes, deve ser mantido o *quantum* nela estabelecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Antonio Dituo Hattori e HF Agropecuária Ltda e outros, inconformados com a sentença proferida nos autos da Ação de Dissolução de Sociedade, que o primeiro move em face dos segundos, apelam a este Tribunal.

O apelante, Antonio Dituo Hattori (f. 1182- 1208), afirma que o laudo pericial indicou o valor líquido devido ao apelante, já estando descontado o valor do gado recebido a título de antecipação de tutela, como quitação parcial de seus haveres e, portanto, eventual dedução do crédito do autor das importâncias recebidas a título de pró-labore e usufruto dos bens sociais caracterizaria *bis in idem*.

Aduz que deve ser considerado o fato de que desde a sua retirada da sociedade, em 2002, os apelados dispuseram e usufruíram da quota parte do apelante, sem lhe prestar contas ou pagar quaisquer rendimentos.

Assinala que, com relação à sua cota-parte, deve ser procedido o desconto e abatimento puro e simples dos valores relativos ao pró-labore, às reses e imóvel sequestrado, a partir do efetivo recebimento e posse desses bens, sem prejuízo da correção monetária e incidência de juros de mora, bem como que o pagamento seja feito em bens da sociedade, uma vez que não existe previsão contratual que estipule a forma de pagamento.

Sustenta que os apelados manifestamente estão a protelar o pagamento do crédito do autor, haja vista as diversas vezes em que alegaram nos autos a falta de recursos financeiros para o pagamento da ínfima quantia de R$ 24.080,00 (vinte e quatro mil e oitenta reais) referente aos valores de pró-labores atrasados, mesmo estando na posse de um patrimônio líquido de R$ 10.226.542,22 (dez milhões, duzentos e vinte e seis mil, quinhentos e quarenta e dois reais e vinte e dois centavos), apurado em outubro de 2002.

Salienta que somente mediante ameaça de tipificação penal, foi que os apelados se dispuseram a pagar o valor mensal de R$ 3.440,00 (três mil, quatrocentos e quarenta reais), a título de pró-labore, a partir de maio de 2003, razão pela qual argumenta ser oportuno e justo que o pagamento da cota parte seja realizada por meio de bens imóveis e semoventes da sociedade, descontando-se os bens sequestrados.

Argumenta que os juros de mora devem corresponder ao percentual de 1% ao mês, até o efetivo pagamento.

Enfatiza a afirmação feita pelo perito, de que a contabilização da sociedade foi realizada com base no "valor do passivo mais alto" e que determinados lançamentos, como dívidas bancárias e multas aplicadas pelo Ibama, embora estivessem contabilizadas, poderiam vir a ser reduzidas em caso de composição, ou estar prescritas, ficando a critério do juízo a convalidação ou não da sua aplicação.

Assevera que ao acatar o laudo nesse quesito, o juízo convalidou pretensos débitos que não foram devidamente comprovados e que podem ter seus valores revistos, reduzidos, ou que sequer venham a se concretizar, onerando demasiadamente o autor, que não poderia comprovar o contrário, uma vez que não possui acesso à contabilidade da sociedade, tratando-se da parte mais frágil da demanda.

Sustenta que os referidos débitos devem ser considerados somente por ocasião da liquidação de sentença, caso sua existência e pagamento sejam comprovados de forma inequívoca.

Expõe que os honorários advocatícios devem ser majorados para o percentual de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º, do art. 20, do CPC, bem como que as custas processuais devem ser pagas integralmente pelos apelados.

As contrarrazões foram juntadas às f. 1272-1289.

Os apelantes, HF Agropecuária Ltda e outros, por sua vez (f. 1211-1236), alegam que a sentença recorrida equivocou-se ao homologar o primeiro laudo pericial e rejeitar o laudo às f. 864-912, pois, segundo informado pelo perito, neste último foram adotados critérios na elaboração do cálculo a fim de retroagir o valor apurado pela perícia de engenharia até a data do Balanço Patrimonial Ajustado, ou seja, cálculos e datas considerados no primeiro laudo, apurando o valor de mercado das propriedades.

Sustenta que o laudo rejeitado ilustra melhor a situação patrimonial da sociedade, pois além dos registros contábeis, considerados no primeiro laudo, apoiou-se, também, na perícia de engenharia.

Aduz que o primeiro laudo não foi alterado pelo laudo posterior, mas complementado, com informações mais precisas, e que por essa razão apresentou resultado diferente, relativo à avaliação das propriedades rurais.

Alega que, ao contrário do que entendeu o magistrado, não houve erro por parte do perito ao reavaliar as cinco propriedades rurais, pois se apenas a Fazenda São José do Baú fosse reavaliada o resultado seria incompleto, e não retrataria a realidade patrimonial da empresa, não fazendo sentido que a dita fazenda fosse avaliada com o critério de engenharia e as demais com o critério contábil.

Sustenta que não é razoável a condenação ao pagamento de juros de mora, uma vez que o autor/apelado recebeu por um certo período, mensalmente, valores a título de pró-labore, bem como exerceu o usufruto de um imóvel rural e de reses de propriedade da sociedade, que lhes foram entregues através de uma das cautelares interpostas.

Afirma que os juros moratórios somente seriam cabíveis depois de constituído o título executivo e fixado o valor do crédito que possa vir a ser reconhecido ao apelado, pois a regra do art. 219, do CPC, comporta temperamento, não podendo se acarretar à sociedade ré o ônus de suportar a incidência de juros de mora desde a citação.

Aduz que segundo o art. 396, do Código Civil, o devedor não incorre em mora se não houver fato ou omissão que lhe seja imputável, portanto, não há que se falar em mora até que se proceda com a liquidação dos haveres do sócio retirante.

Expõe que a fazenda entregue cautelarmente ao apelado, para que dela retirasse sua subsistência enquanto não apurados os haveres decorrentes da dissolução da sociedade, deve ser restituída, haja vista que foi recebida a título precário.

No tocante ao pagamento dos haveres, sustenta que a cláusula 12ª do contrato social, consigna que o valor deve ser pago em dinheiro, mediante depósito nos autos, em 10 (dez) parcelas, com carência de 90 (noventa) dias, modo pelo qual deve se dar o pagamento, minimizando os efeitos da descapitalização da empresa.

Argumenta que os honorários advocatícios devem ser reduzidos, pois não houve qualquer esforço que justificasse valor tão elevado, bem como que devem ser arbitrados honorários em favor dos advogados dos réus/apelantes, eis que houve a concordância quanto a dissolução da sociedade, tendo o litígio se instaurado apenas com relação ao valor a ser pago.

Contrarrazões às f. 1243-1270.

VOTO (EM 15/12/2015)

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Tratam-se de recursos de apelação, interpostos por Antonio Dituo Hattori e por HF Agropecuária Ltda e outros, contra a sentença proferida nos autos da Ação de Dissolução de Sociedade, que o primeiro move em face dos segundos.

O dispositivo da sentença invectivada restou assim redigido:

> *"De tais asserções extrai-se que o pedido formulado nas ações cautelares deve ser parcialmente acolhido, nos exatos termos dos acórdãos proferidos pela Corte ad quem, por força do disposto no art. 512 do Código de Processo Civil.*
>
> *Para evitar o enriquecimento sem causa do demandante, as importâncias em questão poderão ser abatidas dos haveres mencionados alhures, o que poderá ser feito em sede de liquidação de sentença.*
>
> *Eventual saldo remanescente será pago por meio de cumprimento de sentença.*
>
> *Pelas razões expostas, na forma do art. 269, II, do Código de Processo Civil, decreto a dissolução parcial da mencionada sociedade, com a exclusão do autor de seu quadro societário, com efeitos a partir de 31.10.2002.*
>
> *No que se refere à apuração de haveres, homologo o laudo pericial de f. 239-337, inclusive no que se refere à correção monetária e aos juros de mora, que devem incidir até o efetivo pagamento do saldo credor do demandante, que, em 31.10.2002, era de R$ 2.258.639,29 (dois milhões, duzentos e cinquenta e oito mil, seiscentos e trinta e nove reais e vinte e nove centavos).*
>
> *Doutra banda, julgo parcialmente procedente o pedido formulado nas ações cautelares n. 0831662-68.2002.8.12.0001 e 0117170-78.2003.8.12.0001, nos exatos termos dos referidos acórdãos proferidos pelo egrégio Tribunal de Justiça, nos termos do art. 512 do Código de Processo Civil.*
>
> *As importâncias auferidas pelo autor no decorrer dos processos ora sentenciados, a título de pró-labore e pelo usufruto dos bens sociais (imóvel rural e reses), poderão ser abatidas dos haveres mencionados alhures em sede de liquidação de sentença, corrigidas monetariamente pelo IGP-M/FGV desde o recebimento, sem juros de mora.*
>
> *Com base nos princípios da causalidade e da sucumbência, condeno os réus ao pagamento de 70% das custas e despesas processuais da lide principal e das cautelares, bem como com os honorários advocatícios do patrono do autor, que, com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R$ 150.000,00 pela atuação em todas as ações.*
>
> *Arcará o autor com os 30% restantes das custas e despesas processuais, mas não com honorários advocatícios, pois a fixação da referida verba em favor de seu patrono já considerou a compensação prevista no art. 21 do Código de Processo Civil e na súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *Traslade-se cópia desta sentença às apensas ações cautelares n. 0831662-68.2002.8.12.0001 e 0117170-78.2003.8.12.0001.*

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquivem-se, oficiando-se à Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – Jucems, para que, em 48 horas, promova a averbação desta sentença no registro correspondente."

Tendo em vista o entrelaçamento entre as matérias alegadas pelos apelantes, passo a decidir conjuntamente os pontos controvertidos.

A meu ver os recursos interpostos merecem parcial provimento.

Do laudo pericial

No tocante à avaliação dos imóveis pertencentes à sociedade ré, compulsando os autos, observa-se que no primeiro laudo pericial (f. 239-337), a Fazenda São José do Baú havia sido avaliada em R$ 9.242,280,00 (nove milhões, duzentos e quarenta e dois mil e duzentos e oitenta reais) e o total estimado de todas as propriedade avaliadas seria de R$ 13.657.050,00 (treze milhões, seiscentos e cinquenta e sete mil e cinquenta reais).

Na ocasião, os requeridos/apelantes, impugnaram somente a avaliação da Fazenda São José do Baú, tendo afirmado expressamente que concordavam com as avaliações dos demais imóveis (f. 339-341).

A complementação da avaliação da referida fazenda foi determinada pelo juízo às f. 650 e 744.

No entanto, apesar de ter sido impugnada e determinada a reavaliação apenas da Fazenda São José do Baú, no laudo de f. 864-912, houve a reavaliação de todos os imóveis rurais pertencentes à sociedade ré, ocasião em que o perito concluiu que o valor de mercado da Fazenda São José do Baú, em 31/10/2010, era de R$ 4.703.807,06 (quatro milhões, setecentos e três mil, oitocentos e sete reais e seis centavos), e o total estimado das propriedade avaliadas seria de R$ 6.950.679,73 (seis milhões, novecentos e cinquenta mil, seiscentos e setenta e nove reais e setenta e três centavos).

Além disso, retroagiu o valor de cada imóvel à data de 31/10/2002, aplicando índices de correção monetária, para concluir que o valor total de tais bens, alcançava a quantia de R$ 3.964.088,75 (três milhões, novecentos e sessenta e quatro mil e oitenta e oito reais e setenta e cinco centavos), extrapolando por completo a determinação judicial, que se limitava ao único item impugnado do primeiro laudo, ou seja a avaliação da fazenda São José do Baú.

Ao se manifestarem sobre referido laudo, os requeridos tornaram a afirmar expressamente que haviam discordado somente da avaliação da Fazenda São José do Baú (f. 945), entretanto, requereram a homologação do valor final apurado no laudo às f. 864-912, mesmo tendo a reavaliação incidido sobre todos os demais imóveis, e aplicados critérios de correção para retroagir o valor desses bens.

Posteriormente, o juízo determinou que se realizasse a avaliação da Fazenda Capão Verde e dos bens pertencentes ao Hotel Pousada Arara Azul (f. 984), sobre os quais nada mencionou a sentença, tampouco os apelantes em suas razões recursais.

Os requeridos/apelantes, afirmam que o laudo pericial de f. 864-912 deve ser acatado pois ilustra melhor a situação patrimonial da sociedade.

Pois bem. A meu ver, o laudo pericial juntado às f. 864-912, deve ser acolhido em parte. Isto porque, ao se utilizar dos critérios de engenharia, pelo qual avaliou-se as características relevantes do imóvel, como localização, roteiro de acesso, tipo de solo, construções e benfeitorias, além dos critérios contábeis utilizados no primeiro laudo, possibilitou que as informações prestadas fossem mais precisas.

Todavia, conforme acima exposto, o primeiro laudo foi impugnado unicamente com relação à avaliação da Fazenda São José do Baú, de forma que com relação aos demais imóveis avaliados no primeiro laudo, assim como em relação à perícia contábil, operou-se a preclusão temporal.

Deste modo, o laudo de f. 864-912 deve ser acolhido tão somente com relação ao valor da avaliação da Fazenda São José do Baú, mantendo-se incólume os valores relativos às demais avaliações realizadas no laudo de f. 239-337, bem como o valor apurado em 31.01.2010, não deve retroagir como fez a perícia, porquanto o critério utilizado não se presta para afirmar que seria o valor de mercado à época da dissolução da sociedade (31.10.2002), até porque, esse critério (valor de mercado) foi determinante para o juiz acolher o pedido de nova avaliação.

Assim, como à época não foi utilizado tal critério e não haveria como conhecer o real valor naquele tempo, deve prevalecer o valor de mercado encontrado em 31.01.2010, data da elaboração do terceiro laudo.

Insta ressaltar que o acolhimento da reavaliação da Fazenda São José do Baú não importa, como pretendem os réus/apelantes, em reconhecimento do valor de R$ 871.624,48, apurado no laudo de f. 864-912, como sendo a quantia devida ao requerente/apelado, pois conforme esclarecido, o referido laudo reavaliou indevidamente as demais propriedades, sendo nítido que o valor nele apurado não corresponde à quantia devida ao autor, que deverá ser calculada com base no primeiro laudo, observado apenas a alteração do valor da avaliação da Fazenda São José do Baú realizada no laudo de f. 864-912, substituindo-se a quantia de R$ 9.242.280,00 (nove milhões, duzentos e quarenta e dois mil, duzentos e oitenta reais) pelo valor de R$ 4.703.807,06 (quatro milhões, setecentos e três mil, oitocentos e sete reais e seis centavos).

Da forma de pagamento.

Os requeridos/apelantes HF Agropecuária Ltda e outros sustentam que o valor dos haveres do autor deverão ser pagos na forma da cláusula 12ª do contrato social à f. 26.

Neste ponto, não lhes assiste razão.

A referida cláusula diz respeito à hipótese de falecimento ou interdição de qualquer dos diretores da sociedade, caso em que, não havendo interesse dos herdeiros em participarem da sociedade, as quotas deveriam ser pagas em dez prestações iguais e sucessivas, vencendo-se a primeira após noventa dias.

Contudo, no caso vertente, o pagamento dos haveres deve ocorrer com base na forma estabelecida na cláusula décima quarta, que assim dispõe:

> *"Ocorrendo a vontade unânime de dissolução ou extinção da sociedade, o patrimônio social será atribuído aos sócios na direta razão de suas respectivas participações sociais. Nada impede, observados os parâmetros impostos pelo INCRA, tratando-se de imóveis rurais, que os sócios recebam, na hipótese desta cláusula, propriedade como ou sem benfeitorias. Sendo impossível a partilha por fatores estranhos à vontade dos sócios, sempre amigavelmente buscar-se-á uma forma de atribuição." grifei.*

Isto porque, em que pese o fato do autor ter ingressado com a ação de dissolução de sociedade, observa-se pelo, teor da contestação ofertada, que os réus/apelantes alegaram a ilegitimidade passiva dos sócios Hugo Rodrigues Freire e Pedro Tutomo Hattoti, bem como a falta de interesse de agir do autor, em razão de que já fora excluído da sociedade, por meio de decisão dos sócios remanescentes, ora requeridos/apelantes, quando da nona alteração contratual, sob o argumento de estar agindo em atenção a um pedido formulado em notificação extrajudicial enviada pelo autor, bem como em razão da quebra da *affectio societatis,* além de que os sócios remanescentes da sociedade ré estavam à disposição para acertar os haveres do autor.

Posto isso, não há que se falar que os réus, posteriormente à propositura da ação, não tenham concordado com a dissolução da sociedade, de modo que se tornou plenamente aplicável a cláusula 14ª do contrato social e, portanto, em função do princípio da força obrigatória dos contratos, conforme reconhecido pelos próprios requeridos/apelantes nas razões recursais, o pagamento dos haveres deve ocorrer de acordo com a cláusula décima quarta do contrato social, acima transcrita, que permite que os haveres sejam pagos por meio de bens da sociedade.

Feita essa consideração, nada impede que a propriedade do bem imóvel sequestrado seja transmitida definitivamente para o autor, caso na liquidação de sentença se verifique que o total do valor dessa propriedade corresponde total ou parcialmente ao valor de seus haveres, ou, caso o valor seja superior, que seja possível a divisão da parte ideal.

Aliás, insta salientar que a fazenda sequestrada deve permanecer em posse do autor Antonio Dituo Hattori até que haja a liquidação da sentença e efetiva apuração e divisão dos haveres, pois os motivos que ensejaram o deferimento do pedido de sequestro ainda permanecem incólumes, quais sejam, possibilitar ao autor que retire o seu sustento através dos frutos dos bens cuja posse lhe foi entregue cautelarmente, em substituição ao recebimento do valor equivalente ao pró-labore deferido na ação cautelar inominada.

Outrossim, o laudo pericial à f. 239-337 foi claro ao mencionar que o valor referente ao gado sequestrado já foi deduzido do total apurado como devido ao autor por seus haveres (f. 259), motivo pelo qual não há que se falar em devolução das reses, e por óbvio, nem em abatimento do crédito apurado no primeiro laudo pericial, com a correção que acima se menciona (alteração do valor da Fazenda São José do Baú).

Da convalidação das dívidas

O autor/apelante expõe que o laudo pericial apontou que determinados lançamentos realizados no laudo pericial referente ao "passivo da sociedade", como multas aplicadas pelo Ibama, poderiam vir a ser deduzidas em caso de composição, ou estar prescritas, ficando a critério do juízo a convalidação ou não de sua aplicação. Requer que os referidos débitos sejam considerados somente por ocasião da liquidação de sentença.

A meu ver, o requerimento não comporta acolhimento.

As dívidas apontadas no laudo do perito, estavam consolidadas ao tempo da retirada do sócio da empresa e integram o Balanço Patrimonial Ajustado, efetivado à época, tal como prevê a norma legal que rege a matéria (art. 1031, do CC).

Inviável se mostra condicionar o passivo da empresa a eventos futuros e incertos, como pretende do autor-apelante, mormente quando qualquer das hipóteses por ele mencionadas não se restringem à esfera de disponibilidade da empresa ré.

Por conseguinte, deve prevalecer o quanto decidido neste tópico na sentença questionada.

Dos juros de mora.

Vislumbra-se que o autor foi excluído da sociedade na data de 31/10/2002, conforme nona alteração contratual às f. 74-76 e somente em maio do ano de 2003 foi que passou a receber a quantia mensal de R$ 3.440,00 (três mil, quatrocentos e quarenta reais) a título de pró-labore e, posteriormente, foram-lhe entregues as posses dos bens sequestrados, ficando consignado que seus frutos substituiriam o referido pagamento mensal.

Deste modo, em razão do recebimento pelo autor dos valores a título de pró-labore e do usufruto dos bens sequestrados, a partir de maio de 2003, não há que se falar em mora dos devedores.

Todavia, há que se consignar que os valores referentes aos pró-labores e aos frutos colhidos pelo uso dos bens sequestrados não devem ser descontados do valor dos haveres do autor. Isto porque, caso os réus tivessem procedido com o devido pagamento de seus haveres, há treze anos atrás, os mesmos frutos estariam sendo por ele colhidos.

Assim, para que se pudesse admitir o desconto dos valores do pró-labore e dos frutos colhidos pelo autor (o que demandaria nova colheita de provas), necessariamente se deveria reconhecer a mora.

Portanto, o único valor a ser deduzido do crédito do autor é o valor referente à fazenda sequestrada, caso a propriedade lhe seja transmitida definitivamente, porquanto o valor das reses já foi descontado no laudo pericial.

Dos honorários e custas processuais

A sentença combatida fixou os honorários sucumbenciais em favor do patrono do autor, no valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), já considerada a compensação, pela atuação em todas as ações, quais sejam, a presente ação de dissolução de sociedade, a cautelar inominada e a cautelar de sequestro, ambas em apenso, bem como condenou os réus ao pagamento de 70% das custas e despesas processuais e o autor ao pagamento de 30%.

O autor/apelante pretende a majoração dos honorários para o percentual equivalente a 20% do valor da condenação, assim como, em razão de sua sucumbência mínima, bem como que os requeridos sejam condenados ao pagamento da totalidade do valor das custas e despesas processuais.

Os requeridos/apelantes requerem a minoração dos honorários arbitrados em favor do patrono do autor e o arbitramento de honorários na mesma proporção em favor de seus patronos.

Pois bem. Da análise dos autos, percebe-se que, nos autos principais, os requeridos foram vitoriosos somente em relação à não incidência dos juros de mora e ao acolhimento parcial do laudo pericial às f. 864-912, tão somente com relação à avaliação da Fazenda São José do Baú.

O autor, por sua vez, logrou êxito em relação à dissolução da sociedade; ao acolhimento do primeiro laudo pericial com relação à todas as demais avaliações, com exceção unicamente da avaliação da Fazenda São José do Baú; em relação à manutenção na posse da fazenda sequestrada, até o efetivo pagamento de seus haveres e, quanto a possibilidade de pagamento dos haveres em bens da sociedade.

Na ação cautelar inominada, o autor foi vitorioso quanto a concessão, em sede de liminar, ao recebimento de valor mensal a título de pró-labore, sucumbindo quanto aos demais pedidos, também em sede de liminar, por ter o juízo considerado-os juridicamente impossíveis.

Na ação cautelar de sequestro, o autor obteve êxito quanto ao sequestro e nomeação como depositário de uma das fazendas da sociedade e algumas cabeças de gado. Os requeridos somente obtiveram deferimento quanto ao pedido alternativo, para que, em consequência do sequestro dos bens, fossem exonerados do pagamento mensal a título de pró-labore.

Assim, visto que o autor decaiu de parte mínima dos pedidos referente às três demandas, o requerente e os requeridos deverão responder pelas custas e despesas processuais nos moldes definidos na sentença recorrida, que distribuiu esses ônus entre as partes, de forma equivalente à sucumbência de cada um deles.

Quanto a fixação dos honorários advocatícios, na forma prevista no art. 20, § 3º, do CPC é certo que, pode o julgador fixa-los conforme sua apreciação equitativa.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. EXCEPCIONALIDADE. DESVINCULAÇÃO COM O VALOR DA CAUSA. ANÁLISE DA COMPLEXIDADE DA CAUSA E DO TRABALHO DESENVOLVIDO PELO ADVOGADO. SÚMULA 7/STJ.1.* ***A orientação da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, para o arbitramento da verba honorária, o julgador, na sua apreciação subjetiva, pode utilizar-se de percentuais sobre o valor da causa ou da condenação, ou mesmo de um valor fixo, não se restringindo aos percentuais previstos no § 3º do art. 20 do CPC.*** *2. A revisão dos honorários fixados demanda, em regra, dilação fática e probatória, providência incompatível com a natureza do recurso especial, salvo nos casos de irrisoriedade ou exorbitância. 3. Por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp 532.550/RJ, realizado pela Segunda Turma, na assentada de 2/10/2014, convencionou-se que a desproporção entre o valor da causa e o arbitrado a título de honorários advocatícios não denota, necessariamente, irrisoriedade ou exorbitância da verba honorária, que deve se pautar na análise da efetiva complexidade da causa e do trabalho desenvolvido pelo causídico no patrocínio dos interesses de seu cliente, providência que demandaria, na espécie, revisão da prova (Súmula 7/STJ).4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 1501947/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 29/06/2015)"

Desta feita, considerando que tal verba foi fixada levando em consideração a compensação dos honorários e, ainda, diante da alteração promovida neste recurso, entendo que a quantia arbitrada prestigia o trabalho desenvolvido pelos causídicos e se pauta na análise da complexidade da causa e do tempo transcorrido para a solução da demanda, devendo permanecer no patamar arbitrado na sentença.

Ante todo o exposto, dou parcial provimento aos recursos de apelação interpostos por Antonio Dituo Hattori e HF Agropecuária Ltda e outros, para o fim de: a) acolher o laudo de f. 864-912 tão somente com relação ao valor da avaliação da Fazenda São José do Baú, nos moldes acima delineados, mantendo-se incólume os valores relativos às demais avaliações realizadas no laudo de f. 239-337; b) determinar que a posse dos bens sequestrados permaneçam com o autor, até que se resolva a liquidação da sentença, com efetiva apuração e divisão dos haveres; c), determinar que o pagamento dos haveres possa ocorrer em dinheiro ou por meio dos bens/imóveis da sociedade ré, inclusive com o que se encontra cautelarmente em posse do autor; d) excluir os juros de mora; e) determinar o abatimento de forma simples somente em relação ao valor da fazenda sequestrada, caso a propriedade seja transmitida definitivamente ao autor em pagamento de seus haveres, consignando-se que o valor das reses já foram deduzidas no laudo pericial, mantendo-se incólume os demais termos da sentença vergastada.

Conclusão de julgamento adiada para a Sessão de 02/02/2016, em razão do pedido de vista formulado pelo revisor (Des. Sérgio), após a relatora ter dado parcial provimento aos recursos, o vogal aguarda.

VOTO (EM 16/02/2016)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Revisor)

Antônio Dituo Hattori e HF Agropecuária Ltda e outros, respectivamente, todos inconformados com a sentença proferida nos autos da Ação de Dissolução de Sociedade que o primeiro move em face dos últimos, apelam a este Tribunal.

Antônio Dituo Hattori (f. 1182- 1208), o primeiro recorrente, afirma, em suma, que (i) o laudo pericial indicou o valor líquido devido ao apelante, já estando descontado o valor do gado recebido a título de antecipação de tutela, como quitação parcial de seus haveres e, portanto, eventual dedução do crédito do autor das importâncias recebidas a título de pró-labore e usufruto dos bens sociais caracterizaria *bis in idem*; (ii) deve ser considerado o fato de que desde a sua retirada da sociedade, em 2002, os apelados dispuseram e usufruíram da quota parte do apelante, sem lhe prestar contas ou pagar quaisquer rendimentos; (iii) com relação à sua cota-parte, deve ser procedido o desconto e abatimento puro e simples dos valores relativos ao pró-labore, às reses e imóvel sequestrado, a partir do efetivo recebimento e posse desses bens, sem prejuízo da correção monetária e incidência de juros de mora, bem como que o pagamento seja feito em bens da sociedade, uma vez que não existe previsão contratual que estipule a forma de pagamento; (iv) os apelados manifestamente estão a protelar o pagamento do crédito do autor, haja vista as diversas vezes em que alegaram nos autos a falta de recursos financeiros para o pagamento da ínfima quantia de R$ 24.080,00 (vinte e quatro mil e oitenta reais) referente aos valores de pró-labores atrasados, mesmo estando na posse de um patrimônio líquido de R$ 10.226.542,22 (dez milhões, duzentos e vinte e seis mil, quinhentos e quarenta e dois reais e vinte e dois centavos), apurado em outubro de 2002; (v) somente mediante ameaça de tipificação penal foi que os apelados se dispuseram a pagar o valor mensal de R$ 3.440,00 (três mil, quatrocentos e quarenta reais), a título de pró-labore, a partir de maio de 2003, razão pela qual argumenta ser oportuno e justo que o pagamento da cota parte seja realizada por meio de bens imóveis e semoventes da sociedade, descontando-se os bens sequestrados; (vi) os juros de mora devem corresponder ao percentual de 1% ao mês, até o efetivo pagamento; (vii) a afirmação feita pelo perito, de que a contabilização da sociedade foi realizada com base no "valor do passivo mais alto" e que determinados lançamentos, como dívidas bancárias e multas aplicadas pelo Ibama, embora estivessem contabilizadas, poderiam vir a ser reduzidas em caso de composição, ou estar prescritas, ficando a critério do juízo a convalidação ou não da sua aplicação; (viii) ao acatar o laudo nesse quesito, o juízo convalidou pretensos débitos que não foram devidamente comprovados e que podem ter seus valores revistos, reduzidos, ou que sequer venham a se concretizar, onerando demasiadamente o autor, que não poderia comprovar o contrário, uma vez que não possui acesso à contabilidade da sociedade, tratando-se da parte mais frágil da demanda; (ix) os referidos débitos devem ser considerados somente por ocasião da liquidação de sentença, caso sua existência e pagamento sejam comprovados de forma inequívoca; e (x) os honorários advocatícios devem ser majorados para o percentual de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º, do art. 20, do CPC, bem como que as custas processuais devem ser pagas integralmente pelos apelados.

Por sua vez, os apelantes HF Agropecuária Ltda. e outros (fls. 1211-1236) alegam em suas razões recursais, em suma, que (i) a sentença recorrida equivocou-se ao homologar o primeiro laudo pericial e rejeitar o laudo às fls. 864-912, pois, segundo informado pelo perito, neste último foram adotados critérios na elaboração do cálculo a fim de retroagir o valor apurado pela perícia de engenharia até a data do Balanço Patrimonial Ajustado, ou seja, cálculos e datas considerados no primeiro laudo, apurando o valor de mercado das propriedades; (ii) o laudo rejeitado ilustra melhor a situação patrimonial da sociedade, pois além dos registros contábeis, considerados no primeiro laudo, apoiou-se, também, na perícia de engenharia; (iii) o primeiro laudo não foi alterado pelo laudo posterior, mas complementado, com informações mais precisas, e que por essa razão apresentou resultado diferente, relativo à avaliação das propriedades rurais; (iii) ao contrário do que entendeu o magistrado, não houve erro por parte do perito ao reavaliar as cinco propriedades rurais, pois se apenas a Fazenda São José do Baú fosse reavaliada o resultado seria incompleto, e não retrataria a realidade patrimonial da empresa, não fazendo sentido que a dita fazenda fosse avaliada com o critério de engenharia e as demais com o critério contábil; (iv) não é razoável a condenação ao pagamento de juros de mora, uma vez que o autor/apelado recebeu por um certo período, mensalmente, valores a título de pró-labore, bem como exerceu o usufruto de um imóvel rural e de reses de propriedade da sociedade, que lhes foram entregues através de uma das cautelares interpostas; (v) os juros moratórios somente seriam cabíveis depois de constituído o título executivo e

fixado o valor do crédito que possa vir a ser reconhecido ao apelado, pois a regra do art. 219, do CPC, comporta temperamento, não podendo acarretar à sociedade ré o ônus de suportar a incidência de juros de mora desde a citação; (vi) segundo o art. 396, do Código Civil, o devedor não incorre em mora se não houver fato ou omissão que lhe seja imputável, portanto, não há falar em mora até que se proceda com a liquidação dos haveres do sócio retirante; (vii) a fazenda entregue cautelarmente ao apelado, para que dela retirasse sua subsistência enquanto não apurados os haveres decorrentes da dissolução da sociedade, deve ser restituída, haja vista que foi recebida a título precário; (viii) no tocante ao pagamento dos haveres, sustenta que a cláusula 12ª do contrato social, consigna que o valor deve ser pago em dinheiro, mediante depósito nos autos, em 10 (dez) parcelas, com carência de 90 (noventa) dias, modo pelo qual deve se dar o pagamento, minimizando os efeitos da descapitalização da empresa; e (ix) os honorários advocatícios devem ser reduzidos, pois não houve qualquer esforço que justificasse valor tão elevado, bem como que devem ser arbitrados honorários em favor dos advogados dos réus/apelantes, eis que houve a concordância quanto a dissolução da sociedade, tendo o litígio se instaurado apenas com relação ao valor a ser pago.

A relatora, Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, deu parcial provimento *"(...) aos recursos de apelação interpostos por Antonio Dituo Hattori e HF Agropecuária Ltda e outros, para o fim de: a) acolher o laudo de f. 864-912 tão somente com relação ao valor da avaliação da Fazenda São José do Baú, nos moldes acima delineados, mantendo-se incólume os valores relativos às demais avaliações realizadas no laudo de f. 239-337; b) determinar que a posse dos bens sequestrados permaneçam com o autor, até que se resolva a liquidação da sentença, com efetiva apuração e divisão dos haveres; c), determinar que o pagamento dos haveres possa ocorrer em dinheiro ou por meio dos bens/imóveis da sociedade ré, inclusive com o que se encontra cautelarmente em posse do autor; d) excluir os juros de mora; e) determinar o abatimento de forma simples somente em relação ao valor da fazenda sequestrada, caso a propriedade seja transmitida definitivamente ao autor em pagamento de seus haveres, consignando-se que o valor das reses já foram deduzidas no laudo pericial, mantendo-se incólume os demais termos da sentença vergastada".*

Não obstante ter revisado o feito, tive pouco tempo para analisar as complexas e extensas questões postas em julgamento, razão pela qual pedi vistas do processo.

Os recursos, com efeito, tal qual conclusão a que chegou o voto condutor, merecem tão só parcial provimento.

Por primeiro, anoto que o laudo pericial de fls. 864-912 deve, de fato, ser acolhido em parte, isto porque ao se utilizar dos critérios de engenharia, pelo qual avaliou-se as características relevantes do imóvel, tais como localização, roteiro de acesso, tipo de solo, construções e benfeitorias, além dos critérios contábeis utilizados no primeiro laudo, o mesmo possibilitou que as informações prestadas fossem mais precisas.

Todavia, conforme acima exposto, o primeiro laudo foi impugnado unicamente com relação à avaliação da Fazenda São José do Baú, de forma que, com relação aos demais imóveis avaliados no primeiro laudo, assim como em relação à perícia contábil, operou-se a preclusão temporal.

Deste modo, o laudo de fls. 864-912 deve ser aceito tão somente com relação ao valor da avaliação da Fazenda São José do Baú, mantendo-se incólume os valores relativos às demais avaliações realizadas no laudo de fls. 239-337, sendo que o valor apurado em 31.1.2010 não deve retroagir como determinou a perícia, porquanto o critério utilizado não se presta para afirmar que seria o valor de mercado à época da dissolução da sociedade (31.10.2002), até porque esse critério (valor de mercado) foi determinante para o juiz acolher o pedido de nova avaliação.

Destarte, como à época não foi utilizado o referido critério e não haveria como se conhecer o real valor naquele tempo, deve prevalecer o valor de mercado encontrado em 31.1.2010, data da elaboração do terceiro laudo.

Os requeridos/apelantes HF Agropecuária Ltda. e outros, por seu turno, sustentam que o valor dos haveres do autor deverão ser pagos na forma da cláusula 12ª do contrato social de f. 26.

Razão não lhes assiste.

No caso, o pagamento dos haveres, ao contrário do que afirmam, deve ocorrer com base na forma estabelecida na cláusula décima quarta, que assim dispõe:

> *Ocorrendo a vontade unânime de dissolução ou extinção da sociedade, o patrimônio social será atribuído aos sócios na direta razão de suas respectivas participações sociais. Nada impede, observados os parâmetros impostos pelo Incra, tratando-se de imóveis rurais, que os sócios recebam, na hipótese desta cláusula, propriedade com ou sem benfeitorias. Sendo impossível a partilha por fatores estranhos à vontade dos sócios, sempre amigavelmente buscar-se-á uma forma de atribuição.*

Ora, em que pese o fato de o autor ter ingressado com a ação de dissolução de sociedade, observo que, pelo teor da contestação ofertada, os réus/apelantes alegaram a ilegitimidade passiva dos sócios Hugo Rodrigues Freire e Pedro Tutomo Hattoti, bem como a falta de interesse de agir do autor, em razão de que ele já fora excluído da sociedade por meio de decisão dos sócios remanescentes, os ora requeridos/apelantes, quando da nona alteração contratual, sob o argumento de estar agindo em atenção a um pedido formulado em notificação extrajudicial enviada pelo autor, bem como em razão da quebra da *affectio societatis*, além de que os sócios remanescentes da sociedade ré colocaram-se, consoante alegam, sempre à disposição para acertar os haveres do autor.

Assim, não há falar que os réus, posteriormente à propositura da ação, não tenham concordado com a dissolução da sociedade, de modo que se tornou plenamente aplicável a cláusula 14ª do contrato social e, portanto, em função do princípio da força obrigatória dos contratos, conforme reconhecido pelos próprios requeridos/apelantes nas razões recursais, o pagamento dos haveres deve ocorrer de acordo com a referida cláusula décima quarta do contrato social, acima transcrita, a qual permite, inclusive, que os haveres sejam pagos por meio de bens da sociedade.

Observo, ainda, que as dívidas apontadas no laudo do perito, encontravam-se consolidadas ao tempo da retirada do sócio da empresa e integram o Balanço Patrimonial Ajustado, efetivado à época, tal como prevê a norma legal que rege a matéria (art. 1031, do CC).

Inviável, portanto, querer-se condicionar o passivo da empresa a eventos futuros e incertos, como pretende o autor, mormente quando quaisquer das hipóteses por ele mencionadas não se restringem à esfera de disponibilidade da empresa ré.

Assim, deve prevalecer o quanto decidido neste tópico na sentença questionada.

Outrossim, não se pode falar em aplicação de juros de mora, mas, no caso, apenas em correção monetária, eis que, como a própria sentença afirma, o autor garantiu-se através do gado que recebeu, dos valores que lhe foram pagos mensalmente por um certo período e pela posse da fazenda que lhe foi entregue por força de uma das cautelares.

Destarte, não é razoável pagar juros se o autor está na posse dos mencionados bens.

O valor devido deverá ser corrigido, sem juros de mora, sendo que estes últimos deverão incidir somente após a liquidação.

Por fim, o autor decaiu de parte mínima dos pedidos referente às três demandas, razão pela qual os requeridos deverão responder pelas custas e despesas processuais nos moldes definidos na sentença recorrida, que distribuiu o ônus entre as partes, de forma equivalente à sucumbência de cada um deles (70% réus e 30% autor).

Contudo, entendo que os honorários advocatícios fixados em R$ 150.000,00 devem ser majorados para R$ 300.000,00, dado à complexidade e o expressivo valor da causa.

Ante o exposto, acompanho a relatora e, como afirmado, dou parcial provimento aos recursos, ainda que em maior extensão, nos termos do voto condutor e ainda para aumentar o valor dos honorários advocatícios para R$ 300.000,00.

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental nº 1410268-02.2015.8.12.0000/50000 - Corumbá
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR CONCEDIDA – SUSPENSÃO DE FUNCIONAMENTO DE BOATE – AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO DAS OBRAS DE REFORMA E AMPLIAÇÃO PELA MUNICIPALIDADE BEM COMO DE REGULARIZAÇÃO JUNTO AO CORPO DE BOMBEIROS – DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA – AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS QUE INFIRMEM A DECISÃO AGRAVADA – MANTIDA

A decisão ora agravada constatou estarem presentes os requisitos ensejadores da concessão de medida liminar na Ação Civil Pública, residindo o *fumus boni iuris* nas irregularidades já apontadas tanto na decisão ora agravada quanto na decisão de primeiro grau – ausência de aprovação das obras de reforma e ampliação pela municipalidade, bem como de regularização junto ao Corpo de Bombeiros de Mato Grosso do Sul.

Não trazendo o agravo regimental argumentos que infirmem ou que sejam capazes de demonstrar erro da decisão agravada, a sua manutenção é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Correa & Martins Ltda - ME, inconformado com a decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento n.º 141026802.2015.8.12.0000, que interpôs em desfavor de Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe o presente regimental.

O agravante pretende a reforma da decisão que negou seguimento ao agravo interposto, ante sua manifesta improcedência. Aduz, inicialmente, inaplicabilidade do art. 557, *caput*, do CPC, ante a pertinência dos fundamentos utilizados no pedido de revogação da tutela antecipada concedida pelo juízo *a quo*.

Sustenta, ainda, que esta Relatora entendeu estarem presentes os requisitos ensejadores da medida de urgência e, por isso, sequer teria analisado os documentos no presente caso, pois foram trazidas plantas e projetos, bem como alvará de levantamento expedido pelo Município e alvará provisório expedido pelo Corpo de Bombeiros.

Defende que o pedido de interdição do estabelecimento comercial foi baseado em laudo confeccionado por engenheiros do Município e sem qualquer embasamento legal, assim como que todos os documentos atinentes à construção, reforma, instalações elétricas e projeto aprovado pelo Corpo de Bombeiros foram apresentados ao juízo de primeiro grau.

Por fim, por entender ausentes os requisitos necessários à manutenção da antecipação de tutela, requer a reconsideração da decisão agravada com a revogação da liminar concedida na Ação Civil Pública, permitindo o regular funcionamento do estabelecimento comercial, ou, acaso assim não seja entendido, o provimento do recurso, pelas razões apresentadas.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

O presente regimental não merece prosperar.

Na decisão agravada, restou assentado o seguinte:

> *"(...)*
>
> *Inicialmente, necessário esclarecer que em se tratando de Ação Civil Pública, as tutelas de urgência provisórias (liminares) podem ser de natureza cautelar (assecuratória), ou de natureza antecipatória (satisfativa), onde, no primeiro caso, os pressupostos são os mesmos das ações cautelares, quais sejam o fumus boni iuris e o periculum in mora, enquanto que nas liminares de natureza satisfativa os pressupostos são os mesmos previstos no art. 273 do CPC.*
>
> *Assim, no presente caso, para a concessão da liminar é imprescindível a existência de prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou ainda, que fique caracterizado o abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu (artigo 273 do CPC). Somente diante do primeiro requisito somado a um dos outros dois, é possível ser deferida a antecipação de tutela.*
>
> *Em sede de cognição sumária, em que pese a argumentação recursal, comungo do entendimento lançado pelo juízo a quo ao deferir a antecipação da tutela, tendo em vista a verossimilhança das alegações atinentes à irregularidade do imóvel onde a agravante exerce suas atividades, mormente em relação à ausência de aprovação das obras de reforma e ampliação pela municipalidade, bem como de regularização junto ao Corpo de Bombeiros de Mato Grosso do Sul.*
>
> *O receio de dano irreparável ou de difícil reparação está fundado na ausência de comprovação da segurança das pessoas que venham a frequentar o estabelecimento desprovido de regulamentação.*
>
> *No mais, importante ressaltar que a medida liminar foi concedida no sentido de determinar a suspensão das atividades da agravante até o julgamento definitivo da Ação Civil Pública, ou, até a regularização das pendências indicadas nos itens 1 e 2 da fl. 25 daqueles autos.*
>
> *Destarte, acaso a agravante regularize tais pendências, como pretendeu demonstrar na petição de fls. 603/604, poderá apresentar tal fato novo à apreciação do juízo de origem, tendo em vista que a este juízo de segundo grau está vedada tal apreciação, sob pena de*

supressão de instância, tendo em vista que o juízo a quo ainda não se manifestou sobre o referido documento, posterior à decisão agravada.

Assim, presentes os requisitos autorizadores, quais sejam, a prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a decisão que deferiu a antecipação da tutela deve ser mantida.

Nesse sentido é o entendimento deste e. Tribunal:

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EMPRESA CONSTITUÍDA PARA REALIZAÇÃO DE SHOWS, EVENTOS E FESTAS - ZONA RESIDENCIAL - PROPAGAÇÃO DE SOM EM VOLUME ALTO CAUSANDO POLUIÇÃO SONORA E PERTURBAÇÃO AO SOSSEGO PÚBLICO - PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INDEFERIDO - RECURSO PROVIDO.

O deferimento da antecipação da tutela objetivando que o requerido se abstenha de realizar por si ou não permita que sejam realizados por terceiros (locatários, arrendatários, comodatários, etc.) as atividades de shows e eventos musicais em geral sem as licenças previstas na legislação ambiental e que a emissão de ruídos decorrentes não ultrapasse os limites máximos de 45 dB(A) no período noturno e 50 dB(A) no período diurno, em conformidade com a NBR 10.151 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), depende da prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação.

O primeiro requisito, observável na documentação acostada com a petição inicial, consiste violação a normas ambientais que coíbem a poluição sonora, verificada na realização de shows e eventos musicais.

O segundo requisito decorre da irreparabilidade do dano à saúde e à perturbação do sossego de um número indeterminado de pessoas da vizinhança expostas à poluição sonora, tendo-se em conta que esta "é uma espécie de poluição ambiental com peculiar caráter nocivo, pois, apesar de não ser palpável, perturba a mente, abala o equilíbrio, deteriorando o meio ambiente social, prejudicando a saúde e o bem-estar" (Relator(a): Des. Josué de Oliveira; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 13/12/2011; Data de registro: 15/12/2011)

Diante do exposto, sendo a pretensão recursal manifestamente improcedente, nos termos do art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso.

P.I.C."

Vê-se que o *decisum* acima constatou estarem presentes os requisitos ensejadores da concessão de medida liminar na Ação Civil Pública, residindo o *fumus boni iuris* nas irregularidades já apontadas tanto na decisão ora agravada quanto na decisão de primeiro grau – ausência de aprovação das obras de reforma e ampliação pela municipalidade, bem como de regularização junto ao Corpo de Bombeiros de Mato Grosso do Sul.

Tanto o é que constou da decisão de primeiro grau o seguinte: *"defiro a liminar postulada à f. 24, item "2" e determino a suspensão dos serviços prestados pela demandada no imóvel situado na Avenida General Rondon, nº 1.054 (Boate Studium 1054), devendo se abster de funcionar, em quaisquer circunstâncias, até julgamento do pedido principal, ou até comprovação nos autos da regularização das pendências indicadas nos itens "1" e "2" da f. 25."*

Dessa forma, o juízo de primeiro possibilitou à agravante a regularização das duas irregularidades apontadas nos itens "1" e "2" de fl. 25 dos autos de origem, situação em que a liminar poderá ser revogada. Contudo, em que pese a agravante ter carreado aos autos documentação nova, deve ser ressaltado que, como já mencionado na decisão ora agravada, a apreciação de documentos que visem demonstrar sua regularização deverá ser realizada primeiramente pelo juízo de origem, sob pena de supressão de instância.

Por fim, sobre a alegação de violação ao art. 557 do CPC, também merece ser refutada. Primeiro que a decisão está devidamente fundamentada, com a colação da jurisprudência pertinente ao caso, não fosse por isso, acaso a agravante ainda entenda que a manifestação lançada não é manifestamente improcedente, o julgamento do presente agravo de instrumento pelo Colegiado tem o condão de afastar a hipotética violação.

Com efeito, a recorrente não logrou trazer argumento que me fizesse rever a opinião dantes externada, mormente diante da prevalência do interesse público sobre o privado.

Nesse sentido já se pronunciou este Tribunal:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL – RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO INFIRMAM OS ARGUMENTOS DA DECISÃO – MANUTENÇÃO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *Se o agravante pretende apenas a rediscussão da matéria apreciada na apelação monocraticamente, não trazendo novas razões ou apontado erro ou injustiça na decisão, esta deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.*
>
> *Recurso conhecido e não provido."* (Relator(a): Des. Marcelo Câmara Rasslan; Comarca: Corumbá; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 18/08/2015; Data de registro: 20/08/2015; Outros números: 80270431201481200085000)

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. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0000214-92.2008.8.12.0036 - Inocência
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONSTATAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO INCISO II DO ARTIGO 12 DE LEI 8.429/92.

1- A condenação do Município de Inocência ao pagamento de honorários de sucumbência, em razão da procedência do pedido formulado em ação popular, configura prejuízo ao erário público passível de ser punido pelas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, haja vista que as condutas irregulares do Prefeito e da Secretária de Assistência Social foram as causas da nulidade do procedimento licitatório e da arrematação de imóvel público.

2- A escolha do procedimento licitatório inadequado, a venda de imóvel público municipal para empresa privada de propriedade do cunhado e da companheira do Prefeito, a qual é administrada por Secretária Municipal, são dados concretos que demonstram a vontade livre e consciente dos réus dirigida ao resultado que atenta contra os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

3- Quando um ato, ao mesmo tempo, causa prejuízo ao erário e viola os princípios da administração, são aplicadas apenas as sanções previstas no inciso II do artigo 12 da Lei 8.429/90, por serem de maior intensidade.

Recurso 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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, que ressalvou a não aplicação da suspensão dos direitos políticos.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação (f. 644/663) contra a sentença proferida (f. 637/641) pela juíza da Vara Única da comarca de Inocência que, nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada em desfavor da Construtora Luar Ltda – EPP, José Arnaldo Ferreira de Melo, Otacilio Anizio Lacerda Ferreira e Valma de Paula Melo, julgou improcedentes os pedidos formulados.

Diz que os réus violaram os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade ao participarem do leilão de imóvel, cujo procedimento licitatório foi declarado nulo em ação popular. Com fundamento no artigo 17, inciso I, da Lei 8.666/93, alega que a concorrência é a modalidade adequada de licitação para alienar imóveis de propriedade da Administração Pública. Afirma que a empresa arrematante do imóvel, Construtora Luar Ltda., era de propriedade de Otacilio Anísio Lacerda Ferreira e Valma de Paula Melo, respectivamente, cunhado e companheira do então Prefeito, José Arnaldo Ferreira de Melo, todos réus nesta demanda. Menciona que a administração da empresa arrematante era realizada por Valma de Paula Melo na época da licitação, que, além de companheira do Prefeito, era Secretária de Assistência Social do Município de Inocência. Por se tratar de empresa do ramo de materiais de construção, o apelante considera evidente o conluio formado pelos réus, haja vista que o salão comercial posto a venda pelo Município de Inocência encontra-se em avenida bem localizada, fato que contribui na comercialização dos produtos. Para o apelante a devolução do dinheiro atualizado pago na arrematação do imóvel, acrescido dos honorários de sucumbência arbitrados na ação popular, caracterizam prejuízo ao erário público.

Contrarrazões às f. 666/676.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ministério Público Estadual (f. 644/663) contra a sentença proferida (f. 637/641) pela juíza da Vara Única da comarca de Inocência que, nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada em desfavor da Construtora Luar Ltda – EPP, José Arnaldo Ferreira de Melo, Otacílio Anísio Lacerda Ferreira e Valma de Paula Melo, julgou improcedentes os pedidos formulados.

O apelante diz que os réus violaram os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade ao participarem do leilão de imóvel, cujo procedimento licitatório foi declarado nulo em ação popular. Com fundamento no artigo 17, inciso I, da Lei 8.666/93, alega que a concorrência é a modalidade adequada de licitação para alienar imóveis de propriedade da Administração Pública. Afirma que a empresa arrematante do imóvel, Construtora Luar Ltda, era de propriedade de Otacilio Anísio Lacerda Ferreira e Valma de Paula Melo, respectivamente, cunhado e companheira do então Prefeito, José Arnaldo Ferreira de Melo, todos réus nesta demanda. Menciona que a administração da empresa arrematante era realizada por Valma de Paula Melo na época da licitação, que, além de companheira do Prefeito, era Secretária de Assistência Social do Município de Inocência. Por se tratar de empresa do ramo de materiais de construção, o apelante considera evidente o conluio formado pelos réus, haja vista que o salão comercial posto a venda pelo Município de Inocência encontra-se em avenida bem localizada, fato que contribui na comercialização dos produtos. Para o apelante a devolução do dinheiro atualizado pago na arrematação do imóvel, acrescido dos honorários de sucumbência arbitrados na ação popular, caracterizam prejuízo ao erário público.

O procedimento licitatório acima mencionado foi realizado pelo Município de Inocência no dia 10 de julho de 2002, por meio de leilão, o qual tinha por objeto a venda de imóvel de 1.523,20 m², matriculado sob o n. 5030, localizado à Avenida Três Lagoas.

É incontroverso entre as partes que a empresa arrematante do imóvel, Construtora Luar Ltda, era de propriedade de Otacilio Anísio Lacerda Ferreira e Valma de Paula Melo, respectivamente, cunhado e ex-esposa do então Prefeito, José Arnaldo Ferreira de Melo. Aliás, mesmo se não fosse incontroverso entre

as partes, as provas produzidas comprovam a veracidade dessas informações, especialmente a cópia do contrato social (f. 172/174)

Embora separados judicialmente, conforme constou na sentença da ação popular (f. 61), era fato notório na cidade de Inocência que o Prefeito e Valma de Paula Melo conviviam em união estável na época da arrematação do imóvel, tanto é que ela se apresentava publicamente como Primeira Dama do Município.

Além de companheira do Prefeito, Valma de Paula Melo também era Secretária Municipal de Assistência Social na época da arrematação, situação que a impedia de contratar com o município, de acordo com o artigo 188, inciso XIII, da Lei 280/91 (Estatuto do Servidor). Isso porque, de acordo com o contrato social (f. 172), Valma de Paula Melo era administradora da empresa arrematante e, nos termos do referido dispositivo, é vedado ao servidor público municipal negociar com o Município na condição de gerente ou administrador de empresa privada.

Essa irregularidade e a escolha do procedimento licitatório inadequado, pois deveria ser por concorrência (artigo 17, inciso I, da Lei 8.666/93), foram os fundamentos mencionados pelo magistrado na ação popular (autos n. 036.03.000447-6) para declarar a nulidade da licitação e da arrematação do imóvel, cuja decisão já transitou em julgado.

Além de causar nulidade da arrematação, a escolha do procedimento licitatório inadequado e a participação direta da Secretária Municipal na licitação na condição de administradora de empresa privada, configuram atos de improbidade administrativa passíveis de punição.

Em razão da procedência do pedido formulado na ação popular, o Município de Inocência foi condenado ao pagamento de R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de honorários de sucumbência (f. 96).

Este fato, por si só, já é suficiente para punir os réus nesta demanda, pois configura lesão patrimonial ao erário público. Em outras palavras, a ação popular só foi ajuizada em decorrência das várias irregularidades praticadas no procedimento licitatório, portanto nada mais justo que os réus arquem com o valor correspondente aos honorários de sucumbência, a fim de evitar perda patrimonial indevida do Município de Inocência.

Esta conclusão deriva de legislação expressa, a teor do que dispõe o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa – n. 8429/92, a seguir transcrito:

> *"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:"*

Por outro lado, ao contrário do que sustenta o apelante, a devolução do valor atualizado pago na arrematação do imóvel não configura lesão ao erário público, tendo em vista que objetivo da correção monetária é manter o poder de compra do dinheiro em razão de sua desvalorização pela inflação. Ou seja, haveria enriquecimento sem causa por parte do Município de Inocência caso a quantia paga pela construtora no procedimento licitatório fosse devolvida sem ser atualizada monetariamente.

As irregularidades no procedimento licitatório também caracterizam prática de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, isto é, violam a norma jurídica prevista no artigo 11 da Lei 8.429/92[1].

1 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:

Como já visto acima, as irregularidades constatadas consistem na escolha do procedimento licitatório inadequado e na venda de imóvel público municipal para empresa privada administrada por Secretária Municipal, conduta expressamente vedada pelo artigo 188, inciso XIII, da Lei 280/91 – Estatuto do Servidor.

O fato da empresa arrematante do imóvel ser de propriedade do cunhado e da companheira do Prefeito é outro dado concreto que ajuda demonstrar a vontade livre e consciente dos réus dirigida ao resultado ilícito, vale dizer, o dolo dos réus de praticarem ato de improbidade administrativa.

Embora os réus tenham tentado dar aparência de legalidade ao procedimento licitatório, pois houve publicação do edital em diário oficial, aprovação da arrematação pela Câmara Municipal e avaliação do imóvel por perito, não há dúvida que as irregularidades constatadas atentam contra os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

É evidente o conluio formado por eles para satisfazerem interesses próprios em detrimento do Município de Inocência, pois, mesmo cientes das vedações legais, tentaram, de forma fraudulenta, adquirir imóvel público municipal localizado em avenida de fácil acesso, o qual seria utilizado como ponto comercial da empresa arrematante, de propriedade dos parentes próximos do então Prefeito.

Não é crível que o Prefeito e a Secretária Municipal, pessoas tão bem instruídas, não tenham percebido a existência dessas irregularidades no procedimento licitatório, especialmente por viverem em união estável. Aliás, até na visão de um leigo, a venda de imóvel público municipal para empresa de propriedade do cunhado e da companheira do então Prefeito é situação concreta totalmente desprovida de credibilidade.

Portanto, a escolha do procedimento licitatório inadequado e a arrematação do imóvel por empresa de propriedade de parentes próximos do Prefeito, cuja administração era realizada por Secretária Municipal de Assistência Social, indiscutivelmente são práticas que atentam contra os princípios da administração.

Identificado os atos de improbidade administrativa praticados pelos réus, necessário especificar e justificar as sanções a serem aplicadas.

A regra prevista no artigo 12 da Lei 8.429/92 autoriza aplicar de forma isolada ou cumulativa as sanções nele previstas, avaliadas pelo magistrado de acordo com a gravidade do fato.

A doutrina especializada se posiciona no sentido de aplicar apenas as sanções previstas na infração mais grave quanto o ato praticado viola mais de uma modalidade de improbidade administrativa.

A propósito, conveniente transcrever trecho dos ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves[2]:

> *"12.4. Subsunção da Conduta a mais de um Tipo*
>
> *Não raro ocorrerá que a conduta do agente, a um só tempo, importe em enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios administrativos; o que, por via reflexa, permitiria a simultânea aplicação de todas as sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/1992.*
>
> *Situação parecida será vislumbrada quando múltiplas forem as irregularidades perpetradas pelo agente, ainda que em momentos diversos e apuradas em processos distintos, o que representa um interessante complicador, já que nesta seara inexiste previsão de órgão responsável pela unificação e reunião das sanções.*

2 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 699 e seguintes.

> *Ao estatuir as diferentes sanções passíveis de aplicação ao agente ímprobo, estabeleceu o legislador um critério de gradação em que o período de suspensão dos direitos políticos, a multa cominada e a proibição de contratar com o Poder Público variarão consoante os efeitos do ato. As sanções apresentam-se postas em uma linha decrescente, sendo o ápice ocupado por aquelas cominadas aos atos que importem em enriquecimento ilícito, identificando-se posteriormente as decorrentes de lesão ao erário e violação aos princípios regentes da atividade estatal.*
>
> *Em linhas gerais, o feixe de sanções, qualquer que seja a natureza do ato e seus efeitos, apresenta-se com consistência e derivação ontológica idênticas, variando unicamente em intensidade. Ao ímprobo serão aplicadas as sanções de perda de bens ou valores, ressarcimento ao dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios deste – tal é o feixe de sanções previsto nos incisos do art. 12 e que se adequará aos efeitos do ato. Identificada a mens legis, diferente será o prisma de análise conforme seja constatada a multiplicidade ou a unicidade do ato.*
>
> *Tratando-se de ato único, entendemos que um único feixe de sanções deve ser aplicado ao agente, ainda que sua conduta, a um só tempo, se subsuma ao disposto nos arts. 9º, 10 e 11. Único o ato, único haverá de ser o feixe de sanções (ne bis in eadem). No que concerne a dosimetria, haverão de compor o feixe de sanções os valores relativos de maior natureza dos ilícitos, sendo que a pluralidade destes será valorada por ocasião da individualização e fixação de cada uma das sanções que compõem o feixe.*
>
> *Como foi visto, todo ato de improbidade importará em violação aos princípios regentes da atividade estatal, o que, ipso facto, resultaria na aplicação das sanções previstas no inciso III do art. 12. Em sendo identificado o dano ao erário ou o enriquecimento ilícito, múltipla subsunção, normalmente serão aplicadas as sanções do inciso I do art. 12, cujos valores relativos são mais elevados, terminando por absorver as demais sanções; não sendo identificado o enriquecimento ilícito, mas tão somente o dano ao patrimônio público, aplicar-se-á o feixe do art. 12, II, com grau de severidade intermédio. Desta forma, a simultânea violação dos preceitos proibitivos implícitos nos arts. 9º, 10 e 11 somente sujeitará o agente a um feixe de sanções." (...)*

Nesta hipótese, portanto, por ficar demonstrado o prejuízo ao erário público e a violação aos princípios da administração, incide apenas as sanções previstas no inciso II do artigo 12 de Lei 8.429/92, por serem consideradas de maior gravidade.

Embora as condutas dos réus tenham violado dois dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, foi irrisório o prejuízo ao erário público do Município de Inocência, fato a ser considerado na aplicação das sanções.

Tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, justo e razoável condenar os réus ao ressarcimento integral e atualizado do valor correspondente aos honorários de sucumbência arbitrados na ação popular, bem como ao pagamento de multa civil equivalente ao valor dano. Necessário, ainda, proibir os réus de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Relativamente ao ressarcimento do dano, todos os réus, inclusive a empresa arrematante, respondem solidariamente pelo pagamento, conforme regra jurídica prevista no enunciado 558 da jornada de direito civil[3]. Este mesmo raciocínio também se estende ao pagamento da multa.

3 São solidariamente responsáveis pela reparação civil, juntamente com os agentes públicos que praticaram atos de improbidade administrativa, as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorreram ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente.

Posto isso, dou provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Estadual e, com fundamento no artigo 12, inciso II, da Lei 8.429/92, condeno os réus solidariamente ao ressarcimento integral dos honorários de sucumbência arbitrados na ação popular (autos n. 036.03.000447-6), cujo valor deverá ser corrigido pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de mora de 1%, ambos desde a data do arbitramento, bem como ao pagamento de multa civil equivalente ao valor dano. Ainda com fundamento no mesmo dispositivo, proíbo os réus de contratarem com o Poder Público ou de receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Por conseguinte, inverto o ônus de sucumbência, motivo pelo qual condeno os réus ao pagamento das custas processuais. Sem honorários.

O Sr Juiz José Ale Ahmad Netto (Revisor)

Acompanho o Relator.

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros (Vogal)

Acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, que ressalvou a não aplicação da suspensão dos direitos políticos..

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Juiz José Ale Ahmad Netto e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1413994-81.2015.8.12.0000/50000 - São Gabriel do Oeste
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXEQUENTE PARA DAR REGULAR ANDAMENTO AO PROCESSO – DIVERGÊNCIA RECONHECIDA.

Preenchidos os requisitos legais (artigos 476 do Código de Processo Civil e 496 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso Sul), reconhece-se a existência de divergência de interpretação do direito, em relação à necessidade ou não de intimação pessoal do exequente, em execuções suspensas por ausência de bens penhoráveis, para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acolher o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado por Ana Maria Brizot Bento.

A suscitante afirma a existência de divergência entre 1ª, 2ª e 4ª Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça. Alega que a 1ª e a 4ª Câmaras Cíveis entendem que o prazo da prescrição intercorrente flui um ano após a determinação da suspensão *sine die* do processo de execução por ausência de bens penhoráveis, independentemente de intimação pessoal do exequente. Por outro lado, sustenta que a 2ª Câmara Cível considera imprescindível, para o reconhecimento da prescrição intercorrente, a intimação pessoal do exequente para dar regula prosseguimento ao processo. Destaca o julgamento do recurso especial n. 1.522.092/MS, no qual o Superior Tribunal de Justiça considerou desnecessária a prévia intimação pessoal do exequente.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado por Ana Maria Brizot Bento.

Nos termos do artigo 476 do Código de Processo Civil, compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que Ihe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Por sua vez, o artigo 496 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso Sul dispõe, *in verbis*:

> *Art. 496. O incidente poderá ser suscitado por qualquer Juiz, ao proferir seu voto, pela parte, ao arrazoar o recurso ou em petição distinta, e por terceiro interessado.*
>
> *§ 1º A instauração do incidente só poderá ser requerida antes da publicação da pauta de julgamento.*
>
> *§ 2º O pedido deverá ser fundamentado e instruído com cópias autenticadas dos julgados apontados como divergentes.*
>
> *§ 3º Só serão admitidos para confronto acórdãos transitados em julgado.*

No caso, o incidente foi instaurado antes da publicação da pauta de julgamento e está instruído com cópias dos acórdãos, com trânsito em julgado, apontados como divergentes (p. 18/23; p. 53/59; p. 64/82).

Além disso, o confronto analítico dos julgados que instruem o incidente apontam a existência de divergência de interpretação do direito entre 1ª, 2ª e 4ª Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça.

A 1ª Câmara Cível considera que, após o prazo admitido para suspensão da execução por ausência de bens penhoráveis (um ano), começa a fluir o prazo da prescrição de intercorrente (p. 18/23).

A 4ª Câmara Cível, por sua vez, entende que o processo de execução, diante à ausência de bens penhoráveis, deve permanecer suspenso pelo prazo máximo de um ano. Findo esse período, começa a fluir o prazo da prescrição intercorrente, independentemente de intimação pessoal do exequente para dar regular prosseguimento ao processo (p. 64/82).

Por fim, a 2ª Câmara Cível considera imprescindível, para o reconhecimento da prescrição intercorrente, a intimação pessoal do exequente para dar regular prosseguimento ao processo (p. 53/59).

Dessa forma, há divergência de interpretação do direito, atual e potencial, em relação à necessidade ou não de intimação pessoal do exequente, em execuções suspensas por ausência de bens penhoráveis, para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Ante o exposto, reconheço a existência de divergência e, em consequência, nos termos do artigo 477 do Código de Processo Civil, determino a remessa dos autos ao Presidente do Tribunal de Justiça para designar sessão de julgamento perante a Seção Especial Cível de Uniformização de Jurisprudência[1].

1 Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul; Art. 131. Compete à Seção Especial Cível de Uniformização da Jurisprudência:
I - processar e julgar originariamente:
a) os incidentes de uniformização de jurisprudência, suscitados pelas Seções Cíveis ou pelas partes, quando a divergência ocorrer entre aquelas;
b) os incidentes de uniformização de jurisprudência quando ocorrer divergência na interpretação do direito entre as Câmaras Cíveis, fazendo editar a respectiva súmula.
II - sumular a jurisprudência uniforme das Câmaras e deliberar sobre a alteração e o cancelamento de súmula.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram o incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Juízes José Ale Ahmad Netto e Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Conflito de Competência nº 1602580-05.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – MEDIDA CAUTELAR – RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO DE COLETA E REMOÇÃO DE LIXO – SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL – INTERESSES DIFUSOS – COMPETÊNCIA DOS JUÍZES DE DIREITO DAS VARAS DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Nos termos do artigo 20, alínea "u", 11, da Resolução n. 221/94, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, compete aos Juízes de Direito das Varas de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos processar e julgar toda e qualquer ação envolvendo interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, proposta pelo Ministério Público ou por qualquer dos legitimados previstos em lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, julgar procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos em face do Juiz de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, ambos da comarca de Campo Grande, com o fim de ver declarada a competência deste para o processamento e o julgamento da medida cautelar autuada sob o n. 0832284-93.2015.8.12.0001.

O juiz suscitante afirma que a medida cautelar refere-se a direitos coletivos *latu sensu*, tendo em vista a pretensão de manutenção de um serviço essencial (coleta de lixo). Diante disso, sustenta ser competente o Juiz de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, em consonância com o disposto no artigo 2º, alíneas "b" e "u", da Resolução n. 221/94 do Tribunal de Justiça do Estado de Maro Grosso do Sul (p. 218/221).

Informações do juiz suscitado às p. 228/229.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pela declaração de competência do Juiz de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos (p. 232/238).

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos em face do Juiz de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, ambos da comarca de Campo Grande, com o fim de ver declarada a competência deste para o processamento e o julgamento da medida cautelar autuada sob o n. 0832284-93.2015.8.12.0001.

Conforme relatado, o juiz suscitante afirma que a medida cautelar refere-se a direitos coletivos *latu sensu*, tendo em vista a pretensão de manutenção de um serviço essencial (coleta de lixo). Diante disso, sustenta ser competente o Juiz de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, em consonância com o disposto no artigo 2º, alíneas "b" e "u", da Resolução n. 221/94 do Tribunal de Justiça do Estado de Maro Grosso do Sul.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul propôs medida cautelar contra CG Solurb Soluções Ambientais SPE Ltda. para que esta promovesse o restabelecimento do serviço de captação e tratamento de lixo de forma contínua no município de Campo Grande-MS (p. 02/115). O processo foi distribuído para o juízo da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande/MS (autos n. 0832284-93.2015.8.12.0001).

Com fundamento no artigo 105 do Código de Processo Civil, o juiz suscitado determinou o encaminhamento da medida cautelar ao juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, em razão do processo n. 0036149-60.2015.8.12.0000 (p. 217).

O artigo 2º, alíneas "b" e "u", da Resolução n. 221/94, do TJMS, alterado pelas resoluções 525/2007 e 9/2008, assim dispõe, *in verbis*:

> ***Art. 2º*** *Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:*
>
> *[...]*
>
> *b) aos das Varas de Fazenda Pública e Registros Públicos, processar e julgar:*
>
> *1. os feitos de interesse das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, suas autarquias ou Fundações de Direito Público,* ***com exceção daqueles de competência das Varas de*** *Execução Fiscal, Cartas Precatórias Cíveis e* ***Direitos Difusos, Coletivos e Individuas Homogêneos****;*
>
> *2. os mandados de segurança, hábeas data e mandado de injunção;*
>
> *3. os feitos relativos a registros públicos, inclusive os procedimentos de dúvida e de averiguação oficiosa de que trata o art. 2º da Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992;*
>
> *[...]*
>
> *u) aos das Varas de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, processar e julgar:*
>
> *1. as ações populares;*
>
> *2. o mandado de segurança coletivo;*

> *3. as ações civis públicas;*
>
> *4. as ações de improbidade administrativa;*
>
> *5. as ações relativas aos portadores de necessidades especiais, exceto quando ajuizadas contra a Fazenda Pública Estadual ou Municipal;*
>
> *6. as ações relativas aos investidores no mercado de valores mobiliários;*
>
> *7. as ações relativas à ordem econômica e economia popular;*
>
> *8. a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público ou por qualquer dos legitimados previstos em lei, em favor das pessoas idosas;*
>
> *9. as relativas à ordem urbanística;*
>
> *10. as relativas ao Estatuto da Cidade;*
>
> *11.* ***toda e qualquer ação envolvendo interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, proposta pelo Ministério Público*** *ou por qualquer dos legitimados previstos em lei, mesmo que em litisconsórcio, com exceção das ações envolvendo interesses da infância e da juventude. (g.n.)*

Conveniente destacar, primeiramente, que se trata de competência em razão da matéria e, portanto, absoluta. Desse modo, inviável a aplicação, como exposto pelo juiz suscitado, do instituto da conexão.

A propósito, confira-se:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA. CONEXÃO. NÃO APLICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VARA ESPECIALIZADA EM RAZÃO DA MATÉRIA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. 1. "A reunião de ações, por conexão, não é possível quando implicar em alteração de competência absoluta"* (AgRg no Ag 1385227/MS, Rel.Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 26.10.2012). *2. Agravo regimental não provido*.(AgRg no REsp 1463148/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014)

A medida cautelar, por sua vez, envolve interesses difusos. Isso porque a pretensão do Ministério Público (restabelecimento do serviço essencial de coleta e remoção de lixo) interessa pessoas indetermináveis e ligadas por circunstâncias de fato. Além disso, não se olvida, que a medida postulada preserva o meio ambiente.

Em caso semelhante:

> *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLANTAÇÃO DE REDE DE COLETA DE ESGOTO, AO OBJETIVO DE PROPORCIONAR MELHORES CONDIÇÕES DE SAÚDE À POPULAÇÃO E DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PLENA CONFIGURAÇÃO DE INTERESSE DIFUSO TUTELÁVEL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET RECONHECIDA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE PELO RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. 1. Nas razões do recurso especial, alega a ora agravante, além de dissídio jurisprudencial, a existência de violação do disposto nos arts. 127 e 129, inc. II, da Constituição Federal, bem como no art.25, inc. IV, "a", da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 2. É de se notar, entretanto, que o acórdão recorrido se*

> *encontra em perfeita harmonia com a compreensão formada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos e coletivos e de outras funções compatíveis com a sua natureza (Precedentes: REsp 1.192.281/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/11/2010; e REsp 397.840/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 13/3/2006). 3. É o que patentemente ocorre no caso concreto, em que se verifica a atuação ministerial em defesa da implantação da rede de coleta de esgoto de forma adequada. Nota-se, à evidência, que a postulação trazida pelo Ministério Público perante a instância de origem não interessa apenas a um conjunto de pessoas identificadas, mas a um universo indeterminado de possíveis consumidores, bem como a toda a sociedade, na medida em que subjacente a adoção de providências voltadas ao saneamento básico, a viabilizar condições de saúde à população, evitando contaminação e proliferação de doenças, além de preservar, com bem ponderou o Tribunal de origem, o meio ambiente. 4. No que se prende à indigitada ofensa aos arts. 127 e 129, II, da Constituição Federal, há de ser frisado que o Superior Tribunal de Justiça não é competente para analisar, em sede de recurso especial, eventual violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento*.(AgRg no AREsp 139.216/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 25/11/2013)

Logo, competente o Juiz de Direito da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande para o processar e julgar a medida cautelar n. 0832284-93.2015.8.12.0001, em consonância ao disposto no artigo 2º, alíneas "b" e "u", da Resolução n. 221/94, do TJMS.

Ante o exposto, declaro competente o Juiz de Direito da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande para o processar e julgar a medida cautelar n. 0832284-93.2015.8.12.0001, para o qual deverão ser remetidos os autos, na forma do artigo 122, e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, declararam competente o juízo suscitado, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Juiz José Ale Ahmad Netto e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1407927-03.2015.8.12.0000 - Jardim
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA CASSAÇÃO DE PREFEITO – REALIZAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO – LIMINAR CONCEDIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA SUSPENDER O DECRETO LEGISLATIVO DE CASSAÇÃO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA REALIZAÇÃO DE VOTAÇÃO SECRETA – NÃO OCORRÊNCIA – VOTAÇÃO NOMINAL – CONSONÂNCIA COM O DECRETO-LEI N. 201/67 – ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO DE 90 DIAS INDICADO NO DECRETO-LEI – PRAZO DECADENCIAL NÃO SUJEITO À INTERRUPÇÃO, PRORROGAÇÃO OU SUSPENSÃO – PRECEDENTES DO STJ – COGNIÇÃO SUMÁRIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

01. Não há nulidade a ser declarada se a votação para cassação do prefeito observou a modalidade nominal prevista no artigo 5º, VII, do Decreto-Lei n. 201/67, tendo constado na ata o nome de todos os Vereadores votantes e a votação ter sido concluída por unanimidade.

02. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o prazo de 90 (noventa) dias para a conclusão do processo de cassação do Prefeito é decadencial, não estando sujeito à interrupção, suspensão ou prorrogação, devendo ser mantida a decisão liminar, eis que, ao menos em cognição sumária, verificam-se presentes os requisitos, porquanto amparada em precedente da Corte Superior.

03. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Presidente da Câmara Municipal da Guia Lopes da Laguna, MS, interpõe agravo de instrumento em face de decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Jardim, MS, que, nos autos do mandado de segurança n. 0800878-18.2015.8.12.0013, deferiu a liminar para o fim de determinar a suspensão dos efeitos do Decreto Legislativo n. 003, referente à cassação do mandato eletivo do Prefeito Municipal, publicado em 06.07.2015, determinando a recondução do impetrante/agravado ao cargo de prefeito até o julgamento final do mandado de segurança.

Aduz que, em sede de primeiro grau, o julgado entendeu, em sua decisão, que o prazo de noventa dias para a conclusão dos trabalhos da Comissão Processante para cassação do prefeito foi desrespeitado, pois a contar da apresentação da defesa prévia em 23.03.2015, o prazo teria se esgotado em 21.06.2015.

Argumenta que em razão do agravo de instrumento n. 1406648-79.2015.8.12.0000, houve o cancelamento da sessão a poucos dias da expiração do prazo de funcionamento da Comissão Processante, tornando-se ineficaz a citação do processado para comparecer à Sessão de Julgamento do dia 18.06.2015. Entende que ao modular os efeitos de sua decisão, houve necessidade de diligência de nova intimação para retomada do prazo, não bastante a mera intimação da revogação da liminar para revolução do prazo restante.

Requereu a concessão do efeito suspensivo ativo para que "*seja afastado o ex-Prefeito cassado por negligenciar rendas e direitos públicos e para que seja reconduzido ao cargo o seu ex Vice-Prefeito*". Ao fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso a fim de revogar a liminar concedida ante a inexistência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

O agravo veio instruído com os documentos obrigatórios e devidamente preparado.

Conforme decisão monocrática de f. 67/69, o recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (f. 67/69).

Intimado, o agravado apresentou contraminuta (f. 71/78) e pugnou pelo desprovimento do recurso.

Encaminhados os autos ao Ministério Público para elaboração de parecer, este requereu a realização de diligência para intimar o agravante para completar o instrumento com cópia integral do processo originário (f. 80/87).

Deferido o requerimento Ministerial (f. 96), os documentos foram colacionados pelo agravante à f. 100/444.

Tendo os autos retornado para o Ministério Público, este emitiu parecer pelo conhecimento e parcial provimento do recurso "*apenas no sentido de considerar que a sessão de julgamento ocorreu dentro no prazo nonagesimal previsto na legislação pertinente*" (f. 447/452).

VOTO (EM 01.12.2015)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Presidente da Câmara Municipal da Guia Lopes da Laguna, MS, em face de decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Jardim, MS, que, nos autos do mandado de segurança n. 0800878-18.2015.8.12.0013, deferiu a liminar para o fim de determinar a suspensão dos efeitos do Decreto Legislativo n. 003, referente à cassação do mandato eletivo do Prefeito Municipal, publicado em 06.07.2015, determinando a recondução do impetrante/agravado ao cargo de prefeito até o julgamento final do mandado de segurança.

Aduz que, em sede de primeiro grau, o julgado entendeu, em sua decisão, que o prazo de noventa dias para a conclusão dos trabalhos da Comissão Processante para cassação do prefeito foi desrespeitado, pois a contar da apresentação da defesa prévia em 23.03.2015, o prazo teria se esgotado em 21.06.2015.

Argumenta que em razão do agravo de instrumento n. 1406648-79.2015.8.12.0000, houve o cancelamento da sessão a poucos dias da expiração do prazo de funcionamento da Comissão Processante, tornando-se ineficaz a citação do processado para comparecer à Sessão de Julgamento do dia 18.06.2015.

Entende que ao modular os efeitos de sua decisão, houve necessidade de diligência de nova intimação para retomada do prazo, não bastante a mera intimação da revogação da liminar para revolução do prazo restante.

Pondera, portanto, que não foi extrapolado o prazo de 90 (noventa) dias para conclusão do processo de cassação que trata o Decreto-lei n. 201/67, sendo regular a realização da Sessão de Julgamento realizada no dia 02.07.2015.

Assevera, ainda, que Magistrado singular equivocou-se, pois não há que se falar em nulidade da votação realizada por escrutínio fechado, nem violação ao artigo 5º, VI, do Decreto/lei nº 201/67. Isso porque, em se tratando de votação nominal, devem ser identificados os votantes, podendo seus respectivos votos ser identificados ou secretos.

Feito o relato dos pedidos formulados em sede de agravo, incumbe fazer uma retrospectiva dos fatos ocorridos.

Denota-se que foi impetrado mandado de segurança, com pedido liminar para "*suspender os efeitos do Decreto Legislativo n.º 003, de cassação do mandato eletivo de prefeito municipal do impetrante, publicado em 06 de julho de 2015, determinando a sua recondução ao cargo de prefeito, até o julgamento do presente mandado de segurança*".

Aduziu que foi instaurada, no município de Guia Lopes da Laguna/MS, por meio da Portaria n. 12/2015 - PRES, Comissão Processante objetivando apurar denúncias sobre infrações político-administrativas, cometidas, em tese, pelo Prefeito Municipal, Sr. Jácomo Dagostin, quais sejam: falta de providências administrativas quanto aos fatos investigados pela Polícia Civil, nos autos do Inquérito Policial n. 16/2013, envolvendo o ex-Secretário Municipal, Sr. Edivaldo Soares Pereira, configurando, em tese, o disposto no artigo 4º, VI e VII, do Decreto-Lei n. 201/67.

Asseverou que o referido processo foi levado a julgamento pelo Plenário da Câmara Municipal em sessão extraordinária realizada no dia 02 de julho de 2015, em que se deliberou pela cassação do mandado eletivo do impetrante/agravado, expedindo-se o Decreto Legislativo n.º 003 de julho de 2015. Contudo, no entender do agravado, o processo de cassação apresenta nulidades insanáveis.

Submetida à análise do Magistrado de primeira instância, este deferiu o pedido liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Decreto Legislativo acima referida (cassação do Prefeito), publicado em 06.07.2015, determinando a recondução do impetrante ao cargo de Prefeito até o julgamento final do mandado de segurança, decisão contra a qual se interpõe o presente recurso.

Existem, pois, dois pontos indicados pelo Juízo *a quo* como nevrálgicos e causadores de nulidade, são eles: 1) nulidade da votação realizada por escrutínio fechado; 2) exaurimento do prazo decadencial de 90 (noventa) dias para a conclusão do processo de que trata o Decreto-Lei n. 201/67.

Em primeiro lugar, a respeito da nulidade de votação realizada com escrutínio secreto, compulsando o Regimento Interno da citada Casa (Resolução nº 17/1989), verifica-se que ao tratar das modalidades e processos de votação, referida norma faz distinção entre votação nominal e secreta. Vejamos:

Das Modalidades e Processos de Votação

> *Art. 167 O voto será secreto:*
>
> *I Na eleição da Mesa;*
>
> *II Nas deliberações sobre as contas do Prefeito e da Mesa;*

III Nas deliberações sobre a perda de mandato de Vereadores e Prefeito;

IV Nos pronunciamentos sobre nomeação de funcionário que depende da Câmara,

Art. 184. A votação poderá ser ostensiva, adotando-se o processo simbólico ou o nominal, e secreta, por meio do sistema eletrônico ou de cédulas.

Parágrafo único. Assentado, previamente, pela Câmara determinado processo de votação para uma proposição, não será admitido para ela requerimento de outro processo.

(...)

Art. 186. O processo nominal será utilizado:

I - nos casos em que seja exigido quorum especial de votação;

II - por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Deputado;

III - quando houver pedido de verificação de votação, respeitado o que prescreve o § 4º do artigo anterior;

IV - nos demais casos expressos neste Regimento.

(...)

Art. 187. A votação nominal far-se-á pelo sistema eletrônico de votos, obedecidas as instruções estabelecidas pela Mesa para sua utilização.

(...)

Art. 188. A votação por escrutínio secreto far-se-á pelo sistema eletrônico, nos termos do artigo precedente, apurando-se apenas os nomes dos votantes e o resultado final, nos seguintes casos:

I - deliberação, durante o estado de sítio, sobre a suspensão de imunidades de Deputado, nas condições previstas no § 8º do art. 53 da Constituição Federal; (Numeração adaptada aos termos da Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

II - por decisão do Plenário, a requerimento de um décimo dos membros da Casa ou de Líderes que representem este número, formulado antes de iniciada a Ordem do Dia. (Inciso com redação dada pela Resolução nº 22, de 1992)

III - para eleição do Presidente e demais membros da Mesa Diretora, do Presidente e Vice-Presidentes de Comissões Permanentes e Temporárias, dos membros da Câmara que irão compor a Comissão Representativa do Congresso Nacional e dos 2 (dois) cidadãos que irão integrar o Conselho da República e nas demais eleições; (Inciso acrescido pela Resolução nº 45, de 2006)

(...)

Feita tal digressão, vê-se que no caso, de fato, o Regimento Interno dispõe que o voto deve ser feito de forma secreta. Contudo, o Decreto-Lei n. 201/67, expressamente, preconiza, em seu artigo 5º, VI, que "*Concluída a defesa, proceder-se-á a tantas **votações nominais**, quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, em curso de qualquer das infrações especificadas na denúncia. Concluído o julgamento, o Presidente da Câmara proclamará imediatamente o resultado e*

fará lavrar aia que consigne a votação nominal sobre cada infração, e, se houver condenação, expedirá o competente decreto legislativo de cassação do mandato de Prefeito. Se o resultado da votação for absolutório, o Presidente determinará o arquivamento do processo. Em qualquer dos casos, o Presidente da Câmara comunicará à Justiça Eleitoral o Resultado" (Grifou-se).

Deveras, estando o Decreto-Lei em descompasso com o Regimento Interno, mister que prevaleça aquele, eis que de cunho federal e até mesmo diante do teor da Súmula n. 722/STF "*São de competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento*".

Com efeito, a votação efetivamente foi nominal, respeitando o teor do Decreto-Lei já mencionado, não obstante o entendimento do Magistrado de primeira instância. Segundo se afere da Ata de Sessão de Julgamento (f. 32 e ss), no ato de votação, houve indicação dos nomes dos seis Vereadores votantes e a conclusão do julgamento, que se deu por unanimidade, não havendo dúvida, portanto, acerca da direção de suas decisões. Vejamos:

> *(...) Suspensa a sessão por dois minutos para a confecção das cédulas de votação. Reiniciados os trabalhos, passou à votação. Foram convocados os Senhores Vereadores na seguinte ordem; Marlon Crispim Barbosa, Sérgio Soares Fragoso, Cleonete Martins Moreno, Gilberto Ferreira de Souza, Assis Fabrício Barbosa Júnior e Rodrigo de Arruda. Encerrada a votação, passou-se à apuração dos votos, sendo convidados para atuarem como escrutinadores os Vereadores Assis, Fabrício Barbosa Júnior e Gilberto Ferreira de Souza. Apurados os votos, constatou-se o seguinte resultado: Total de 06 (seis) cédulas existentes na urna, onde foram constatados 06 (seis) votos favoráveis o Parecer Final da Comissão Processante (...)*

Não há, portanto, qualquer nulidade a ser reconhecida nesse ponto.

Passa-se, então, à análise da questão do exaurimento do prazo decadencial de 90 (noventa) dias para a conclusão do processo de que trata o Decreto-Lei n. 201/67.

Argumenta o agravante que a Sessão de Julgamento havia sido marcada para 18.06.2015, contudo, o agravado, após impetrar mandado de segurança para suspendê-la, obteve o deferimento. Contudo, a liminar foi revogada no Agravo de instrumento n. 1406648-79.2015.8.12.0000 no dia 23.06.2015, determinando-se a continuidade do processo de cassação, senão vejamos a ementa da decisão (posteriormente confirmada no exame do mérito):

> *Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento interposto e lhe dou provimento a fim de confirmar a tutela recursal para revogar a liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n. 0800740-51.2015.8.12.0013, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Jardim, autorizando-se a prática de todos os atos necessários à conclusão do processo de cassação instaurado pela Portaria n. 12/2015 – PRES da Câmara de Vereadores do Município de Guia Lopes da Laguna.*

Em seguida, realizou-se a Sessão em 02.07.2015, na qual se revolveu pela cassação do Prefeito.

Pondera o recorrido que a notificação do Sr. Prefeito foi realizada em 23.03.2015 (data esta incontroversa nos autos), de modo que o prazo de noventa dias se esgotaria em 21.06.2015. Contudo, contesta o recorrente que com a revogação da liminar no mandado de segurança, este prazo teria que ser devolvido após a intimação da decisão do agravo de instrumento. Tendo este sido intimado da decisão em 29.06.2015, o prazo recomeçaria em 30.06.2015 para expirar em 03.07.2015, estando, portanto, correta a sessão de cassação em 02.07.2015.

O Magistrado *a quo*, em sua decisão, entendeu que se trata de prazo decadencial, não sujeito à suspensão, interrupção ou prorrogação, pontuando que o termo final, seria, de fato, a data de 21.06.2015. Assim, considerou ilegal a sessão realizada em 02.07.2015.

A alegação do agravante se funda, basicamente, na suspensão do prazo do processo de cassação em decorrência da interposição de recursos e do prazo necessário que foi utilizado para cumprimento da decisão no agravo de instrumento n. 1406648-79.2015.8.12.0000

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre esse tema, inclusive em recente julgado (RMS 45955/MG – 10.07.2015). No referido voto, considerou que "*O prazo de que trata o art. 5º, VII, do Decreto-Lei n. 201/67 é decadencial, não podendo ser suspenso ou prorrogado*". Vejamos, pois, os acórdãos da Corte Superior:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DE CASSAÇÃO DE PREFEITA MUNICIPAL. DECRETO-LEI N. 201/67. PRAZO DECADENCIAL. NOVENTA DIAS. APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA. TERMO INICIAL. POSSIBILIDADE. EXTRAPOLAÇÃO DO LAPSO NONAGESIMAL. ILEGALIDADE DA PERDA DO MANDATO. EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À REINTEGRAÇÃO NO CARGO. 1. Revestindo-se a cassação de mandato eleitoral da característica de ato precipuamente político, o controle pelo Judiciário fica restrito à perquisição de inconstitucionalidade, ilegalidade e inobservâncias regimentais. 2.* ***O processo de cassação de Prefeito Municipal deve transcorrer em até 90 (noventa) dias, contados da data da notificação do acusado, nos termos do art. 5º, VII, do Decreto-Lei n. 201/67. Esse prazo, por ser decadencial, não pode ser suspenso ou prorrogado.*** *Precedente: Resp 893.931/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4/10/2007. 3. Entender de modo contrário seria o mesmo que dar à norma protetora de direitos dos agentes políticos municipais sujeitos a processo de cassação uma interpretação prejudicial àquelas pessoas, o que seria absurdo. 4. É ilegal a perda do mandato da Prefeita do Município de Carmo do Rio Claro/MG, porquanto extrapolado o lapso nonagesimal previsto no art. 5º, VII, do Decreto-Lei n. 201/67 para a conclusão do processo de cassação. 5. Isto porque a contagem do referido prazo teve início na data da apresentação espontânea da ora recorrente (10/9/2012), por meio de advogado, e não na data de sua notificação, feita em 8/4/2013. O termo final, por sua vez, ocorreu em 15/6/2013, com a publicação do ato de perda do mandato. 6. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento para declarar a ilegalidade do Decreto-Legislativo n. 6, de 15/6/2013 e, por conseguinte, determinar o retorno da impetrante ao cargo de Prefeita Documento: 45579943.* (Grifou-se).

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSO DE CASSAÇÃO DE VEREADOR. DECRETO-LEI N. 201/67. PRAZO DECADENCIAL. 1. A regra disposta no artigo 5º do Decreto-Lei n. 201/67, não obstante cuidar de processo de cassação de mandato de Prefeito, aplica-se aos vereadores, nos termos do artigo 7º desse diploma normativo. 2.* ***O processo de cassação do vereador deve transcorrer em até noventa dias, contados da data da notificação do acusado, nos termos do art. 5º, VII, do Decreto-Lei n. 201/67. Esse prazo, por ser decadencial, não pode ser suspenso ou prorrogado.*** *Precedentes. 3. Recurso especial provido.* (Resp 893.931/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4/10/2007). Grifou-se.

Portanto, mesmo considerando que não há nulidade na modalidade adotada para a votação, a decisão recorrida deve ser mantida, eis que constatada a irregularidade na extrapolação do prazo previsto no Decreto-Lei n. 201/67.

Com efeito, considerando que ainda se trata de uma liminar, sujeita à cognição sumária, deve ser mantida a decisão ao menos até o julgamento de mérito do mandado de segurança em primeira instância,

estando o entendimento do Magistrado, ora também adotado, respaldado em precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo-se a liminar concedida em primeira instância.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 15/12/2015 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Luiz Tadeu), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 17.12.2015)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria em discussão.

Como explanado pelo relator, a inicial do mandado de segurança indicou dois fatos ensejadores de nulidade da comissão processante, que culminou com a cassação do mandado do prefeito impetrante, ora agravado, a saber: a) nulidade da votação realizada por escrutínio fechado; b) exaurimento do prazo decadencial de 90 (noventa) dias para a conclusão do procedimento de que trata o Decreto-Lei n. 201/67.

No primeiro ponto, com razão o relator quando se posiciona pela ausência de nulidade da votação na casa de leis, malgrado o entendimento do juízo *a quo*, que entendeu pela nulidade da votação. De fato, foi respeitada a legislação de regência (Decreto-Lei n. 201/67), que exige apenas que a votação seja nominal, indicando os nomes de todos os vereadores votantes, situação observada na casuística.

Quanto ao segundo ponto, qual seja, exaurimento do prazo decadencial de 90 (noventa) dias para a conclusão do procedimento de cassação do mandato do prefeito, aqui agravado, após me debruçar sobre a matéria, hei por bem acompanhar o voto do relator no sentido de manter a decisão de primeira instância que, *initio litis*, entendeu por operada a decadência.

Nestes autos é incontroverso que o prefeito-recorrido foi notificado da instauração do processo de cassação de seu mandato em 23.03.2015, de modo que o prazo decadencial de 90 (noventa) dias, previsto no art. 5º, VII, do Decreto-Lei n. 201/67, findar-se-ia em 21.06.2015.

A comissão processante, segundo consta destes autos, designou sessão para o julgamento do prefeito em 18.06.2015, ou seja, 03 dias antes do prazo fatal de decadência.

Ocorre que, no dia 17.06.2015, isto é, um dia antes da sessão de julgamento, o prefeito-agravado ajuizou o mandado de segurança n. 0800740-51.2015.8.12.0013, ocasião em que foi deferida medida liminar determinando a suspensão da sessão extraordinária que iria deliberar sobre a cassação do seu mandato. O agravante foi intimada da referida decisão exatamente no dia 18.06.2015, ou seja, no dia em que haveria o julgamento. Consta, ainda, que o Des. Vladimir Abreu da Silva cassou a liminar concedida naquele *mandamus*, e o prefeito-impetrante, aqui agravado, se deu por intimado desta decisão em 23.06.2015 e a sessão de julgamento ocorreu em 02.07.2015.

Rememorando, o prazo decadencial de 90 (noventa) dias expirar-se-ia em 21.06.2015. A sessão de julgamento, contudo, ocorreu em 02.07.2015.

Nesse cenário, resta saber apenas se a liminar concedida naquele mandado de segurança, datada de 17.06.2015 e que suspendeu os trabalhos da comissão processante marcada para o dia 18.06.2015, uma vez cassada em segunda instância, determinando-se a retomada dos trabalhos da comissão processante, teria

ou não o império de reabrir o prazo pelo tempo restante a partir da intimação do prefeito-agravado que, segundo consta, ocorreu em 23.06.2015.

A resposta só pode ser negativa.

O processo de cassação de prefeito, por imperativo legal, deve transcorrer em até 90 (noventa) dias, contados da notificação do acusado conforme art. 5º, II, do citado Decreto-Lei n. 201/67. O referido dispositivo dispõe, ainda, que transcorrido o prazo sem o julgamento, o processo será arquivado, sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos.

No caso, por se tratar de prazo decadencial, de fato não pode ser suspenso, interrompido ou prorrogado.

Mesmo considerando o fato de que, no curso do procedimento de cassação do mandato, tenha havido liminar suspendendo os trabalhos da comissão processante por alguns dias, não se pode emprestar efeito suspensivo ou interruptivo para a continuidade dos trabalhos, uma vez que o procedimento implica, ao fim e ao cabo, na possibilidade de cassação de mandato de agente político. Por se tratar, portanto, de dispositivo que implica em possibilidade de imposição de penalidade, o mesmo deve ser interpretado de forma restritiva.

Ademais, dispõe o art. 207 do código civil que *"Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.*

Posto isso, acompanho o relator para o fim de negar provimento ao recurso, com a recomendação *incontinenti* para que a Câmara Municipal de Guia Lopes da Laguna continue a apurar as graves denúncias a que se refere o procedimento administrativo instaurado.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

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. 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, 17 de dezembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0830677-45.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALEGAÇÃO DE EQUÍVOCO NO DIAGNÓSTICO DE EXAME LABORATORIAL – LEGITIMIDADE PASSIVA DOS RÉUS – MÉDICO E CENTRO LABORATORIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO CENTRO DE EXAMES EM CASO DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – INTERESSE DE AGIR – BINÔMIO NECESSIDADE – ADEQUAÇÃO – PETIÇÃO INICIAL NÃO CONSIDERADA INEPTA – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO.

É consabido, no âmbito dos profissionais da saúde, acerca da responsabilidade solidária entre médicos ou quaisquer outros profissionais liberais e hospitais, clínicas, planos de saúde, laboratórios, cooperativas médicas.

A legitimidade do centro laboratorial de exames e do médico que emitiu o laudo combatido nos autos decorre do fato de serem eles as pessoas indicadas, em sendo procedente o pedido, a suportar os efeitos oriundos da sentença.

Em havendo necessidade da parte buscar, tutela jurisdicional objetivando a restituição de valores supostamente devidos, e se utilizando da via adequada para tanto, não há falar em ausência de interesse de agir.

Não há falar em inépcia da inicial quando perfeitamente possível deduzir dos fatos narrados qual a pretensão da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Soraya de Oliveira Alencar Demeterco interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juízo da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a petição inicial, nos termos do art. 267, I e IV do CPC.

Alega que, conforme consta dos autos, foram emitidos pelo Centro Ortopédico Jardim dos Estados Ltda três laudos médicos distintos e antagônicos sobre um mesmo sintoma (dor no ombro direito), impedindo a autora de receber o auxílio-acidente e de exercer a função de caixa executivo.

Aduz ainda que os requeridos atribuíram vários nomes a dor no ombro direito que a autora sente, e diante disso, somente uma perícia médica isenta realizada nestes autos poderá dizer se autora possui uma única ou várias doenças, ou se a doença que possui é a mesma diagnosticada pelos laudos ou não.

Assevera que se encontra comprovado nos autos que todos os laudos foram emitidos através do Centro Ortopédico Jardim dos Estados Ltda, mediante utilização de papel timbrado e personalizado, inclusive o laudo médico emitido nos autos do processo movido pela autora contra o INSS, evidenciando assim sua participação e responsabilidade na elaboração dos referidos laudos a justificar sua inclusão no polo passivo da ação.

Requer seja dado provimento ao recurso, "*para anular a sentença recorrida e determinar o prosseguimento do feito pelos motivos acima expostos*".

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Soraya de Oliveira Alencar Demeterco em face da sentença prolatada pelo Juízo da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a petição inicial, nos termos do art. 267, I e IV do CPC.

Requer seja dado provimento ao recurso, "*para anular a sentença recorrida e determinar o prosseguimento do feito pelos motivos acima expostos*".

Consta dos autos, que a autora ingressou com a presente demanda em face dos requeridos pleiteando indenização por danos morais pelo valor "*que deixou de receber do INSS por conta do laudo médico emitido no processo n.º 0013124-96.2007.8.12.0001*." (f. 10)

Isto porque, de acordo com a exordial, o laudo realizado na primeira requerida e emitido naqueles autos pelo segundo requerido, então sócio da primeira requerida, foi no sentido de que a autora não possuía nenhum tipo de incapacidade funcional/laboral que a impedisse de exercer a função de caixa executivo, razão pela qual, com base no referido laudo, foi julgado improcedente o pedido de restabelecimento do auxílio-doença pleiteado naqueles autos.

Compulsando mais detidamente os autos, verifica-se que a apelante, ao longo de aproximadamente 13 anos (1999-2012), realizou vários exames médico-periciais na primeira requerida Centro Ortopédico Jardim dos Estados Ltda, dentre os quais, alguns deles, foram assinados pelo segundo requerido Luiz Roberto Rodrigues.

De acordo com os argumentos trazidos pela apelante, "Conforme consta dos autos, a emissão de três laudos médicos distintos e antagônicos sobre um mesmo sintoma (dor no ombro direito), emitidos através do primeiro requerido, impediu a autora de receber o auxílio acidente e de exercer a função de caixa executivo." (f. 67)

Vê-se, portanto, que, a pretensão da autora, ora apelante, nada mais é do que, após dilação probatória, responsabilizar os requeridos pelos prejuízos sofridos em razão da emissão de laudos supostamente antagônicos resultantes de exames ali realizados ao longo do período de 1999 a 2012, mormente no que se refere ao laudo realizado nos autos nº 0013124-96.2007.8.12.0001.

Note-se que, se assiste ou não, razão à autora, trata-se de matéria de mérito a ser apreciada em primeiro grau, após regular processamento do feito, não havendo falar em extinção do feito sem resolução do mérito, por ilegitimidade de parte, ausência de interesse de agir ou inépcia da inicial, conforme restou sentenciado.

Preceitua o art. 14 do CDC:

> *Art. 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."*

O citado diploma refere-se à responsabilidade objetiva, que prescinde da comprovação de culpa e assegura ao consumidor, independentemente do fornecedor ou prestador de serviço ter agido com culpa, o direito à reparação pelos acidentes de consumo decorrentes de um serviço prestado defeituosamente.

Acerca disso, Sérgio Cavalieri Filho esclarece que "*os laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue, centro de exames radiológicos e outros de altíssima precisão, além de assumirem obrigação de resultado, são também prestadores de serviços. Tal como os hospitais e clínicas médicas, estão sujeitos à disciplina do Código do Consumidor, inclusive no que tange à responsabilidade objetiva". (*CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de responsabilidade civil. 2. ed., São Paulo: Malheiros, p. 282-283.)

Com efeito, estabelece o artigo 927 do Código Civil:

> *"Art. 927. Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.*
>
> *Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem".*

Sobre a responsabilidade objetiva reza o parágrafo único do artigo supracitado que a responsabilidade indenizatória decorre do exercício da própria atividade do estabelecimento.

Neste sentido:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. EXAMES RADIOLÓGICOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. I - O diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c/c o 3º do CDC). II - Danos materiais devidos, tendo em vista que as despesas efetuadas com os exames posteriores ocorreram em razão do erro cometido no primeiro exame radiológico.*
>
> *III - Valor dos danos morais fixados em 200 salários-mínimos, por se adequar melhor à hipótese dos autos. IV - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.* (STJ - Resp 594962/RJ. Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Data do julgamento 09/11/2004 Data da Publicação 17/12/2004).

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. Exame laboratorial. Câncer. Dano moral. Reconhecida no laudo fornecido pelo laboratório a existência de câncer, o que foi comunicado de modo inadequado para as circunstâncias, a paciente tem o direito de ser indenizada pelo dano moral que sofreu até a comprovação do equívoco do primeiro resultado, no qual não se fez nenhuma ressalva ou indicação da necessidade de novos exames. Recurso conhecido e provido.* (STJ – Resp 241.373/SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Data do julgamento 14/03/2000).

Esta Corte não destoa:

> *E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE EQUÍVOCO NO DIAGNÓSTICO DE EXAME LABORATORIAL – PRELIMINAR DE DENUNCIAÇÃO À LIDE – REJEITADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS RÉUS – REJEITADA – EXAME LABORATORIAL – ERRO DE INFORMAÇÃO APONTANDO DOENÇA QUE POSTERIORMENTE SE VIU INEXISTENTE (CÂNCER) QUE OCASIONA DANO MORAL E NÃO MERO DISSABOR – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO LABORATÓRIO – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DEVER DE INDENIZAR PELO DANO MORAL.*
>
> *O laboratório, prestador de serviços, tem o dever e a responsabilidade de divulgar informações corretas e precisas, necessárias à exata delimitação do bem objeto do contrato. O diagnóstico inexato fornecido por Laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, impõe o dever de indenizar a parte que se viu abalada pela deficiência dos serviços prestados.*
>
> *A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c.c.o 3º do CDC).*
>
> *Reputa-se como de consumo, e, portanto, sujeita às regras instituídas pelo CDC, a prestação de serviços por Laboratórios de Análises Clínicas, o qual, em razão da responsabilidade objetiva, é obrigada a indenizar a título de danos morais em caso de erro de diagnóstico.*
>
> *O julgador, ao fixar os danos morais, deve levar em conta a intensidade da culpa, as circunstâncias em que ocorreu o dano e a situação financeira das partes envolvidas, além disso, o valor da condenação deve ter caráter punitivo para que o causador do dano sofra uma repreensão de forma a não repetir o ilícito praticado e caráter de compensação pela dor moral suportada pela vítima, sem proporcionar a esta, contudo, o enriquecimento indevido.*
>
> *Recursos conhecidos e improvidos, para manter integralmente a sentença.* (TJMS Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.029031-1/0000-00 - Ponta Porã. Relator Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan)

No caso em apreço, vê-se que a autora busca ser indenizada não apenas pelo prejuízo causado pelo laudo emitido pelo segundo requerido Luiz Roberto Rodrigues, na qualidade de perito judicial nos autos nº 0013124-96.2007.8.12.0001, como também pelos demais laudos supostamente antagônicos emitidos na qualidade de sócio da primeira requerida Centro Ortopédico Jardim dos Estados Ltda.

Desta feita, em caso de procedência do pedido, serão os requeridos quem deverão suportar os efeitos da sentença.

Neste sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. EXTINÇÃO DO FEITO COM FULCRO NO ART. 267, VI, DO CPC. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO PROVIDO. Para que o provimento jurisdicional de mérito seja atingido, se faz necessário que as partes processuais, ou seja, autor e réu, sejam legítimas. Nesse contexto, Arruda Alvim leciona que "estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença".* (TJ-SC - AC: 20100769208 SC 2010.076920-8 (Acórdão), Relator: Stanley da Silva Braga, Data de Julgamento: 12/09/2012, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado).

Logo, não há falar em ilegitimidade passiva, no caso em apreço.

Igualmente não há falar em ausência de interesse de agir.

O interesse processual ou interesse de agir consiste na utilidade do provimento jurisdicional pretendido pelo demandante, que é verificada pela presença do binômio "interesse-adequação", ou seja, necessidade da tutela jurisdicional e adequação do procedimento pleiteado.

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery *"existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado*." (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 700).

Em havendo necessidade da parte buscar a tutela jurisdicional, objetivando a restituição de valores supostamente devidos, e se utilizando da via adequada para tanto, não há falar em ausência de interesse de agir.

Por fim, ao contrário do que restou sentenciado, a petição não deve ser considerada inepta.

Nos termos do artigo 295, § único do CPC:

> *"Art. 295. A petição inicial será indeferida:*
>
> *I - quando for inepta;*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único: Considera-se inepta a petição inicial quando:*
>
> *(...)*
>
> *II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;*
>
> *(...)"*

Analisando a peça exordial, é perfeitamente possível deduzir dos fatos narrados qual a pretensão da autora.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para julgar insubsistente a sentença, determinando a remessa dos autos ao juízo de primeiro grau para regular prosseguimento do feito.

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. 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, 16 de fevereiro de 2016.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1412053-96.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PREGÃO PRESENCIAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRELIMINAR AFASTADA – CONCORRENTE IMPEDIDA DE CONTRATAR COM A INFRAERO E COM A UNIÃO – INCERTEZA NA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA IMPETRANTE – SEGURANÇA DENEGADA.

1. A apreciação de relatório contábil que embasou a decisão de autoridade impetrada no mandado de segurança constitui matéria de mérito do *mandamus*, pois somente aferindo sua conformidade à lei e aos documentos apresentados pela impetrante no processo licitatório será possível verificar se houve afronta ao direito líquido e certo da impetrante de ser habilitada na fase de qualificação econômico-financeira do certame.

2. A participação, em pregão presencial, de licitante, concorrente com a impetrante, impedida de contratar com a Infraero e com toda a União não acarreta violação a direito líquido e certo da impetrante, na medida em que alcançou classificação pior do que está. Esse reconhecimento de ausência de afronta a direito líquido e certo da impetrante, todavia, não impede que a autoridade, tendo notícia do impedimento, verifique se a aludida concorrente pode continuar participando do pregão presencial ou não.

3. A ausência, nos autos do procedimento licitatório de pregão presencial, de documentos aptos a demonstrar que os valores referentes às contas Clientes Diversos e Tributos a Recuperar pertencem ao grupo Ativo Circulante, deixa incerto se os valores lançados nas mencionadas contas devem estar integralmente incluídos no grupo Ativo Circulante, ou se deveriam pertencer, integral ou parcialmente, ao grupo Ativo Não Circulante. Essa incerteza torna inexorável a conclusão de que a impetrante não demonstrou haver atendido os requisitos da qualificação econômico-financeira previstos no edital do certame. Saliente-se que o parecer técnico de empresa de auditoria e contabilidade juntado com a petição inicial do mandado de segurança não serve para comprovar a correção da distribuição de valores segundo o entendimento da impetrante, porquanto sua apreciação demandaria abrir oportunidade para instrução probatória, o que é inadmissível no processo de mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Alpha Terceirização Ltda, devidamente qualificada, impetra mandado de segurança em face de ato praticado pelo secretário-geral do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul – Dr. Rodrigo Jacobina Stephanini, que inabilitou a impetrante em processo licitatório, qual seja, o Pregão Presencial n. 35/PGJ/2015.

Afirma, em síntese, que atende os requisitos previstos no edital do certame licitatório, tendo ocorrido mero erro material no balanço patrimonial referente ao ano de 2014, com valor equivocado no que tange ao Ativo Circulante, o qual não obsta sua participação no certame, já que foi incluído o Ativo Realizável a Longo Prazo e contabilizadas rubricas de Ativo Realizado a Curto Prazo (tributos a recuperar e clientes diversos) considerados como Ativo Realizável a Longo Prazo.

Aduz que a empresa Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli sofreu penalidade de impedimento do direito de licitar e contratar com a Infraero e com toda União, conforme publicação em Diário Oficial, contudo, mesmo assim, a empresa foi classificada em 3º (terceiro) lugar.

Ao fim, requer a concessão da segurança, confirmando-se a liminar e declarando-se a habilitação da impetrante no Processo Licitatório n. 35/PGJ/2015, e consequente adjudicação, homologação e assinatura do contrato, bem como, que seja invalidado o recurso apresentado em sede de licitação pela empresa Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli, promovendo sua desclassificação.

Ao mandado de segurança foram juntados documentos e recolhido o preparo.

O pedido liminar foi deferido em parte, para determinar que a impetrante seja reintegrada ao Processo Licitatório Pregão Presencial n. 35/PGJ/2015, habilitando-a para participar da Sessão de Abertura de Envelope da Documentação na data de 15.10.2015, às 14h00, devendo haver a adjudicação e homologação da proposta apenas se preenchidos os demais requisitos legais, até o julgamento do presente *mandamus*.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul informa que, aos 22.10.2015, restou homologado *sub judice* o resultado do Pregão Presencial n. 35/PGJ/2015, figurando a impetrante como "vencedora *sub judice*" do certame, com valor global mensal de R$ 533.000,00 (quinhentos e trinta e três mil reais). Além disso, pugna pela denegação da segurança e pela extinção do processo com resolução do mérito, em razão da inexistência de direito líquido e certo da impetrante que ampare os pleitos iniciais.

O Estado de Mato Grosso do Sul ingressa no feito e suscita preliminar de inadequação da via eleita, em virtude da necessidade de dilação probatória, incompatível com o rito procedimental e com a própria finalidade do *mandamus*. No mérito, bate-se pela denegação da segurança, por ausência de direito líquido e certo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Retrospectiva processual.

Alpha Terceirização Ltda., devidamente qualificada, impetra mandado de segurança em face de ato praticado pelo Secretário-Geral do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul – Dr. Rodrigo Jacobina Stephanini, que inabilitou a impetrante em processo licitatório.

Narra que se submeteu a processo licitatório, mediante Pregão Presencial n. 35/PGJ/2015, cujo objeto consiste na contratação de empresa para prestação de serviços de portaria, recepção, copeiragem, limpeza, asseio, serviços gerais, incluindo máquinas, equipamentos e utensílios, bem como materiais de limpeza e higienização ao Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

Informa que foi declarada vencedora da etapa de lances e, aberto o envelope da documentação, foi analisado seu conteúdo, entendendo-se, até então, atendidos os requisitos previstos no edital do certame licitatório, tendo sido considerada habilitada.

Alega que as empresas Planalto Limpeza e Conservação de Ambienta Ltda. e Moura & Botelho Silveira Ltda. apresentaram recurso administrativo alegando as seguintes falhas: não apresentação de cópia autenticada do balanço patrimonial, ausência de documentos de inscrição junto ao Conselho Regional de Administração e índice econômico-financeiro abaixo do mínimo previsto no edital.

Aduz que foi dado parcial provimento ao recurso sob os fundamentos de que o balanço patrimonial e o demonstrativo econômico-financeiro (não autenticados) não atendiam às exigências editalícias. Isso porque se considerou que o ativo circulante indicado, qual seja, R$ 9.030.101,95 não foi corretamente elaborado, uma vez que nele foi incluído montante do Ativo Realizável a Longo Prazo, o que faz parte do Ativo Não Circulante. Consignou-se, ainda, que o verdadeiro Ativo Circulante totaliza R$ 1.486.535,52; o Ativo Não Circulante R$ 7.820.470,35 (total de R$ 9.307.005,87) e o Passivo Circulante R$ 3.604.698,52, o que resulta em Capital Circulante Líquido de (-) R$ 2.118.163,00. Considerou-se que seria necessário pelo menos o montante de R$ 1.365.476,12, o que não teria sido cumprido, no entender da Comissão, motivo pelo qual a impetrante foi considerada inabilitada.

Argumenta que a empresa Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli sofreu penalidade de impedimento do direito de licitar e contratar com a Infraero e com toda União, conforme publicação em Diário Oficial, contudo, mesmo assim, a empresa foi classificada em 3º (terceiro) lugar.

Diante disso, entende que *"deverá ser invalidado recurso apresentado em sede de licitação pela empresa suspensa 'Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli', bem como promover sua desclassificação"*.

Quanto à sua qualificação econômico-financeira, afirma que apresentou balanço patrimonial referente ao ano de 2014 com valor equivocado no que tange ao Ativo Circulante, contudo, trata-se, no seu entender, somente de erro material, já que foi incluído o Ativo Realizável a Longo Prazo e contabilizadas rubricas de Ativo Realizado a Curto Prazo (tributos a recuperar e clientes diversos) considerados como Ativo Realizável a Longo Prazo.

Segundo informa, *"por unanimidade jurisprudencial e doutrinária, no que tange a natureza jurídica dos Créditos (Clientes Diversos e Tributos a Recuperar), estes fazem parte do Ativo Circulante Realizável a Curto Prazo e devem ser contabilizados para fins de volume de movimentação durante o exercício"*. Ademais, assevera que tal equívoco não passa de erro material e que, devidamente corrigido, não modifica o resultado da licitação, já que não altera a capacidade financeira da impetrante.

Ressalta que há dez anos é prestadora de serviço ao Ministério Público Estadual e é a atual executora dos serviços no órgão, cumprindo o contrato em sua integralidade, sem nunca ter sido contestado o Balanço Patrimonial da empresa.

Pugnou pela *"concessão da medida liminar (...) de forma a aceitar a proposta e habilitar imediatamente a impetrante a fim de reintegrá-la no Processo Licitatório (...) e consequentemente sua adjudicação e homologação, bem como, que todos os atos do Ilustríssimo Pregoeiro seja revogados a*

partir do momento em que ocorrer o chamamento do próximo proponente imediatamente subsequente à inabilitação e desclassificação da Impetrante, revogação da Decisão do Secretário Geral (...) até a decisão final do mandamus".

Ao fim, requer a concessão da segurança, confirmando-se a liminar e declarando-se a habilitação da impetrante no Processo Licitatório n. 35/PGJ/2015, e consequente adjudicação, homologação e assinatura do contrato, bem como, que seja invalidado o recurso apresentado em sede de licitação pela empresa Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli, promovendo sua desclassificação.

A autoridade impetrada informa que, aos 22.10.2015, restou homologado *sub judice* o resultado do Pregão Presencial n. 35/PGJ/2015, figurando a impetrante como "vencedora *sub judice*" do certame, com valor global mensal de R$ 533.000,00 (quinhentos e trinta e três mil reais).

Além disso, alega, em síntese, que a impetrante deixou de observar as disposições do Edital, em especial, o item 6.5 (qualificação econômico-financeira), na medida em que não apresentou documentos capazes de comprovar sua capacidade financeira para a prestação dos serviços, nos moldes do edital, de sorte que não há direito líquido e certo a ser resguardado no presente *mandamus*.

Recorda que o ato impugnado foi embasado nas conclusões expostas pelo Relatório Contábil 229/2015 DAEX/CORTEC-PGJ, que apontou divergências entre os índices econômico-financeiros apresentados pela impetrante e aqueles exigidos pelo edital do certame, reforçado pelo Relatório Contábil Complementar 257/2015 DAEX/CORTEC-PGJ, segundo o qual ficou claro que *"somente a apresentação do relatório não altera a situação atual da escrituração contábil, e por conseguinte a aferição de seus índices econômicos financeiros"*.

Acrescenta que é ponderável a possibilidade de ocorrência de dano inverso, pois, caso seja concedida a segurança, o Ministério Público Estadual correrá o risco de contratar com empresa que não logrou êxito em comprovar sua "boa saúde financeira" para cumprir o objeto do certame.

Por isso, requer a denegação da segurança e a extinção do processo com resolução do mérito, em razão da inexistência de direito líquido e certo da impetrante que ampare os pleitos iniciais.

A seu turno, o Estado de Mato Grosso do Sul suscita preliminar de inadequação da via eleita, tendo em conta que a matéria arguida e alegada na exordial ensejaria inegável dilação probatória, incompatível com o rito procedimental e com a própria finalidade do *mandamus*, que é a de assegurar proteção a direito líquido e certo comprovado de plano.

No mérito, sustenta que a impetrante não atendeu o disposto na alínea "b" do subitem 6.5 do Edital do certame, na medida em que não demonstrou deter qualificação econômico-financeira quando da apresentação dos documentos necessários à habilitação do certame. Aduz que, tendo o Ministério Público atuado em conformidade ao edital, vinculativo, não há espaço para exame do mérito do ato administrativo pelo Judiciário.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, pela denegação da segurança.

Questão preliminar.

O Estado de Mato Grosso do Sul suscita preliminar de inadequação da via eleita, tendo em conta que a matéria arguida e alegada na exordial ensejaria inegável dilação probatória, pois acolher ou não a pretensão da parte autora implica no exame do relatório contábil produzido pelo DAEX e que fundamentou o ato apontado como coator.

De fato, a análise da pretensão da impetrante implica no exame do relatório contábil produzido pelo DAEX, uma vez que este serve de fundamento para o ato da autoridade impugnado neste mandamus.

Todavia, não decorre daí que seja necessária dilação probatória. Ao contrário, a apreciação do relatório contábil constitui matéria de mérito do mandado de segurança, pois somente aferindo sua conformidade à lei e aos documentos apresentados pela impetrante no processo licitatório será possível verificar se houve afronta ao direito líquido e certo da impetrante de ser habilitada na fase de qualificação econômico-financeira do certame.

Por conseguinte, rejeito a preliminar.

Mérito

Infere-se dos autos que, no dia 8 de julho de 2015, foi instaurado o Procedimento Administrativo n. PGJ/10/2098/2015 (Pregão Presencial n. 35/PGJ/2015), cujo objeto consiste na abertura de processo licitatório referente à contratação de empresa para prestação de serviços de portaria, recepção, copeiragem, limpeza, asseio, serviços gerais e encarregado de equipe, incluindo máquinas, equipamentos e utensílios, bem como materiais de limpeza e higienização necessários para atender os edifícios-sede da Procuradoria-Geral de Justiça e das Promotorias de Justiça da Capital e do interior do Estado.

Aos 4.9.2015, a impetrante Alpha Terceirização Ltda. foi declarada vencedora da etapa de lances, tendo ofertado o menor valor global mensal. A seguir, o envelope de documentação foi aberto e seu conteúdo analisado, entendendo-se, até então, que a concorrente havia atendido os requisitos previstos no edital do certame, motivo por que foi declarada "habilitada".

Posteriormente, as licitantes Moura & Botelho Silveira Ltda. – ME e Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli interpuseram recurso administrativo por não se conformarem com a habilitação da ora impetrante. Em particular, a concorrente Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli argumentou que havia divergência na escrituração contábil da licitante Alpha Terceirização Ltda.

Em virtude da complexidade do tema e a necessidade de esclarecimentos para subsidiar futura decisão, o Procurador-Geral Adjunto de Justiça Administrativo, Dr. João Albino Cardoso Filho, determinou a remessa dos autos ao Departamento de Apoio às Atividades de Execução (Daex), objetivando a análise e parecer técnico sobre o balanço patrimonial da empresa Alpha Terceirização Ltda., com vistas a esclarecer se teria procedência a alegação da recorrente Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli.

Em resposta, o Daex elaborou o Relatório Contábil 229/2015 – CAEX/CORTEC-PGJ, afirmando a existência de divergências entre os índices econômicos e financeiros apresentados por Alpha Terceirização Ltda.

Tendo em conta as argumentações das empresas recorrentes e o Relatório Contábil 229/2015 – DAEX/CORTEC-PGJ, o Secretário-Geral do Ministério Público Estadual proferiu decisão nos autos PGJ/10/2098/2015, dando parcial provimento ao recurso apresentado pela empresa Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli, considerando, por consequência, a empresa licitante Alpha Terceirização Ltda. inabilitada a permanecer no procedimento licitatório, ante a ausência de qualificação econômico-financeira.

Inconformada com a decisão, a impetrante formulou pedido de reconsideração, incluindo parecer técnico elaborado pela empresa de auditoria e contabilidade Inforplace Auditores e Consultores para, no seu entender, comprovar a real situação patrimonial da licitante.

Na mesma oportunidade, alegou que a concorrente Planalto e Conservação de Ambiente – Eireli está impedida de licitar e contratar com a Infraero e toda a União, e postulou a invalidação do recurso apresentado por esta licitante, bem como sua desclassificação no procedimento licitatório.

Mais uma vez, os autos foram encaminhados ao Daex, para se manifestar a respeito do relatório elaborado por Inforplace Auditores e Consultores. Em resposta, o Departamento redigiu o Relatório Contábil Complementar 257/2015 – DAEX, confirmando o relatório anterior.

Aos 22.10.2015, o Daex devolveu os autos à Secretaria-Geral do Ministério Público com o Relatório Contábil Complementar 257/2015 – DAEX/CORTEC-PGJ. Na mesma data, a Procuradoria-Geral de Justiça foi notificada a respeito do deferimento do pedido liminar no presente *mandamus*, de sorte que o resultado do Pregão Presencial n. 35/PGJ/2015 restou homologado *sub judice*, figurando como vencedora *sub judice* do certame a empresa Alpha Terceirização Ltda., com valor global mensal de R$ 533.000,00 (quinhentos e trinta e três mil reais).

Da pretensão de afastar concorrente.

A impetrante pretende que seja invalidado o recurso apresentado em sede de licitação pela empresa Planalto e Conservação de Ambiente – Eireli e promovida a desclassificação desta concorrente.

O mandado de segurança é a garantia constitucional apropriada *"para proteger direito líquido e certo, não amparado por* habeas corpus *ou* habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"* (artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal).

Direito líquido e certo, na expressão memorável de Hely Lopes Meirelles, *"é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante (...)."*[1]

No caso em análise, apesar de haver notícia de que a licitante Planalto e Conservação de Ambiente – Eireli está impedida de licitar e contratar com a Infraero e toda a União, sua participação no certame já não é passível de causar qualquer prejuízo para a impetrante, uma vez que esta ofereceu a proposta vencedora, sagrando-se em primeiro lugar, enquanto a concorrente Planalto ficou em terceira posição.

Sem dúvida, a impetrante, ao atacar a outra licitante, pretende, a rigor, anular o recurso administrativo interposto por esta que levou à sua inabilitação para o certame, durante a reapreciação de sua qualificação econômico-financeira.

Todavia, ainda que a concorrente Planalto e Conservação de Ambiente fosse afastada da licitação e que o recurso administrativo fosse anulado, seria imprescindível que a autoridade impetrada promovesse a reanálise da situação econômico-financeira da impetrante, de ofício, porquanto seria inadmissível, nesta fase, ignorar a incerteza a respeito da saúde econômico-financeira da empresa.

Logo, a manutenção da empresa Planalto e Conservação de Ambiente – Eireli no certame não acarreta violação a direito líquido e certo da impetrante, inexistindo motivo para conceder a segurança por este fundamento.

É preciso deixar bem claro, porém, o seguinte: não se está aqui afirmando que a licitante Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli deva ser mantida entre as empresas habilitadas no certame.

1 MEIRELLES, Hely Lopes; Wald Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37.

Uma vez que a impetrante trouxe para este mandamus a notícia de que esta concorrente está impedida de contratar com a Infraero e com toda a União, incumbe à autoridade impetrada verificar se ela pode continuar participando do pregão presencial ou não.

Em outras palavras, o reconhecimento de que a participação da empresa Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli não implica em violação a direito líquido e certo da impetrante não constitui nenhuma autorização para que ela continue a participar do processo licitatório. O mencionado reconhecimento apenas obsta que o impedimento de licitar sirva de fundamento para conceder a segurança postulada neste *writ*. Nada mais.

Da pretensão de habilitar-se.

A qualificação econômico-financeira das licitantes no Procedimento Administrativo n. PGJ/10/2098/2015 (Pregão Presencial n. 35/PGJ/2015) encontra-se prevista no item 6.5 do edital de abertura, que preceitua, *in verbis*:

> *6.5 A qualificação econômico-financeira consistirá em:*
>
> *a) Balanço patrimonial do último exercício social (ou balanço de abertura para as licitantes que iniciaram suas atividades neste ano), já exigível e apresentado na forma da lei, devidamente registrado na Junta Comercial do Estado do domicílio da empresa (ou nos Cartórios competentes, quando for o caso), que comprove a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizado por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta:*
>
> *(...)*
>
> *b) Comprovação de Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social;*
>
> *(...)*

Ao apresentar seu Balanço Patrimonial (f. 302-312), a licitante Alpha Terceirização Ltda. incluiu no Ativo Circulante o Ativo Realizável a Longo Prazo, inserindo neste, entre outras, as contas Clientes Diversos e Tributos a Recuperar.

Por isso, o Ativo Circulante da concorrente ficou superestimado, dando ensejo a que a licitante Planalto Limpeza e Conservação de Ambiente – Eireli interpusesse recurso administrativo, objetivando a inabilitação da vencedora Alpha Terceirização Ltda.

Para oferecer à autoridade impetrada elementos destinados a proferir decisão no recurso, o Departamento de Apoio às Atividades de Execução (Daex) elaborou o Relatório Contábil 229/2015 – CAEX/CORTEC-PGJ (f. 341-345), no qual assinalou a discrepância entre o Balanço Patrimonial da licitante e o que é determinado pela Lei n. 6.404/76, bem como a existência de divergências entre os índices econômicos e financeiros apresentados por Alpha Terceirização Ltda., nos seguintes termos:

> *Diante das informações acima, o subgrupo Realizável a Longo Prazo (que são as contas de bens e direitos da empresa cujas realizações se darão após o término do ano seguinte) devem ser classificadas abaixo do grupo Ativo Não Circulante. Porém, no Balanço Patrimonial da empresa Alpha Terceirização Ltda. foi apresentada uma estrutura discrepante com o determinado pela lei 6.404/76, visto que o subgrupo supracitado consta incorretamente no Ativo Circulante (...)*

> *Assim, o valor do Ativo Circulante a ser considerado é de R$ 1.486.535,52, pois o valor do Realizável a Longo Prazo de R$ 7.542.566,43 deveria estar disposto como um subgrupo do Ativo Não Circulante, resultando em um Capital Circulante Líquido (AC-PC) de (-) R$ 2.118.163,00.*
>
> *(...)*
>
> *Em conformidade com o exposto no presente relatório, os índices econômicos financeiros (índice de liquidez geral, índice de liquidez corrente e capital circulante líquido) da empresa Alpha Terceirização Ltda., encontram-se divergentes do que foi apresentado pela empresa em sua escrituração contábil, de forma que os valores corretos a serem considerados:*
>
> *Índice de Liquidez Geral: 2,51*
>
> *Índice de Liquidez Corrente: 4,41*
>
> *Capital Circulante Líquido: (-) R$ 2.118.163,00*

Inconformada, Alpha Terceirização Ltda. formulou pedido de reconsideração, a fim modificar a decisão que, amparada no aludido relatório, a declarou inabilitada no certame.

Mais uma vez, o Daex, provocado a se manifestar a respeito dos argumentos da impetrante, redigiu o Relatório Contábil Complementar 257/2015 – DAEX (f. 212-217), com a seguinte conclusão:

> *Analisando as justificativas apresentadas pela empresa Alpha Terceirização Ltda. em seu pedido de reconsideração de decisão, nota-se explicitamente a admissão de que a classificação contábil da conta Ativo Realizável a Longo Prazo não faz parte do Ativo Circulante, conforme sustentado em nosso Relatório Contábil de nº 229/2015, porém, a empresa alegou que independentemente do erro material na sua escrituração contábil no que tange a natureza jurídica dos Créditos (Clientes Diversos e Tributos a Recuperar), tais contas fazem parte, sem divergências jurisprudenciais e doutrinárias, do Ativo Circulante Realizável a Curto Prazo. Porém, diferentemente do sustentado pela empresa Alpha, as contas Clientes Diversos e Tributos a Recuperar tanto podem ser classificadas no Ativo Circulante como no subgrupo Ativo Realizável a Longo Prazo (Ativo Não Circulante), sendo a distinção entre elas por serem realizáveis no decurso do exercício seguinte ou após o exercício seguinte respectivamente. Como exemplo, citamos o entendimento de Sérgio de* [sobrenome ilegível] *sobre a classificação das contas de Créditos e Valores do Ativo Realizável a Longo Prazo:*
>
> *Nesse subgrupo, estarão classificados os créditos a receber de terceiros, relativos a eventuais contas de* ***clientes com prazo de pagamento superior ao exercício seguinte à data do Balanço****, títulos a receber, adiantamentos etc., bem como* ***valores****, também recebíveis a* ***longo prazo****, oriundos de depósitos e empréstimos compulsórios,* ***impostos a recuperar*** *etc. (grifo nosso)*
>
> *Analisando a documentação contida nos autos, concluímos que as contas Clientes Diversos e Tributos a Recuperar tanto podem ser classificadas no Ativo Circulante como no subgrupo Ativo Realizável a Longo Prazo (Ativo Não Circulante), sendo a distinção entre elas por serem realizáveis no decurso do exercício seguinte ou após o exercício seguinte respectivamente. De forma que não se devem classificar as mesmas, sempre no grupo Circulante, conforme sugeriu a empresa Alpha Terceirização Ltda.*
>
> *Em relação ao cálculo dos índices econômicos e financeiros, estes são reflexos da escrituração contábil oficial da empresa, por meio do livro contábil obrigatório. Desta*

> *forma, o parecer técnico da Empresa de Auditoria Inforplace Auditores e Consultores evidenciando erro material na elaboração da peça contábil, Balanço Patrimonial, e recomendando a retificação em seus valores não altera a situação atual da escrituração contábil, e por conseguinte a aferição de seus índices econômicos financeiros mantêm-se os mesmos que anteriormente foram apresentados no Relatório Contábil de nº 229/2015. Entendemos que é necessário que as informações contidas no Parecer, sigam os trâmites de formalização nos meios oficiais, através do registro de um novo Balanço Patrimonial na respectiva Junta Comercial.*
>
> *Cabe ressaltar que não há nos Autos embasamento documental para se concluir que os valores referentes às contas Clientes Diversos e Tributos a Recuperar, pontuados no Parecer Técnico da Empresa de Auditoria e Contabilidade, "Inforplace Auditores e Consultores", são realmente do grupo Ativo Circulante ou Ativo Não Circulante.*

Depreende-se, por conseguinte, que as contas Clientes Diversos e Tributos a Recuperar podem ser classificadas no grupo Ativo Circulante ou no grupo Ativo Não Circulante.

A impetrante sustenta que, *"Conforme é sabido, por unanimidade jurisprudencial e doutrinária, no que tange à natureza jurídica dos Créditos (Clientes Diversos e Tributos a Recuperar), estes fazem parte de Ativo Circulante Realizável a Curto Prazo e devem ser contabilizados para fins de volume de movimentação durante o exercício."* Não obstante, a suposta unanimidade jurisprudencial não está demonstrada e a divergência doutrinária está devidamente assinalada no Relatório Contábil Complementar 257/2015 – DAEX.

Além disso, conforme muito bem esclareceu o DAEX, não havia nos autos do procedimento licitatório, tanto quanto não há nos autos deste *mandamus*, documentos aptos a demonstrar que os valores referentes às contas Clientes Diversos e Tributos a Recuperar pertencem ao grupo Ativo Circulante, como afirma a impetrante. De fato, a análise apenas do Balanço Patrimonial da impetrante é insuficiente para aferir se os valores lançados nas contas Clientes Diversos e Tributos a Recuperar devem estar integralmente incluídos no grupo Ativo Circulante, ou se deveriam pertencer, integral ou parcialmente, ao grupo Ativo Não Circulante.

Saliente-se que o Parecer Técnico da Empresa de Auditoria e Contabilidade Inforplace Auditores e Consultores não serve para comprovar a correção da distribuição de valores segundo o entendimento da impetrante, porquanto sua apreciação demandaria abrir oportunidade para instrução probatória, o que é inadmissível no processo de mandado de segurança.

Assim, é inexorável a conclusão de que a impetrante não demonstrou haver atendido os requisitos da qualificação econômico-financeira previstos no edital do certame.

Logo, não está comprovado nos autos que o ato impugnado tenha acarretado violação a direito líquido e certo da impetrante.

Conclusão.

Ante o exposto, em parte com o parecer, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, denego a segurança e decreto a extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas pela impetrante.

Sem honorários de advogado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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

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, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0040851-88.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONSTRUÇÃO DE SHOPPING CENTER – SUJEIRA PROVOCADA PELA POEIRA – EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA LITISDENUNCIADA AFASTADA – CLÁUSULAS CONTRADITÓRIAS – FRANQUIA – SUCUMBÊNCIA NA LIDE SECUNDÁRIA – DANOS NA PINTURA COMPROVADO – DANO MORAL INEXISTENTE – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS O DA SEGURADORA E AUTORA E PARCIALMENTE PROVIDO O DA RÉ.

Havendo cláusulas ambíguas e contraditórias no contrato de seguro, deve prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

Não há possibilidade de condicionar o dever de indenizar da Seguradora ao pagamento da franquia pelo segurado/réu tendo em vista se tratar de demanda ajuizada por terceiro prejudicado, e o fato de o valor desta ser superior a da condenação não é motivo de improcedência da lide secundária em razão da responsabilidade solidária, ficando à cargo da litisdenunciante a opção de arcar integralmente com a condenação ou, caso contrário, utilizar-se do contrato de seguro assumindo o ônus nele previsto.

Havendo resistência da seguradora à denunciação da lide, responde esta pelo pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência.

O exercício regular do direito representado pela autorização para a construção de Shopping Center não exime de forma absoluta o responsável por eventuais prejuízos causados a terceiros, eis que as licenças e alvarás apenas autorizam a construção nos limites da propriedade, não servindo de salvo conduto para anular os efeitos colaterais que possam vir a causar prejuízos a pessoas não envolvidas na obra, de modo que cabe ao responsável legal as diligências necessárias para evitá-los. Não o fazendo, interfere na esfera jurídica de outrem, caracterizando ato ilícito e, por consequência, exigindo a reparação do dano causado.

Os danos causados na pintura externa do imóvel trata-se de mero transtorno e dissabor, não autorizando a indenização por danos morais pretendida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso da Seguradora e de Nair Miyazato e dar parcial provimento ao recurso do Consórcio, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tókio Marine Seguradora S/A (litisdenunciada), Nair Miyasato e Consórcio Shopping Norte Sul Plaza interpõem apelações contra a sentença que, na ação de indenização por danos materiais e morais movida pela segunda em face da última, julgou parcialmente procedente o pedido para: i) condenar o Consórcio Norte Sul Plaza ao pagamento de indenização por danos materiais em R$ 3.980,00 (três mil novecentos e oitenta reais) e por danos morais em R$ 6.000,00 (seis mil reais), ambos corrigidos pelo IGPM-FGV, o primeiro, a partir da emissão do orçamento de fls. 16, e o segundo, a contar da sentença, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, o primeiro, a partir da citação e, o segundo, a contar do evento danoso. Sucumbência recíproca, cujo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) será na forma *pro rata;* ii) condenar a litisdenunciada a arcar com a indenização fixada nos limites da apólice, bem como ao pagamento de honorários ao advogado da litisdenunciante em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

A primeira, defende que: i) a apólice prevê expressamente a exclusão de responsabilidade civil por imóveis em estado precário de conservação, bem como para dano moral; ii) o contrato de seguro prevê participação obrigatória do segurado ao pagamento da franquia no percentual de 10% com o valor mínimo de R$ 50.000,00, de modo que esse valor supera o da condenação; iii) o ônus da sucumbência não deve atingir a via regressiva, já que participa exclusivamente de uma lide secundária, não podendo ser condenada em custas e verba honorária.

A segunda, alega que o valor fixado para dano moral não obedeceu aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pleiteando a sua majoração.

O terceiro, sustenta: a) ausência de responsabilidade por eventuais danos causados ao imóvel da recorrida (pintura externa da residência e muro), tendo em vista que a perícia concluiu que a edificação do shopping center não influenciou na sua ocorrência; b) ausência de ato ilícito porquanto a edificação obedeceu aos parâmetros legais, tais como, autorização, alvarás e licenças do empreendimento, tendo apenas usufruído de seu direito de propriedade e, apesar de grande volume de investimento, ocorreram pequenos incômodos dentro de uma razoável tolerabilidade, não fazendo jus a qualquer indenização; c) ausência de danos materiais pela não comprovação de que houve dano na pintura do imóvel e de efetivo prejuízo sofrido; d) o dano moral não é presumível dependendo de efetiva comprovação de sua ocorrência, eis que inexiste o ato ilícito, tendo em vista que agiu no exercício regular do direito de propriedade. Subsidiariamente, pleiteia a minoração da condenação nos danos extrapatrimoniais, tendo em vista a obra ter proporcionado mais benefícios do que prejuízos. Prequestiona dispositivos infraconstitucionais e, ao final, o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 638-53, 655-70 e 672-80.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Os recorrentes se insurgem contra a sentença que, na ação de indenização por danos materiais e morais movida por Nair Miyasato em face de Consórcio Shopping Norte Sul Plaza e Tókio Marine Seguradora S/A (na qualidade de litisdenunciada), condenou as rés ao pagamento de indenização por danos materiais em R$ 3.980,00 (três mil novecentos e oitenta reais) e por danos morais em R$ 6.000,00 (seis mil reais), devidamente corrigidos, além da sucumbência.

Da apelação da Tókio Marine

Sustenta que a apólice prevê expressamente a exclusão de responsabilidade civil por imóveis em estado precário de conservação, bem como do dano moral, além de exigir a participação obrigatória do segurado ao pagamento da franquia para ser beneficiado. Alega, ainda, que o ônus da sucumbência não deve atingir a via regressiva, já que participa exclusivamente de uma lide secundária.

Razão não lhe assiste.

No que tange à responsabilidade civil por imóvel em estado precário de conservação, vale lembrar que a magistrada de primeiro grau afastou a pretensão de indenização envolvendo os problemas de ordem estrutural, mantendo apenas a sujeira na pintura do imóvel, a qual restou sobejamente demonstrada nas fotos colacionadas às fls. 24-6, 32 e 33.

Além disso, este prejuízo está elencado dentre os riscos cobertos no contrato de seguro, conforme se no item 2.1.1. (fls. 124) em que prevê a reparação de danos involuntários causados a terceiros.

No que tange ao dano moral, a despeito de constar na letra "p" do item 3.2. a exclusão do dano moral (fls. 125-6), consta na apólice de seguro (fls. 98) a cobertura por danos morais decorrentes de eventos amparados pela cobertura de responsabilidade civil geral e cruzada, de modo que, havendo cláusulas ambíguas e contraditórias, deve ser admitida aquela mais favorável ao segurado.

A propósito, estabelece o artigo 423 do Código Civil: *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

Tecendo comentário a respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1] assevera:

> *Nas cláusulas duvidosas, prevalecerá o entendimento de que se deve favorecer quem se obriga (RT 142/620, 194/709).*
>
> *A obscuridade é imputada à conta de quem escreveu a cláusula contratual, principalmente em se tratando de contrato de adesão (RT 182/283).*
>
> *Na interpretação da Lei ou do contrato, deve-se sempre preferir aquela inteligência que faz sentido à que não o faz, que conduz ao vago, ao inexplicável, ao contraditório ou absurdo (RT 242/155).*

Em relação à franquia, apesar de na apólice constar que, em caso de sinistro, deve haver participação obrigatória do segurado, não há como determinar o seu pagamento nesta via, eis que a demanda foi ajuizada por terceiro contra a segurada em razão de prejuízos causados por esta, cujos danos estão dentro da cobertura.

Nesse passo, em razão da solidariedade decorrente do contrato para a satisfação da obrigação, a condenação não isenta o segurado dessa providência, nada impedindo que, posteriormente, a seguradora pleiteie o seu recebimento em caso de arcar integralmente com a indenização.

Vale dizer que, o fato de o valor da franquia ser superior a da condenação não é motivo de improcedência da lide secundária em razão da responsabilidade solidária, ficando a cargo da litisdenunciante a opção de arcar integralmente com a condenação ou, caso contrário, utilizar-se do contrato de seguro assumindo o ônus dele decorrente, tais como a franquia prevista.

O que não pode é o terceiro ser prejudicado em razão dessa discussão.

1 NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 422.

Quanto à sucumbência na lide secundária, o Superior Tribunal de Justiça entende ser cabível a condenação nos casos de resistência da denunciada à denunciação da lide, tendo em vista que inaugura-se uma nova relação processual em que o réu no processo originário passa a figurar como autor.

Em caso semelhante:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA À DENUNCIAÇÃO DA LIDE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DA LIDE SECUNDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Não tendo havido resistência à denunciação da lide não cabe a condenação da denunciada em honorários de advogado em face da sucumbência do réu denunciante. Incidência da Súmula 83.*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no Ag 1226809/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011).
>
> *AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURADORA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. CONDENAÇÃO EM REEMBOLSO. POSSIBILIDADE DE A DENUNCIADA RESISTIR, DE FORMA AMPLA, AOS FUNDAMENTOS DA LIDE PRIMÁRIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *I - **Com a denunciação da lide inaugura-se uma nova relação processual, em que o réu do processo originário passa a figurar como autor da lide secundária, estabelecida em face do terceiro denunciado, com quem mantém vínculo jurídico, no intuito de que este responda em regresso, na hipótese de sucumbência do denunciante.***
>
> *II - Quanto à controvérsia em si, e passando ao largo da discussão acerca da natureza jurídica que o denunciado assume no processo, isto é, se assistente simples, assistente litisconsorcial ou litisconsorte, tal qual enuncia o artigo 75, I, do CPC, em qualquer caso, tem-se-lhe reconhecido, e não poderia ser diferente, o interesse em oferecer resistência, de forma ampla, à pretensão deduzida pelo adversário do denunciante, tendo em vista que o desfecho da demanda principal poderá repercutir na demanda secundária.*
>
> *Recurso especial provido.* (REsp 900.762/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe 25/04/2008). (destaquei)

Nesse sentido é o entendimento deste e do Tribunal gaúcho:

> *RECURSOS DE APELAÇÃO – DANOS MATERIAIS – RISCO COBERTO PELO CONTRATO DE SEGURO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SEGURADORA – PRETENSÃO DE DESCONTAR A FRANQUIA – INOVAÇÃO RECURSAL – CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DA LIDE SECUNDÁRIA – RESISTÊNCIA OFERECIDA PELA SEGURADORA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – VALOR ARBITRADO INCAPAZ DE CARACTERIZAR PRÊMIO INDEVIDO AO AUTOR.*
>
> *1- A seguradora responde solidariamente com o segurado pelos danos causados a vítima, desde que se trate de risco coberto no contrato de seguro e sejam respeitados valores contratados.*
>
> *2- Configura inovação recursal, vedada pelo ordenamento jurídico em vigor, a pretensão do recorrente de analisar matéria não tratada no processo de conhecimento.*

*3- **A seguradora denunciada responde pelo pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência quando oferece resistência a pretensão do autor e do denunciante.***

4- A desídia do condomínio por mais de 1 (um) ano em providenciar o conserto do telhado do prédio é passível de indenização por danos morais, especialmente quando a ausência do conserto causa vários danos em apartamento decorrente de infiltração generalizada, obrigando, inclusive, o proprietário e seus familiares se retirarem do imóvel no período de descanso noturno.

5- Não há razão para modificar o valor da indenização por danos morais fixado na sentença quando caracteriza prêmio indevido à vítima.

6- A seguradora não responde por danos morais ao proprietário de apartamento quando não há previsão desta cobertura no contrato de seguro celebrado com o condomínio.

Recursos não providos. (Relator(a): Juiz Geraldo de Almeida Santiago; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/11/2015; Data de registro: 20/11/2015)

*APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO. MORTE. COMPANHEIRA. LEGITIMIDADE ATIVA. DANO MORAL. QUANTUM. SEGURO. COBERTURA. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO. APÓLICE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PRETENSÃO RESISTIDA. 1. Legitimidade ativa: independentemente da natureza jurídica da relação que a vinculava à vítima fatal, a co-autora Rosa Maria provou que morava com o falecido, à época do acidente. Relacionamento afetivo que autoriza reconhecer a legitimidade para pleitear a reparação civil pela morte do ente querido. 2. Dinâmica do acidente: é culpada a ré que colide na traseira de automóvel devidamente estacionado, projetando este à frente e, assim, causando a morte de pedestre que ali se encontrava, para prestar socorro ao veículo que estava parado. 3. Dano moral: a perda prematura do ente querido acarreta dano moral "in re ipsa". O "quantum" fixado pelo Juízo "a quo" já está abaixo do usualmente praticado por esta Corte, em casos análogos, não merecendo ser minorado, sob pena de desvirtuamento do instituto. Ausência de recurso visando à majoração. 4. Seguro. Danos morais e pessoais: a indenização por dano moral deve ser garantida pela cobertura relativa a danos pessoais ou corporais, uma vez que inexiste cláusula expressa de exclusão da cobertura na apólice. Cópia das condições gerais/manual do segurado que não se presta a limitar os direitos da parte segurada e/ou do terceiro prejudicado. 5. **Sucumbência na lide secundária: a seguradora ofereceu injustificada resistência à cobertura contra a condenação por dano moral, cabendo sua condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, no âmbito da lide secundária.** Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada, apelo da seguradora desprovido e apelo da ré parcialmente provido.* (Apelação Cível Nº 70050438563, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 11/09/2014). (destaquei)

Na hipótese, a denunciada se insurgiu contra a denunciação ao argumento de que os danos não estavam elencados à cobertura prevista no contrato de seguro, de maneira que, em razão da procedência da lide principal e da secundária, é cabível a condenação na sucumbência.

Da apelação do Consórcio Shopping Norte Sul Plaza

Sustenta a ausência de responsabilidade por eventuais danos causados na pintura externa do imóvel da recorrida/autora, eis que inexiste ato ilícito já que a edificação obedeceu aos parâmetros legais, tais como, autorização, alvarás e licenças do empreendimento, tendo apenas usufruído de seu direito de propriedade

e, apesar de grande volume de investimento, ocorreram pequenos incômodos dentro de uma razoável tolerabilidade, não fazendo jus a qualquer indenização, inclusive danos morais.

Razão lhe assiste em parte.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a perícia se ateve apenas aos danos estruturais do imóvel, nada se referindo à pintura, senão esclarecendo que segundo informação da moradora, houve pintura nova em 2011.

Logo, a análise a respeito desse fato deve ater-se às provas existentes nos autos.

Em relação aos danos na pintura, as fotos de fls. 24-8, 31-33 são suficientes para demonstrar que foram causados por muita poeira e como a obra do Shopping Norte Sul fica localizada na frente da residência, extreme de dúvida que foi o causador do evento.

Nota-se nas demais fotos de fls. 19-23, 32-4 que a pintura interna encontra-se em bom estado de conservação, o que destoa veementemente da externa e leva a concluir que se encontrava na mesma condição anteriormente ao início da obra, até porque, a autora tem um salão de beleza, estabelecimento que exige de seu proprietário cuidados com a sua apresentação perante os clientes. Aliás, inexiste nos autos elementos que possam descaracterizar esse entendimento.

Logo, estreme de dúvidas que o dano resta sobejamente demonstrado, bem como as despesas que serão necessárias para a sua correção, eis que a recorrida/autora juntou três orçamentos (fls. 15, 16 e 17), os quais não foram desconstituídos pelo recorrente, tendo a magistrada de primeiro grau escolhido o de menor valor R$ 3.980,00 (três mil novecentos e oitenta reais), caracterizando dessa forma os prejuízos de ordem material efetivamente sofridos, bem como a indenização nos seus limites.

O exercício regular do direito representado pela autorização para a construção de Shopping Center não exime de forma absoluta o responsável por eventuais prejuízos causados a terceiros, eis que as licenças e alvarás apenas autorizam a construção nos limites da propriedade, não servindo de salvo conduto para anular os efeitos colaterais que possam causar prejuízos a outrem, de modo que cabe ao responsável legal as diligências necessárias para evitá-los. Não o fazendo, interfere na esfera jurídica de outrem, caracterizando ato ilícito e, por consequência, exigindo a reparação do dano causado.

Quanto ao dano moral, mister se faz salientar, que somente deve ser reputado como tal, o sofrimento, a dor, vexame ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, não são intensos e duradouros, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 611).

Daí por que a pretensão recursal em tela, comporta guarida, porquanto o cenário delineado pela apelada não ultrapassa os limites do mero dissabor ou aborrecimento.

Note-se que a pintura interna da casa, consoante fotos juntadas com a inicial não foram afetadas, somente na parte externa, tanto é que a indenização foi nesse sentido e a parte não se insurgiu a respeito.

Por mais que a situação lhe tenha desagradado ou ensejado dissabor, a conduta da apelante, não se afigurou apta a produzir-lhe vexame ou humilhação, muito menos a ponto de prejudicar sua imagem, honra ou reputação.

Acresça-se que não há informação nos autos de que a poeira advinda da obra tenha causado danos à integridade física e psíquica da recorrida ou que tenha colocado em risco o seu direito de propriedade a ponto de tornar inabitável a sua residência, o que certamente ensejaria conclusão diversa da aqui apresentada. Vale dizer que os danos estruturais apontados pela recorrida/autora foram excluídos, por ter a perícia concluído que eles não são decorrentes da construção do Shopping Norte Sul.

Nesse diapasão tem se pronunciado o Tribunal gaúcho, inclusive, o posicionamento emanado deste Sodalício:

> *DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS,* ***DANOS MORAIS. ESCAVAÇÕES NO TERRENO LINDEIRO QUE OCASIONOU OS DANOS APONTADOS NA INICIAL****. A responsabilidade pelos danos é do demandado em razão das rachaduras ocorridas no imóvel da autora em razão das escavações realizadas. Prova dos autos a apontar a responsabilidade da demandada pelo evento danoso. A prova dos autos é segura a autorizar a condenação imposta pela sentença. A indenização a título de danos materiais fixada na sentença deverá ser mantida.* ***Danos morais inexistentes. Trata-se de meros dissabores, não autorizando a indenização por danos morais pretendida****. Sentença mantida. Apelos desprovidos. Unânime.* (Apelação Cível Nº 70054231865, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 25/09/2013). (destaquei)

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – MERO DISSABOR – INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - MANTIDA A DISTRIBUIÇÃO REALIZADA NA DECISÃO A QUO QUANTO AOS ÔNUS SUCUMBÊNCIAS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.* ***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 transgridem o limite do razoável. Meros aborrecimentos ou dissabores do cotidiano não são indenizáveis.*** (TJMS, AC de n. 0037738-92.2012.8.12.0001, Campo Grande, Des. Rel. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j. 29/04/2014).

O pressuposto do dever de indenizar, portanto, é a ocorrência do dano, o que não se verificou no caso versando, configurando-se o fato em transtorno do cotidiano, cuja repercussão ao dito "homem médio" não transcende à contrariedade, não podendo ser acolhido como ofensa a direito subjetivo legalmente tutelado.

Nesse contexto, ainda que a apelada tenha se sentido incomodada com a situação, o reconhecimento do direito à indenização por danos morais em casos como este provocaria, em realidade, forte banalização do instituto. Dano moral concerne a instituto que deve ser utilizado com parcimônia, não podendo abarcar indenizações por qualquer problema ou contratempo que as pessoas tenham na vida em sociedade.

A sua configuração, consoante salientado alhures, pressupõe violação a atributos da personalidade. O simples desconforto com a dano causado na pintura da parte externa da residência, sem outros desdobramentos, não rende ensejo à ocorrência de dano moral.

Da apelação de Nair Miyasato

Com o afastamento da condenação em danos morais, fica prejudicada a apreciação da pretensão recursal em majorá-los.

Conclusão

Ante o exposto, conheço dos recursos e, nego provimento aos apelos de Tókio Marine Seguradora S/A e de Nair Miyasato, dando parcial provimento ao de Consórcio Shopping Norte Sul Plaza para afastar a condenação em danos morais, ficando mantida a sentença nos demais aspectos, inclusive, na sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso da seguradora e de Nair Miyazato e deram parcial provimento ao recurso do consórcio, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 02 de fevereiro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800845-06.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR REJEITADA – DOCUMENTO PROVENIENTE DE RELAÇÃO JURÍDICA MANTIDA ENTRE AS PARTES – RELUTÂNCIA DO BANCO EM FORNECER CÓPIAS DE CHEQUES COM ASSINATURAS SUPOSTAMENTE FALSAS DO EMITENTE – RECUSA DE FORNECIMENTO ADMINISTRATIVO COMPROVADA – APLICAÇÃO DO ARTIGO 844, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA (*ASTREINTES*) – INAPLICABILIDADE - SÚMULA 372 E PRECEDENTES – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

RECURSO ADESIVO – MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS - PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Rejeita-se a preliminar alusiva à ausência de interesse de agir, quando constatado que o meio utilizado pelo autor se afigura necessário e útil à pretensão deduzida.

É dever daquele que detém documentos comuns às partes realizar sua exibição quando solicitado, a fim de possibilitar aferição de eventuais irregularidades ou ilegalidades.

Na ação de exibição de documentos descabe a aplicação de multa cominatória, consoante, aliás, Súmula nº 372 do Superior Tribunal de Justiça, pois, em caso de descumprimento, a legislação prevê, inclusive, a busca e apreensão, nos moldes do artigo 362, do Código de Processo Civil.

Como forma de prestigiar o trabalho do advogado, deve-se valer dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade a fim de que o *quantum* fixado represente justa remuneração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso do Banco e dar provimento ao recurso de Ismar Ferreira Dias, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de março de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Banco Bradesco S.A. interpõe recurso de Apelação contra sentença que, na ação de exibição de documentos movida por Ismar Ferreira Dias, representado por Raquel Alves Oliveira, julgou procedente o

pedido formulado na inicial, determinando-lhe que no prazo improrrogável de 40 dias exiba, em cartório, os 5 (cinco) cheques vinculados à conta-corrente de titularidade do apelado, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00, limitada a 90 dias-multa.

Consta que o apelado prôpos ação cautelar de exibição de documentos em desfavor do Banco Bradesco, objetivando a exibição de 5 (cinco) lâminas de cheques vinculadas à conta corrente 00867152 de sua titularidade, depois de ter apurado que tais foram debitados, mas que jamais os emitiu.

O apelado teria procurado a instituição financeira, a fim de ter acesso à microfilmagem dos títulos de créditos retro aludidos, quando, então, constatou que as assinaturas neles lançadas não conferiam com a sua.

Diante disso, solicitou cópias das aludidas folhas de cheques, tendo o banco se negado a fornecê-las.

A parte dispositiva da sentença então prolatada formalizou-se com o seguinte teor:

> *"Isto Posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar procedente o pedido formulado na inicial, para determinar que o requerido, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, exiba perante este juízo, em cartório, os 5 (cinco) cheques vinculados à conta corrente 00867152 de titularidade do requerente arrolados na inicial, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00 (cem reais), limitada a 90 dias-multa.*
>
> *Ante o caráter contencioso decorrente da não apresentação, condeno o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários que, por apreciação equitativa, na forma do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, fixo em R$ 1.000,00 (mil reais)."*

Arguiu o apelante falta de interesse processual para a propositura da ação, porquanto não teria havido recusa na exibição, já que o próprio apelado teria afirmado na petição inicial que lhe foram fornecidas as microfilmagens dos cheques.

No tocante à multa diária, argumenta inexistir existir previsão legal, pois, ainda que cabível fosse, seria a prevista no art. 359, II, do CPC.

Ismar Ferreira Dias, por sua vez, interpôs recurso adesivo, visando a majoração dos honorários advocatícios, de R$ 1.000,00 para R$ 1.500,00, alegando que o valor fixado não seria condizente com o trabalho desempenhado, até porque teve a necessidade de produção das contrarrazões nos autos em tela.

Ofertou contrarrazões, refutando a preliminar arguida, pois, no seu entender, há, sim, interesse de agir, na medida em que, como titular da conta, pretendeu do apelante as microfilmagens das lâminas de cheques e só depois da recusa é que compareceu à delegacia para registro da ocorrência.

No tocante aos documentos a serem exibidos sustenta não ter recebido os cheque solicitados, já que não fornecidos pelo apelante, a despeito das várias solicitações.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Banco Bradesco S.A. interpõe recurso de Apelação contra sentença que, na ação de exibição de documentos movida por Ismar Ferreira Dias, representado por Raquel Alves Oliveira, julgou procedente o pedido formulado na inicial, determinando-lhe que no prazo improrrogável de 40 dias exiba, em cartório, os

5 (cinco) cheques vinculados à conta-corrente de titularidade do apelado, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00, limitada a 90 dias-multa.

Consta que o apelado prôpos ação cautelar de exibição de documentos em desfavor do Banco Bradesco, objetivando a exibição de 5 (cinco) lâminas de cheques vinculadas à conta corrente 00867152 de sua titularidade, depois de ter apurado que tais foram debitados, mas que jamais os emitiu.

O apelado teria procurado a instituição financeira, a fim de ter acesso à microfilmagem dos títulos de créditos retro aludidos, quando, então, constatou que as assinaturas neles lançadas não conferiam com a sua.

Diante disso, solicitou cópias das aludidas folhas de cheques, tendo o banco se negado a fornecê-las.

A parte dispositiva da sentença então prolatada formalizou-se com o seguinte teor:

> *"Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar procedente o pedido formulado na inicial, para determinar que o requerido, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, exiba perante este juízo, em cartório, os 5 (cinco) cheques vinculados à conta corrente 00867152 de titularidade do requerente arrolados na inicial, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00 (cem reais), limitada a 90 dias-multa.*
>
> *Ante o caráter contencioso decorrente da não apresentação, condeno o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários que, por apreciação equitativa, na forma do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, fixo em R$ 1.000,00 (mil reais)."*

Arguiu o apelante falta de interesse processual para a propositura da ação, porquanto não teria havido recusa na exibição, já que o próprio apelado teria afirmado na petição inicial que lhe foram fornecidas as microfilmagens dos cheques.

No tocante à multa diária, argumenta inexistir existir previsão legal, pois, ainda que cabível fosse, seria a prevista no art. 359, II, do CPC.

Ismar Ferreira Dias, por sua vez, interpôs recurso adesivo, visando a majoração dos honorários advocatícios, de R$ 1.000,00 para R$ 1.500,00, alegando que o valor fixado não seria condizente com o trabalho desempenhado, até porque teve a necessidade de produção das contrarrazões nos autos em tela.

Ofertou contrarrazões, refutando a preliminar arguida, pois, no seu entender, há, sim, interesse de agir, na medida em que, como titular da conta, pretendeu do apelante as microfilmagens das lâminas de cheques e só depois da recusa é que compareceu à delegacia para registro da ocorrência.

No tocante aos documentos a serem exibidos sustenta não ter recebido os cheque solicitados, já que não fornecidos pelo apelante, a despeito das várias solicitações.

Pois bem.

Passo à análise do recurso de apelação interposto pelo Banco Bradesco S.A.

Da suposta falta de interesse processual do autor/apelado:

A preliminar não comporta guarida.

Com efeito, o interesse de agir, no caso, está justamente na necessidade de utilização do veículo processual em foco para satisfação do direito da parte autora, aliada à utilidade desse mesmo instrumento para os fins pretendidos.

Nesse diapasão, aliás, vislumbram-se os comentários de Cândido Rangel Dinamarco ao gizar: "*Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum - ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional. O interesse de agir constitui núcleo fundamental do direito de ação, por isso só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 303. v. 2).

Tem-se, assim, que o interesse repousa na constatação de que o meio utilizado pelo autor há de ser necessário e útil à pretensão por ele deduzida.

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada de falta de interesse processual do apelado.

No tocante ao mérito, aduz a instituição financeira que os documentos enfocados já teriam sido fornecidos, motivo pelo qual inexiste fundamento à irresignação do autor.

Não é, contudo, o que emerge da proemial, pois em leitura mais atenta, desponta o seguinte:

> *"Ao comparecer na agência do banco requerido solicitou as microfilmagens, tendo acesso dias depois, todavia ao verificar cada um deles constatou que as assinaturas constantes no cheque não conferiam com a do requerente.*
>
> *Ocorre que ao solicitar cópia dos cheques, o banco requerido negou-se a entregar" (fl. 03).*

Exsurge, portanto, que o autor-apelado chegou a ver os cheques no interior do banco, oportunidade em que, ao conferir as assinaturas neles estampadas, verificou não serem suas, motivo pelo qual solicitou as cópias correspondentes, o que lhe foi negado. Aliás, sobre isso, assim ressaltou em suas contrarrazões (fls. 76/77):

> *"Quando o apelado compareceu na agência do banco apelante e solicitou as microfilmagens o preposto do apelante apenas mostrou a documentação e, ao ver que a assinatura constante no cheque não batia com a do apelado, não quis entregar as cópias, mesmo tendo autorizado o débito das taxas bancárias."*

E acrescentou:

> *"E por negar o fornecimento das microfilmagens o apelado compareceu na Delegacia de Pronto Atendimento Comunitário comunicando o ocorrido. fls. 16/17".*

E dos elementos de convicção reunidos neste caderno não emerge a convicção de que as cópias almejadas tenham sido efetivamente fornecidas. Dai por que o não acatamento da pretensão recursal da instituição financeira se afigura inevitável.

No tocante à multa diária (astreintes), assiste-lhe razão.

Com efeito, estabelece o Código de Processo Civil que a ação de exibição de documentos deve observar o disposto nos artigos 355 a 363, e 381 e 382, conforme art. 845 do citado diploma legal.

Da análise dos aludidos dispositivos legais, constata-se que a consequência do descumprimento é a admissão dos fatos como verdadeiros no processo principal (art. 359). Já em demanda autônoma, como é o caso, o não atendimento implica busca e apreensão do documento pretendido (art. 362, do CPC).

Destarte, por se tratar de ação cautelar de exibição de documentos de caráter satisfativo, com fundamento no art. 844 do Código de Processo, a busca e apreensão é a medida cabível para tornar efetiva a medida, caso não seja atendida espontaneamente a ordem judicial, e não a fixação da multa cominatória.

Como cediço, a multa é, por excelência, instrumento de coerção, tendente a colocar o devedor em um dilema, como ensina Cândido Rangel Dinamarco: *Se, mesmo com a busca e apreensão, a exibição dos documentos revela-se impossível, não haveria razão para se fixar a multa cominatória, sob pena de tão somente acarretar o enriquecimento sem causa do autor. E, justamente por isso, o STJ defende que, se a busca e apreensão não for efetiva, a multa também não o será* (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros. p. 68).

Aliás, nesse diapasão, a Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória".*

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PRELIMINAR CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REJEITADA. Preliminar de ausência de interesse de agir deduzida sob o argumento de que a instituição bancária não se negaria a providenciar os documentos pleiteados, caso tivesse sido provocada administrativamente. Não se pode exigir o prévio pedido administrativo como condição para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos, mormente em respeito ao que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual "a Lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Binômio necessidade e utilidade caracterizado. Preliminar rejeitada. Relação de consumo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova- hipossuficiência reconhecida. Prova em poder do réu - necessidade de inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, CDC. Dever da instituição bancária em manter os dados de seus clientes enquanto não prescrita eventual ação sobre eles. Precedentes do STJ. I) tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor em suas relações com os fornecedores de produtos e serviços, o Código de Defesa do Consumidor permitiu a inversão do ônus da prova como exceção à regra do direito processual civil, que deve ser aplicada quando reconhecida a sua hipossufciência técnica. II) é evidente a hipossufciência técnica do consumidor, uma vez que não possui os meios da instituição financeira, que, por óbvio, tem sistema que o permite ter acesso aos contratos que celebrou com seus clientes, bem como aos extratos relacionados, detendo maior facilidade e tecnologia para proceder à juntada aos autos dos documentos. III) "em se tratando de documento comum às partes, não se admite a recusa de exibi-lo, notadamente quando a instituição bancária tem a obrigação de mantê-lo enquanto não prescrita eventual ação sobre ele". (stj. AGRG no AG 1.128.185/rs, 3ª turma, relator Min. Ministro Sidnei Beneti, julgado em 28/04/2009). Ônus de sucumbência. Pedido procedente. Princípio da causalidade. Dever de pagar honorários advocatícios. Decisão mantida. Recurso improvido a medida cautelar de exibição de documentos, por possuir natureza de ação, e não de mero incidente processual, enseja a condenação da parte vencida ao pagamento da verba honorária, tendo em vista a aplicação do princípio da causalidade. Recurso conhecido e improvido com arrimo no artigo 557 do CPC. Fixação de astreintes. Impossibilidade. Bis in idem. Sanção processual prevista no art. 359 do CPC. Reconhecimento do crime de desobediência. Impossibilidade. Decisão reformada neste*

> *ponto - recurso em parte provido. É defeso ao juiz fixar multa diária pelo descumprimento de medida cautelar proferida na ação de exibição de documentos, tendo em vista a sanção processual já prevista no art. 359 do CPC, de presunção de veracidade dos fatos que o documento visa provar, o que implicaria na imposição de dupla penalidade sobre o mesmo fato. Não é possível o reconhecimento da configuração do crime de desobediência em caso de descumprimento da decisão judicial, vez que o eventual não cumprimento da obrigação imposta acarretará a determinação de busca e apreensão dos documentos solicitados e não a incidência do tipo previsto no artigo 359 do Código Penal. Recurso parcialmente provido. Apelação cível. Recurso do autor. Pretensão de reconhecimento dos efeitos da revelia na ação cautelar de exibição de documentos ante a não apresentação dos documentos requeridos. Impossibilidade. Sanção específica prevista no 45 artigo 362 do CPC. (...).* (TJMS; APL 0038692-80.2008.8.12.0001; Campo Grande; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Dorival Renato Pavan; DJMS 18/10/2013; Pág. 44)

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A medida cautelar de exibição de documentos, com previsão no art. 844 do Código de Processo Civil, além de ser admitida como procedimento preparatório para uma ação principal, tem por finalidade fazer com que a parte interessada tenha conhecimento, antes da propositura de eventual ação, de documento comum, sendo possível também que esta parte, embora conhecendo a prova antecipadamente, não a utilize para o seu objetivo inicial, exaurindo-se a atividade exibitória. Dispõe a Súmula nº 372 do Superior Tribunal de Justiça: "Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória." Portanto não há previsão de multa nas ações de exibição de documentos.* (TJMS; AC 2012.004849-2/0000-00; Caarapó; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay; DJEMS 30/03/2012; pág. 48)

Assim, diante da impossibilidade da aplicação de multa visando dar efetividade ao provimento jurisdicional conferido ao apelado, alinho-me ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em caso de descumprimento da determinação judicial, a busca e apreensão dos documentos, e não a multa, se afigura cabível.

No tocante ao Recurso Adesivo de Ismar Ferreira Dias:

Pleiteia-se a majoração dos honorários fixados, de R$ 1.000,00 (um mil reais) para R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), ao argumento de que as advogadas tiveram boa atuação e, ainda, diante da necessidade de oferecimento de contrarrazões, maior zelo e diligências.

Consabido que a fixação dos honorários, nas causas em que não há condenação, pautar-se-á no artigo 20, § 4º, do CPC, devendo ser concretizada em valor certo. Portanto, o juiz não ficará adstrito aos limites de máximo e mínimo, enfocados no § 3º do referido dispositivo.

A propósito, o § 4º prevê que os honorários advocatícios devem ser fixados por equidade, além de serem observadas as alíneas do § 3º, ou seja, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo patrono e o tempo exigido para o seu serviço.

Acerca da fixação dos honorários advocatícios, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não reside, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que*

> *devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pela quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária."* (Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 13. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 313-314).

A respeito, inclusive, já se manifestou a Segunda Câmara Cível deste Areópago:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ACOLHIDO – FIXAÇÃO CONFORME OS CRITÉRIOS LEGAIS – RECURSO PROVIDO. Para a fixação do valor dos honorários advocatícios, além dos critérios legais, deve ser observado o benefício econômico proporcionado à parte pelos trabalhos prestados pelo seu advogado e, ainda, deve ser garantida a igualdade de tratamento entre os litigantes, devendo esta quantia ser suficiente a remunerar a atuação do causídico.* (TJMS; Apelação - Nº 0801602-88.2013.8.12.0046; 2ª Câmara Cível; Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues; julgado em 12 de maio de 2015).

Transportando tais conceitos para o caso em testilha, tem-se que a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais) realmente se revela desproporcional com a situação espelhada, notadamente ao serem sopesadas as particularidades do processo, elaboração da inicial, impugnação, contrarrazões, levando-se em conta, também, que a ação foi proposta em 2011, realçando tramitação e acompanhamento por expressivo lapso temporal.

Diante deste cenário, entendo que a quantia de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) traduz-se em quantia pecuniária que melhor remunera as profissionais que representaram a parte vencedora, valorizando o proveito obtido com a procedência do pedido formulado na prefacial.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Banco Bradesco S/A e dou-lhe parcial provimento, tão somente para afastar da aplicação da multa diária e determinar que, diante da não exibição do documento, a eficácia da sentença hostilizada se dê com a busca e apreensão, nos termos do art. 362 do Código de Processo Civil, assim como conheço do recurso adesivo interposto e dou-lhe provimento, para o fim de majorar os honorários advocatícios para R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso do banco e deram provimento ao recurso de Ismar Ferreira Dias, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 08 de março de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0804183-93.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANO MORAL E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE POR INADIMPLÊNCIA DE UMA PRESTAÇÃO POR PRAZO NÃO SUPERIOR A 60 DIAS – DESRESPEITO AO DISPOSTO NO INCISO II, PARÁGRAFO ÚNICO, ARTIGO 13 DA LEI 9.656/98 – INEXISTÊNCIA DE PROVA DA NOTIFICAÇÃO – SOLIDARIEDADE ENTRE OPERADORA E ADMINISTRADORAS DO PLANO DE SAÚDE NOS MOLDES DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE – PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO NOS TERMOS DO ARTIGO 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, E ARTIGO 34, AMBOS DO CDC – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* FIXADO EM VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

Em situações como a enfocada neste caderno, verifica-se a solidariedade entre a operadora e a administradora de plano de saúde, com fundamento no princípio da solidariedade entre os fornecedores de uma mesma cadeia de fornecimento de produto ou serviço perante o consumidor, ressalvada a ação de regresso.

É ilícito o rompimento unilateral de plano de saúde por inadimplência das prestações por prazo não superior a sessenta (60) dias, e também quando inexistente notificação prévia, nos termos da lei.

Configura dano moral a resilição unilateral, injustificável e inesperada do contrato de plano de saúde, sem a notificação prévia, a pessoas idosas, portadores de doenças graves, em pleno tratamento e necessitando de acompanhamento médico constante.

Valor da indenização fixado de forma coerente, atento às peculiaridades do caso concreto, de modo a não causar o empobrecimento de uma ou enriquecimento imotivado da outra parte.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Cooperativa de Trabalho Médico - Unimed/Campo Grande-MS e Mútua Caixa de Assistência dos Profissionais do CREA interpuseram recurso de apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Comarca de Corumbá, que julgou procedente Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Dano Moral, Consignação em pagamento e pedido liminar movida por Luiz Pedro Silva Ametlla e Regina Célia Campos Ametlla.

A apelante Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico, no recurso de apelação de fls. 274/284, irresignada com o teor da sentença, aduz que o magistrado *a quo* laborou em equívoco, quando não abordou a lide de forma completa e nos pontos onde se pronunciou o fez de maneira a não espelhar a melhor justiça, que agiu com dirigismo contratual e com sentimentalismo.

Afirma que se impõe a reforma da sentença, porquanto o magistrado sentenciante agiu com manifesto *error in judicando*, ao impor e transferir responsabilidade estatal, que é constitucionalmente ilimitada, a ente particular regrado por normativas contratuais e legislação específica.

Aduz que apesar de constar no polo passivo da ação a apelante Unimed Campo Grande e a contratante Mútua, a apelante apenas acatou o pedido desta última Mútua Caixa de Assistência dos Profissionais do CREA e, por essa razão, não deve responder por atitudes de terceiro, o qual deve responder integralmente pelos eventuais danos causados.

Nesta esteira de entendimento, aduz que de igual forma não há se falar em dano moral, eis que a apelante não foi a causadora de qualquer tipo de abalo aos apelados, e mais, que os tribunais vêm decidindo que os percalços do cotidiano não caracterizam dano moral, colacionando julgados no sentido de sua pretensão.

Alega mais que os apelados não demostraram efetivamente, qual prejuízo moral decorreu do evento descrito na inicial, pois apenas o dano derivado da culpa justifica a condenação, o que não é o caso apresentado no presente feito.

Prequestiona dispositivos de ordem constitucional e inconstitucional.

Requer, ao final, seja dado integral provimento ao recurso, reformando a decisão objurgada julgando improcedente o pleito inicial no que tange à condenação da Unimed Campo Grande em indenizar os alegados danos morais os quais não deu causa. E pelas mesmas razões, reversão dos ônus sucumbenciais.

Por sua vez, Mútua de Assistência dos Profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Caixa e Assistência dos Profissionais do CREA/MS), de igual sorte interpôs recurso de apelação, na qual a aduziu que o cancelamento do plano de saúde decorreu da reiterada inadimplência dos apelados, assim como não há interesse processual na consignação em pagamento das mensalidades do referido benefício (pois, a apelante jamais se recusou a receber tais mensalidades) e, por fim, que a indenização por dano moral perquirida é incabível, tendo em vista que foram os próprios recorridos que deram causa ao cancelamento de seu plano de saúde e, não obstante, que a situação versada tratar-se-ia de mero dissabor decorrente de inadimplemento contratual e que não havia prova do suposto dano.

Alega que os próprios autores/apelados admitiram sua inadimplência, mas atribuíram aos confessados os atrasos no pagamento do plano de saúde na suposta falta de recebimento dos boletos bancários para pagamento da mensalidade, mas não fizeram prova disso.

Assevera que as únicas correspondências eletrônicas acostadas aos autos seriam os documentos de fls. 39/42, que demonstram que na verdade os recorridos faziam reiteradas renegociações de seus débitos vencidos junto à demandada.

Alegaram os recorridos que as correspondências eletrônicas não seriam um documento 'formal e oficial', enquanto a apelante sustenta que o art. 13, parágrafo único, II, da Lei 9.656/98 que regue a hipótese dos autos, não faz a exigências apontada pelos recorridos.

Pontua que os apelantes, no ano de 2013 jamais pagaram uma única parcela pontualmente. Em razão disto, os requerentes foram, repete-se, notificados que o inadimplemento das mensalidades do plano de saúde ensejaria, primeiro, a suspensão do benefício e, depois, seu cancelamento, conforme e-mails de fls. 39/40 e 41, enviados aos demandantes pela Sr.ª Mariana Costa Camilo Cavalcanti, e aquele enviado no dia 24/06/2013 pelo Sr. Nelson Dias (fls. 219 e 221).

Quanto ao dano moral, diz ser indevido, porquanto a apelante teria agido regularmente cancelando o plano de saúde dos inadimplentes apelados e, portanto, não há ato ilícito apto a ensejar a indenização indevidamente fixada na sentença, pois se trata de requisito exigido pelo art. 927 do CC.

Alega que os apelados não comprovaram que sofreram qualquer rejeição de atendimento médico durante o período de cancelamento do plano de saúde, bem como que desta rejeição advieram danos às suas saúdes.

Enfim, pede ao final o provimento do recurso para reformar a sentença de fls. 263/270 para rejeitar integralmente os pedidos feitos pelos apelados na demanda, invertendo-se o ônus da sucumbência processual.

Os recursos de apelação foram recebidos nos efeitos suspensivo e devolutivo, com exceção da parte que confirmou a antecipação da tutela, recebida apenas naquele efeito.

Os apelados, nas contrarrazões de fls. 306/320, rebate as teses das apelantes quanto a tese de sentimentalismo do magistrado primevo.

Sustentam, também, que a Mútua alega que cancelou o contrato de plano de saúde dos recorridos, sem a devida notificação, por haver inadimplência dos apelados e que o descumprimento no pagamento das mensalidades durou cerca de 50 dias, e portanto, o plano de saúde decorreu da confessada e comprovada inadimplência do plano de saúde, já que o art. 13, parágrafo único, II, da Lei 9.656/98 preceitua que verifica-se o cancelamento do plano, depois de ultrapassado o prazo de 60 dias.

E, no tocante à alegação de não culpa da recorrente Unimed de não transtornos sofridos pelos recorridos, sustentam que não merece prospera, eis que dita apelante é solidariamente responsável pela prestação de forma integral dos serviços e não poderia simplesmente retirar da lista de benefícios do plano de saúde os apelados sem antes requerer da ré Mútua esclarecimentos e comprovações do real motivo da exclusão dos beneficiários. Sobre a solidariedade entre a operadora de plano de saúde acostou julgados.

Concluiu que as fracas alegações da Unimed devem ser indeferidas.

Quanto ao dano moral, dizem os apelantes que os apelados não lograram êxito em comprovar qual fora os danos sofridos.

Quanto a isto, os apelados alegam que foram negados atendimentos médicos, conforme documentos de fls. 35 e 38 e que tal negativa colocou em risco a vida dos recorridos, que possuem diversos problemas de saúde (fls. 34/37) e encontram-se em pleno tratamento e acompanhamento médico/hospitalar.

No que concerne ao *quantum*, aduz que não devem ser diminuídos, e muito menos há que se falar em reforma da sentença.

Enfim, alegando que os apelantes apresentaram fracos e inconsistentes argumentos, desprovidos de provas, requer seja a sentença de primeiro grau mantida.

Em contrarrazões, o(a) apelado(a) manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Cooperativa de Trabalho Médico - Unimed/Campo Grande-MS e Mútua Caixa de Assistência dos Profissionais do CREA em face da sentença proferida pelo Juizo da Comarca de Corumbá, alusiva à procedência do pedido contido na Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Dano Moral, Consignação em Pagamento movida pelos usuários de Plano de Saúde Luiz Pedro Silva Ametlla e Regina Célia Campos Ametlla.

Pois bem.

A questão se resume em saber se os apelantes, ao romperem o contrato com os apelados, agiram ou não de acordo com o que determina a lei e, de outro lado, se existe solidariedade passiva a ser reconhecida.

Da leitura do contrato entabulado entre as partes, item 22, cláusula vigésima segunda, mais precisamente à fl. 64, consta no sub-item 22.1, alínea "A", que o pacto poderá ser rescindido a qualquer momento se:

> *a) (...)*
>
> *b) Atrasos na mensalidade por período superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, nos últimos 12 (doze) meses da vigência deste contrato.*

Referida cláusula reproduz o texto da própria Lei 9.656/98, que em seu art. 13, parágrafo único, II, assim dispõe:

> *II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência*.

Os documentos acostados pelos autores/apelados realçam que, de fato, houve atraso de uma prestação, sendo que outra se afigurava prestes a vencer, com cobrança via e-mail do envio dos boletos, revelando oportuno destacar o conteúdo daquele estampado à fl. 41, da Mútua, enviado para o apelado Luiz Pedro, salientando que "*a partir de então, sempre que houver mais de uma mensalidade da Unimed em aberto, conseguimos emitir somente boletos com as duas em atraso. Sendo assim, não consigo enviar para o Senhor somente o boleto de 12/07. Tem que ser efetuado o pagamento das duas que o Sr. tem em aberto (...)*".

Logo, além de não ter ocorrido o prazo de sessenta (60) dias de atraso no pagamento das mensalidades, insta verificar a não configuração de desinteresse dos apelados em pagar os valores devidos. A situação se encontrava emperrada por questões burocráticas da própria empresa Mútua, a qual, por motivos não muito claros, deixou de reenviar os boletos.

Aliás, do e-mail espelhado à fl. 41, emerge ausência de sensatez da Mútua, vez que, emitindo os boletos somente quando vencer o segundo, culminaria por ensejar, desnecessariamente, a consumação dos 60 dias sem pagamento, possibilitando, por vias oblíquas, o cancelamento do contrato com maior facilidade.

De outro vértice, não restou suficientemente comprovada nos autos a prévia notificação, na forma prevista pela lei dos planos de saúde, de modo que o rompimento do contrato sem tal providência, máxime tratando-se de usuários idosos, na forma da Lei 10.741/03, e com sérios problemas de saúde, situação que era do conhecimento das demandadas, se afigura inadmissível.

No tocante à alegação da Unimed no sentido de que o Judiciário aplicara a jurisprudência sentimentalista, aliado ao dirigismo contratual, mister se faz observar que o sentenciante, em realidade, utilizou-se do bom senso que deve imperar em situações desse jaez, valendo-se não apenas da lei como da jurisprudência predominante, inexistindo, por corolário, *error in judicando* a ser reconhecido.

Insta ressaltar, ainda, que trata-se de relação contratual securitária amparada pelo Código de Defesa do Consumidor e, como tal, com submissão ao princípio da solidariedade que deve existir entre os fornecedores de produto ou serviço perante o consumidor.

Aliás, nesse diapasão o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1359156 SP 2012/0263659-3, assim gizou:

> *"EMENTA - RECURSOS ESPECIAIS. ERRO MÉDICO. CONSUMIDOR. HOSPITAL E ADMINISTRADORA DE PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS INTEGRANTES DA CADEIA DE FORNECIMENTO. MÉDICOS EXTERNOS AO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL. IMPORTÂNCIA NA AÇÃO DE REGRESSO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE.*
>
> *1. Erro médico consistente em perfuração de intestino durante cirurgia de laparatomia realizada por médicos credenciados, com a utilização das instalações de hospital também credenciado à mesma administradora de plano de saúde.*
>
> *2. Responsabilização solidária pelo acórdão recorrido dos réus (hospital e administradora de plano de saúde), com fundamento no princípio da solidariedade entre os fornecedores de uma mesma cadeia de fornecimento de produto ou serviço perante o consumidor, ressalvada a ação de regresso.*
>
> *3. A circunstância de os médicos que realizaram a cirurgia não integrarem o corpo clínico do hospital terá relevância para eventual ação de regresso entre os fornecedores.*
>
> *4. Razoabilidade do valor da indenização por danos morais fixada em 200 salários mínimos.*

Inegável, portanto, a solidariedade entre os apelantes, não se descartando, contudo, o direito de regresso de ação.

Escorreito o posicionamento adotado pelo magistrado primevo quando, a esse respeito, assim consignou: "*Tais relações obrigacionais securitárias, justamente por ser um processo de colaboração entre as partes, impunha às demandadas observância aos deveres anexos ou laterais de conduta, como o de respeito, de informação, de colaboração, de probidade, de transparência e de agir conforme a equidade e a razoabilidade.*"

Quanto ao dano moral, também não prospera a pretensão recursal, notadamente considerando tratar-se, *in casu,* de duas pessoas idosas, com problemas financeiros e de saúde gravíssimos, consoante atestado médico de fl. 34, expediente de fls. 36 e 37, dando conta de que o apelado Luiz Pedro da Silva Ametla foi submetido a cirurgia de revascularização miocárdica, em 29.05.01, com implante de ponta safena e que à época dos fatos estava, em virtude disso, em tratamento clínico ambulatorial, enquanto a apelada Regina Célia, dentre outras doenças, sofria de insuficiência renal crônica, com necessidade de acompanhamento permanecente para melhor avaliação do quadro (fls. 35 e 38). Inegáveis, nesse cenário, o abalo emocional, a tensão e o desgaste que, desesperados, aflitos e angustiados experimentaram com as ameaças de rompimento próximo do plano de saúde feito há mais de dez (10) anos.

Indubitável que o comportamento das apelantes impingiu-lhes dor, sofrimento e imenso abalo psicológico, sentimento de revolta e sensação de desamparo, não bastasse estarem fragilizados por doenças graves, mormente considerando que quando mais necessitavam do plano de saúde se depararam com a desesperadora situação em tela, exsurgindo daí a necessidade de reparação, mesmo porque a situação aqui retratada não se limitou a meros dissabores e percalços do cotidiano. Longe disso.

No tocante ao *quantum,* também não comporta acatamento a irresignação das apelantes, porquanto fixado em patamar razoável e proporcional, incapaz de causar perda material significativa aos apelantes e, de outro banda, incapaz de causar enriquecimento ilícito aos apelados.

Prequestionamento

No tocante ao prequestionamento, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, o julgador não tem a obrigação de manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

A propósito, colaciono o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. 1.São cabíveis os embargos de declaração para sanar eventuais contradições, obscuridades ou omissões e nos casos de manifesto erro material do julgado. 2.* ***Na oposição dos embargos de declaração, mesmo para fins de prequestionamento, devem ser respeitados os limites traçados no art. 535, do Código de Processo Civil, pois não é o recurso idôneo para atacar os fundamentos do julgado.*** *3.* ***O julgador não está obrigado a responder a todos os argumentos feitos pela parte, quando já tenha encontrado fundamento hábil o bastante para embasar sua decisão****. Precedentes deste Tribunal Regional Federal e do eg. Superior Tribunal de Justiça.* ***4. A omissão hábil a ensejar o cabimento dos embargos de declaração, é aquela que se constata ante a falta de manifestação sobre o ponto em que se fazia necessário o seu pronunciamento para o deslinde da demanda, em face do argüido pelas partes.5.Hipótese em que não há que se falar na ocorrência de omissão do julgado, quando a questão em debate tenha sido expressamente analisada, embora de forma contrária à tese defendida pelo embargante.*** *6. Inocorrência das hipóteses capazes de justificar a oposição de embargos de declaração. 7. Embargos de declaração rejeitados.* (TRF1ª R. - EDcl-AG 2007.01.00.010322-0 - MA - 4ª T. - Relª Convª p/ o Ac. Juiza Fed. Rosimayre Gonçalves De Carvalho - DJ 06.11.2007) (grifei)

No mesmo sentido, é o posicionamento deste Tribunal de Justiça:

> *"Prequestionar significa prosseguir o debate acerca de matéria apreciada na decisão recorrida. Assim, desnecessária manifestação expressa no acórdão sobre dispositivos constitucionais ou legais, notadamente quando o julgado embargado abordou*

exaustivamente todas as questões suscitadas pelas partes, não se podendo, assim, examinar omissão inexistente." (Embargos de Declaração em Agravo - N. 2003.007850-9/0001-00 - Campo Grande, Relatora - Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j. 6.4.2014).

"E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO – DISTRIBUIÇÃO DE ÓLEO LUBRIFICANTE IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – AUSENTES – INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO EM 2011 – AUSÊNCIA DE PERÍCIA – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO – CONTRA O PARECER DA PGJ – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (Agravo de Instrumento – Nº. Rel. 4001805-56.2013.8.12.0000 - Campo Grande Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Câmara Cível II – Mutirão. 29.1.2015)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE - SIMPLES CÁLCULO DO CREDOR – POSSIBILIDADE – ART. 475-B DO CPC – CERCEAMENTO DE DEFESA – PERÍCIA JUDICIAL - PREQUESTIONAMENTO - RECURSO DESPROVIDO.

1.Tendo sido apresentado cálculo aritmético do débito exequendo, nos termos do art. 475-B do CPC, mostra-se perfeitamente possível o emprego da liquidação por simples cálculo.

2.O devedor que se insurge contra o cálculo elaborado pelo credor tem a obrigação de indicar, com precisão, os erros que diz existir, mormente se alega o excesso de execução, não podendo fazê-lo de forma genérica. É necessário que a impugnação apresentada esteja suportada em cálculo razoável, sob pena de sua rejeição, por não observar as regras processuais regentes da matéria.

3.Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos. (Agravo de Instrumento - Nº 1413335-09.2014.8.12.0000 - Campo Grande. Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. 3ª C. Cível.2.12.2014).

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Frise-se, a respeito, aresto emanado da Corte de Uniformização Infraconstitucional:

"O julgador não precisa responder, um a um, todos os pontos apresentados. Não há necessidade, outrossim, de expressa menção a todos os dispositivos legais invocados pelas partes. Importa é que todas as questões relevantes sejam apreciadas" (REsp 844.778/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/03/2007).

Colaciona-se, oportunamente, arestos convergentes, oriundos deste Pretório Estadual:

"A especificação dos dispositivos legais que embasam a decisão judicial não é requisito essencial da sentença ou do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se as matérias foram apreciadas e julgadas em sua inteireza." (Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo nº 2008.034106-5/0002-01, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Turma Cível, j. 05.05.2009).

> *"A ausência de menção expressa sobre determinado dispositivo legal não caracteriza omissão alguma no julgado a ser solucionada em sede de embargos declaratórios, mormente quando houve apreciação de toda matéria articulada no recurso."* (TJMS - Embargos de Declaração em Apelação Cível - N. 2009.003800-6/0001-00 - Campo Grande – Rel. Des. Rêmolo Letteriello - 4ª Turma Cível – J. 05.05.2009 – Unânime).

Ante o exposto, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0003114-75.2008.8.12.0027 - Batayporã
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECLAMATÓRIA TRABALHISTA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – FALTA DE REGULAMENTAÇÃO PELO EXECUTIVO – INÉRCIA ILÍCITA – LABOR EM ATIVIDADE DE PEDREIRO – OBRAS – INSALUBRIDADE DE GRAU MÁXIMO (40%) – DIREITO RECONHECIDO – SENTENÇA REFORMADA.

A efetiva e injustificada inércia do Poder Executivo Municipal que, por mais de onze anos, deixa de regulamentar o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município para estabelecer os critérios destinados à concessão do adicional de insalubridade, figura-se como o exercício de um "*poder de legislação negativa em contrário*", obstando a aplicação da lei, em verdadeira afronta à estrutura de Poderes da República. Comprovado por laudo pericial o labor em atividade insalubre no grau máximo, impõe- e condenar o Município de Taquarussu, MS, respeitados os reflexos na gratificação natalina (13º salário) e nas férias e respetivo adicional, a incluir na remuneração de sua servidora o respectivo adicional de insalubridade, no grau máximo de 40% (quarenta por cento) sobre o vencimento do cargo efetivo, nos termos dos arts. 105, II, "b", e 112 da Lei Municipal n. 79, de 19.12.1997, bem como a pagar-lhe as parcelas vencidas durante o quinquênio anterior à propositura desta demanda e as que venceram no curso da ação, com incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, da TR (índice oficial de remuneração básica) a partir de cada inadimplemento, e juros moratórios de 0,5% ao mês (juros aplicados à caderneta de poupança) a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei no 9.494, de 10.9.1997, na redação dada pela Lei n. 11.960, de 29.6.2009.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de Apelação interposta por Luiz Alves Ferreira em face da sentença de f. 288/296 que, nos autos da ação reclamatória trabalhista que promove em face de Município de Taquarussú, julgou improcedente o pedido principal para que, em virtude do seu trabalho, lhe seja feito o pagamento de adicional de insalubridade no grau máximo de 40% sobre o piso da categoria e dos seus reflexos (férias e 13º salário), desde a data de posse, e o formulado pelo requerido na reconvenção, condenando as partes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 800,00, os quais deverão ser compensados entre si.

Narra que foi realizada perícia *in loco*, no dia 21.7.2011, e, devido às inúmeras ações idênticas ajuizadas contra o ente municipal, foi elaborado um laudo principal, com a descrição dos aspectos preliminares, vistorias e especificações técnicas e, em seguida, foi elaborado laudo específico, para cada um dos servidores.

Aduz que o laudo pericial juntado aos autos conclui que a parte apelante desenvolve seus trabalhos no Setor de Saúde e faz jus ao percebimento do adicional de insalubridade de grau máximo (40%).

Sustenta que, nos termos do parágrafo único do art. 105 da Lei Municipal n. 79/1997, não há nenhuma menção sobre a necessidade de regulamentação no adicional de insalubridade que está previsto na letra "b" do referido art. 105, e que a interpretação correta da parte final do art. 112 da mesma Lei deve ser enquadrada no laudo técnico de condições de ambiente de trabalho.

Assevera que as normas de âmbito nacional têm por regramento a subsidiariedade, ou seja, no caso em comento, por não se tratar de Lei, há que se equiparar como regulamento os anexos trabalhistas e previdenciários, que regulamentam as atividades penosas e insalubres exercidas pelos trabalhadores.

Salienta que, ademais, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, a apelante ainda assim teria direito ao adicional pleiteado, conforme entendimento jurisprudencial que transcreve.

Para fins de prequestionamento, refere-se ao art. 7º, XXIII, da Constituição Federal e ao art. 105 da Lei Municipal n. 79/1997.

Requer seja reformada a sentença, com o reconhecimento de seu direito ao pagamento do adicional de insalubridade no grau máximo (40%), incidindo sobre o piso da categoria, bem como seus reflexos sobre o 13º salário e férias, com o pagamento dos honorários de sucumbência pelo requerido, na monta de 20% sobre o valor total apurado nos autos.

Em contrarrazões (p. 322/327), o apelado pugna pelo desprovimento do recurso, deixando de apelar contra o capítulo da sentença que julgou improcedente sua reconvenção**.**

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de Apelação interposta por Luiz Alves Ferreira em face da sentença de f. 288/296 que, nos autos da ação reclamatória trabalhista que promove em face de Município de Taquarussú, julgou improcedente o pedido principal para que, em virtude do seu trabalho, lhe seja feito o pagamento de adicional de insalubridade no grau máximo de 40% sobre o piso da categoria e dos seus reflexos (férias e 13º salário), desde a data de posse, e o formulado pelo requerido na reconvenção, condenando as partes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 800,00, os quais deverão ser compensados entre si.

Narra que foi realizada perícia *in loco*, no dia 21.7.2011, e, devido às inúmeras ações idênticas ajuizadas contra o ente municipal, foi elaborado um laudo principal, com a descrição dos aspectos preliminares, vistorias e especificações técnicas e, em seguida, foi elaborado laudo específico, para cada um dos servidores.

Aduz que o laudo pericial juntado aos autos conclui que a parte apelante desenvolve seus trabalhos no Setor de Saúde e faz jus ao percebimento do adicional de insalubridade de grau máximo (40%).

Sustenta que, nos termos do parágrafo único do art. 105 da Lei Municipal n. 79/1997, não há nenhuma menção sobre a necessidade de regulamentação no adicional de insalubridade que está previsto na letra "b" do referido art. 105, e que a interpretação correta da parte final do art. 112 da mesma Lei deve ser enquadrada no laudo técnico de condições de ambiente de trabalho.

Assevera que as normas de âmbito nacional têm por regramento a subsidiariedade, ou seja, no caso em comento, por não se tratar de Lei, há que se equiparar como regulamento os anexos trabalhistas e previdenciários, que regulamentam as atividades penosas e insalubres exercidas pelos trabalhadores.

Salienta que, ademais, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, a apelante ainda assim teria direito ao adicional pleiteado, conforme entendimento jurisprudencial que transcreve.

Para fins de prequestionamento, refere-se ao art. 7º, XXIII, da Constituição Federal e ao art. 105 da Lei Municipal n. 79/1997.

Requer seja reformada a sentença, com o reconhecimento de seu direito ao pagamento do adicional de insalubridade no grau máximo (40%), incidindo sobre o piso da categoria, bem como seus reflexos sobre o 13º salário e férias, com o pagamento dos honorários de sucumbência pelo requerido, na monta de 20% sobre o valor total apurado nos autos.

Em contrarrazões (p. 322/327), o apelado pugna pelo desprovimento do recurso, deixando de apelar contra o capítulo da sentença que julgou improcedente sua reconvenção**.**

Passo ao julgamento do recurso.

Extrai-se dos autos que a parte autora ajuizou a presente ação reclamatória trabalhista em face do Município de Taquarussu, MS, alegando que, sendo servidora pública municipal no cargo efetivo de Pedreiro - cargo no qual tomou posse aos 21.05.1993 – tem direito ao adicional de insalubridade, com amparo no anexo 14 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78, no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal e no art. 105, II, "b", da Lei Municipal n. 79/1997, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Município de Taquarussu.

A controvérsia nos autos gira em torno da caracterização ou não de insalubridade.

Aos autos foi juntado laudo pericial de engenharia constatativa (p. 266/272), baseado no laudo único da perícia realizada nos autos da Ação de Reclamação Trabalhista n. 0000158-52.2009.8.12.0027,2 para anteder a 80 (oitenta) demandas similares a esta, contemplando todas as análises e critérios inerentes ao enquadramento de todos os processos que lhe foram encaminhados, e o perito informou que, nos demais autos, como é o caso deste em análise, seria apresentado laudo conciso apenas com o enquadramento específico para o caso em análise.

Como resultado da aludida perícia e, com suporte no Anexo 11 da Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, aprovada pela Portaria n. 3.214, de 8.6.1978, nestes autos foi apresentado o laudo pelo perito judicial (p. 266/272), no qual se concluiu que, em virtude do exercício de suas funções laborais, o autor faz jus ao percebimento do adicional de insalubridade de grau máximo (40%), incidente sobre o salário mínimo da região (p. 269).

A parte autora acolheu (p. 275/277) o resultado da perícia, enquanto o Município se insurgiu contra ele (p. 280/287), postulando sua anulação e a realização de nova perícia, sob o argumento de que a perícia seria nula, porquanto: a) nem ele, nem o assistente de perícia que indicou, foram intimados pessoalmente

da realização da perícia, mas apenas seus advogados; b) o perito entendeu equivocadamente que uma única peça serviria às quase 90 ações semelhantes movidas por funcionários e ex-funcionários do Município réu, e assim procedeu, ao invés de analisar caso a caso, com perícia *in loco* para acompanhar as atividades de cada um dos autores e descrevê- las.

Na sentença (p. 288/296), o Juízo *a quo* afastou a alegação de nulidade da perícia suscitada pelo requerido, tendo em conta que: a) a intimação pessoal do ente municipal sobre a designação da perícia não encontra previsão legal, sendo suficiente sua intimação por órgão oficial; b) a Fazenda Pública somente é beneficiada pela intimação pessoal dos atos processuais nos casos de execução fiscal, nos termos da Lei n. 6.830/80, não havendo necessidade da pessoalidade de intimação em ações ordinárias, por expressa ausência de disposição legal nesse sentido; c) o requerido impugnou o laudo pericial argumentando que não fora realizado de forma individualizada, pois elaborado laudo único, envolvendo quase oitenta servidores municipais, sem apresentação de respostas à quesitação do juízo; d) contudo, foi elaborado um laudo principal, com a descrição dos aspectos preliminares, vistorias e especificações técnicas, para, em seguida, ser elaborado laudo específico, para cada um dos servidores que ajuizaram idêntica ação contra o ente municipal; e) outrossim, os quesitos elaborados pelo juízo foram suficientemente respondidos, com indicação das conclusões pertinentes, não se vislumbrando qualquer irregularidade na forma de condução dos trabalhos periciais a ensejar a realização de nova perícia; f) ademais, embora a parte requerida aponte discordância com relação ao método de elaboração da perícia, não trouxe elementos técnicos hábeis a desconstituir o laudo acostado aos autos, mesmo havendo constituído assistente técnico e regularmente intimada a acompanhar o ato; g) a simples irresignação com o resultado da perícia não é bastante a autorizar a repetição do ato, mormente porque, como de sabença comum, o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo formular seu convencimento de acordo com as demais provas existentes nos autos, desde que o faça de forma motivada.

No mérito, julgou improcedente o pedido inicial tendo em conta que, não obstante se haja constatado o desempenho de atividade insalubre pela parte autora, com direito ao percebimento do adicional respectivo, tal pretensão esbarra na ausência da regulamentação sobre o tema prevista nos arts. 105, II, "b", e 112, parte final, da Lei Municipal n. 79/1997.

Quanto à reconvenção, julgou-a improcedente, pois: a) a boa-fé se presume, ao contrário da má-fé, que deve ser comprovada; b) no caso dos autos, embora o reconvinte alegue que a autora reconvinda vinha percebendo remuneração indevida, não trouxe nenhum início de prova e sequer mencionou que a servidora estava a receber adicional de função gratificada em razão de má-fé; c) ao que consta, a servidora vem percebendo referido adicional por critérios, conveniência ou ausência de diligência da Administração Municipal, que sequer demonstrou haver iniciado procedimento administrativo para obter a restituição dos valores pagos indevidamente antes do ajuizamento da presente demanda em seu desfavor; d) assim, quando sequer apontada pelo ente municipal a má-fé do servidor quanto ao recebimento de valores indevidos, não se pode compeli-lo à restituição daquele numerário, o qual acreditava, devido ao tempo em que fez jus ao seu recebimento, ser parte devida de sua remuneração, gerando, portanto, a expectativa de seu ganho.

O município, ao apresentar resposta à apelação cível, não voltou a se insurgir contra o resultado da perícia. Tampouco apelou contra o capítulo da sentença que julgou improcedente a reconvenção.

Pois bem. A parte autora, servidor público municipal, exercendo o cargo de Pedreiro, lotado no Setor de Obras, pretende receber o adicional por tempo de serviço previsto no art. 105, II, "b", da Lei Municipal n. 79, de 19.12.1997, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Município de Taquarussu, que preceitua, *in verbis*: *"Art. 105. Além do vencimento e de outras vantagens previstas nesta Lei, poderão ser deferidos aos funcionários: (...) II adicional: (...) b) pelo exercício de atividade em condições penosas, insalubres ou perigosas; (...)"*.

O direito do servidor público ao adicional de insalubridade tinha dignidade constitucional, de acordo com o primitivamente disposto pelo art. 39, § 2º, da Constituição Federal de 1988, mas foi suprimido da Carta Magna pela Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998.

Admite-se, porém, o pagamento do adicional de insalubridade ao servidor público desde que haja previsão expressa e regulamentada pelo ente federado, segundo a lição do renomado Hely Lopes Meirelles, qual seja:

> *"Essa gratificação só pode ser instituída por lei, mas cabe ao Executivo especificar, por decreto, quais os serviços e os servidores que irão auferi-la. Não será o servidor, nem o Judiciário, que dirá se ocorre o risco gratificável, porque o conceito de risco, para fins de vantagem pecuniária, não é técnico, nem jurídico: é meramente administrativo. O risco só existe, para efeito de gratificação, onde a Administração o admitir, e cessará quando ela o considerar inexistente. Por esse motivo, a gratificação por risco de vida ou saúde pode ser suprimida, ampliada ou restringida a todo tempo, sem ofensa a direito dos que a estavam percebendo"* (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2005. 31. ed. p. 491-2)

A ausência de previsão do direito ao adicional de insalubridade no texto da Constituição Federal afasta o emprego do mandado de injunção, instrumento hábil quando *"a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"* (CF, art. 5º, LXXI).

Desse modo, a via ordinária é a única apta à demanda judicial que ora se aprecia.

O Município requerido, entretanto, nega-se a efetuar aludido pagamento, argumentando que inexiste a regulamentação prevista na parte final do art. 112 da referida Lei, a saber:

> *"Art. 112. Os funcionários que executam atividades penosas ou que trabalham, com habitualmente* (sic)*, em locais insalubres ou em situação de risco de visa, como, ainda, em contato permanente com substâncias tóxicas ou radioativas, fazem jus a um adicional calculado sobre o vencimento do cargo efetivo, no percentual de até 40% (quarenta por cento), conforme dispuser o regulamento."* (Destaquei.).

A recusa do Município, porém, não deve prevalecer.

Com efeito, a Lei Municipal n. 79/1997, ao estabelecer que o adicional de insalubridade deve ser pago *"conforme dispuser o regulamento"*, atribuiu ao Poder Executivo Municipal o poder de regulamentar a norma legal, conforme a esclarecedora lição de José dos Santos Carvalho Filho, no sentido de que:

> *"Não raras vezes o legislador, ao instituir a lei, prevê que o Poder Executivo deve proceder a sua regulamentação. Quando o legislador contempla essa previsão, está implicitamente admitindo que a lei precisa ser complementada para merecer devida e correta aplicação. E ao Poder Executivo, como regra, incumbe desempenhar essa função complementadora do mandamento legal através dos respectivos atos de regulamentação."* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 51)

Segundo o insigne doutrinador, a melhor técnica legislativa implica em fixar na lei o prazo para ser expedido o ato de regulamentação, e o Executivo não pode se eximir de regulamentar a lei no prazo que lhe foi assinalado, pois a omissão regulamentadora, em última análise, equivaleria a atribui-lhe *"o poder de legislação negativa em contrário, ou seja, de permitir que sua inércia tivesse o condão de estancar a aplicação da lei, o que, obviamente, ofenderia a estrutura de Poderes da República"*(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 52).

A mencionada Lei Municipal n. 79/1997 peca nesse ponto, uma vez que se limita a incumbir o Poder Executivo de expedir os atos regulamentares necessários à sua execução, sem lhe estipular prazo para a regulamentação, conforme dispõe o art. 298, *in verbis*: *"O Poder Executivo expedirá os atos regulamentares necessários a execução desta Lei."*

Não obstante, é evidente que o Executivo Municipal está em dívida com seus servidores, pois deixou transcorrer mais de onze anos, até a data de ajuizamento desta ação, sem providenciar a regulamentação que lhe foi atribuída.

A efetiva e injustificada inércia do Executivo que emerge dos autos figura-se como o exercício de um *"poder de legislação negativa em contrário"*, obstando a aplicação da lei, em verdadeira afronta à estrutura de Poderes da República.

Por conseguinte, caso se verifique a insalubridade no labor da autora apelante, deve ser-lhe reconhecido o direito ao respectivo adicional.

Na espécie, a insalubridade está devidamente realçada no laudo pericial (p. 266/272), segundo o qual a parte autora/apelante trabalha em setor de obras, diariamente, nas atividades e condições desta, motivos pelos quais apresenta a conclusão de que as funções laborais do servidor enseja *"o percebimento do adicional de insalubridade de Grau Máximo (40%), incidente sobre o salário mínimo da região. Tal enquadramento possui suporte no Anexo 14 da Norma Regulamentadora NR-15"* (p. 269).

Embora o laudo pericial se refira à incidência do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo da região, o art. 112 da Lei Municipal n. 79/1997 fixa o cálculo sobre o vencimento do cargo efetivo, definido, no art. 72 da mesma Lei, como *"a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício de cargo público, conforme símbolos, padrões e referências fixadas em lei"* (p. 55).

Também esse é o entendimento já consolidado por esta Corte em casos semelhantes, o qual abaixo se transcreve, *in verbis:*

> *APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIDO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO PELO EXECUTIVO. INÉRCIA ILÍCITA. LABOR EM ATIVIDADE DE FAXINA ESCOLAR. INSALUBRIDADE DE GRAU MÉDIO (20%). PROVA EMPRESTADA. INADMISSIBILIDADE. DIREITO RECONHECIDO. SENTENÇA REFORMADA. Na modalidade de agravo retido, o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, não se conhecendo do recurso se a parte, vencedora na sentença, não requerer expressamente sua apreciação pelo tribunal, na resposta da apelação. A efetiva e injustificada inércia do poder executivo municipal que, por mais de onze anos, deixa de regulamentar o estatuto dos funcionários públicos do município para estabelecer os critérios destinados à concessão do adicional de insalubridade, figura-se como o exercício de um "poder de legislação negativa em contrário", obstando a aplicação da Lei, em verdadeira afronta à estrutura de poderes da república. A existência de prova pericial específica para o caso litigioso, denotando que o labor em atividade de faxina escolar apresenta insalubridade de grau médio (20%), afasta a hipótese de aplicação de prova emprestada, a qual sequer foi trazida para os autos a fim de ser submetida ao contraditório, além do que, a apelante não apresentou nenhum elemento que permita infirmar o laudo elaborado pelo perito judicial. Comprovado por laudo pericial o labor em atividade insalubre no grau médio, impõe-se condenar o município de taquarussu, MS, respeitados os reflexos na gratificação natalina (13º salário) e nas férias e respetivo adicional, a incluir na remuneração de sua servidora o respectivo adicional de insalubridade, no grau médio de 20% (vinte por cento) sobre o vencimento do cargo efetivo, nos termos dos arts. 105, II, "b", e 112 da Lei municipal n. 79, de*

19.12.1997, bem como a pagar-lhe as parcelas vencidas durante o quinquênio anterior à propositura desta demanda e as que venceram no curso da ação, com incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, da TR (índice oficial de remuneração básica) a partir de cada inadimplemento, e juros moratórios de 0,5% ao mês (juros aplicados à caderneta de poupança) a partir da citação, nos termos do art. 1º-f da Lei no 9.494, de 10.9.1997, na redação dada pela Lei n. 11.960, de 29.6.2009. (TJMS; APL 0002998-69.2008.8.12.0027; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Josué de Oliveira; DJMS 02/04/2013; Pág. 31)

53229249 - APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIDO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO PELO EXECUTIVO. INÉRCIA ILÍCITA. LABOR EM ATIVIDADE DE PEDREIRO. INSALUBRIDADE DE GRAU MÁXIMO (40%). DIREITO RECONHECIDO. SENTENÇA REFORMADA. Na modalidade de agravo retido, o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, não se conhecendo do recurso se a parte, vencedora na sentença, não requerer expressamente sua apreciação pelo tribunal, na resposta da apelação. A efetiva e injustificada inércia do poder executivo municipal que, por mais de onze anos, deixa de regulamentar o estatuto dos funcionários públicos do município para estabelecer os critérios destinados à concessão do adicional de insalubridade, figura-se como o exercício de um "poder de legislação negativa em contrário", obstando a aplicação da Lei, em verdadeira afronta à estrutura de poderes da república. Comprovado por laudo pericial o labor em atividade insalubre no grau máximo, impõe-se condenar o município de taquarussu, MS, respeitados os reflexos na gratificação natalina (13º salário) e nas férias e respetivo adicional, a incluir na remuneração de seu servidor o respectivo adicional de insalubridade, no grau máximo de 40% (quarenta por cento) sobre o vencimento do cargo efetivo, nos termos dos arts. 105, II, "b", e 112 da Lei municipal n. 79, de 19.12.1997, bem como a pagar-lhe as parcelas vencidas durante o quinquênio anterior à propositura desta demanda e as que venceram no curso da ação, com incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, da TR (índice oficial de remuneração básica) a partir de cada inadimplemento, e juros moratórios de 0,5% ao mês (juros aplicados à caderneta de poupança) a partir da citação, nos termos do art. 1º-f da Lei no 9.494, de 10.9.1997, na redação dada pela Lei n. 11.960, de 29.6.2009. (TJMS; APL 0000158-52.2009.8.12.0027; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Josué de Oliveira; DJMS 02/04/2013; Pág. 29)

Está comprovado e confirmado, portanto, o direito da autora apelante ao adicional de insalubridade no grau máximo de 40% sobre o vencimento do cargo, ressaltando que as verbas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura desta ação não podem ser requeridas ante à ocorrência de prescrição.

Conclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso da parte autora para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido inicial e condenar o requerido a, respeitados os reflexos na gratificação natalina (13º salário) e nas férias e respetivo adicional: a) incluir em sua remuneração o adicional de insalubridade, no grau máximo de 40% (quarenta por cento) sobre o vencimento do cargo efetivo, nos termos dos arts. 105, II, "b", e 112 da Lei Municipal n. 79, de 19.12.1997; b) pagar-lhe as parcelas vencidas durante o quinquênio anterior à propositura desta demanda e as que venceram no curso da ação, com incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, da TR (índice oficial de remuneração básica) a partir de cada inadimplemento, e juros moratórios de 0,5% ao mês (juros aplicados à caderneta de poupança) a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei no 9.494, de 10.9.1997, na redação dada pela Lei n. 11.960, de 29.6.2009.

Em virtude da sucumbência, fica o Município condenado a pagar honorários advocatícios de R$ 500,00 (quinhentos reais), fixados equitativamente segundo o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e tendo em conta, além da pequena complexidade da causa, que o patrono da autora também é advogado em

inúmeras ações idênticas ajuizadas contra o ente municipal, nas mesmas condições da autora e na mesma época. O requerido é isento do pagamento da taxa judiciária, por força do art. 24, I, da Lei Estadual n. 3.779, de 11.11.2009, Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0000281-07.2011.8.12.0051 - Itaquiraí
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PROGRAMA DE CAPACITAÇÃO PARA A DOCÊNCIA DOS ANOS INICIAIS DO ENSINO FUNDAMENTAL E DA EDUCAÇÃO INFANTIL – CURSO MINISTRADO POR INSTITUIÇÃO AUTORIZADA PELO CONSELHO DE EDUCAÇÃO ESTADUAL – PARECER DO CONSELHO NACIONAL DA EDUCAÇÃO PELA INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO ESTADUAL DO PARANÁ PARA AUTORIZAR INSTITUIÇÕES DE ENSINO A OFERECER O CURSO – IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRO DO DIPLOMA – DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS – RECURSO IMPROVIDO.

Se tratando de obrigação decorrente do contrato de prestação de serviços educacionais não se afasta a responsabilidade da instituição do registro de diplomas.

O risco da atividade é da instituição, não se eximindo do dever de reparar os danos advindos face a justificativa de que não há culpa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negar o provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - Vizivali em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí, que, na ação de devolução de valores pagos e reparação de danos, proposta por Maria Edinéia da Silva Laurindo julgou procedente os pedidos formulados na inicial para condenar o requerido ao pagamento do dano material no valor de R$ 2.290,01 (dois mil duzentos e noventa reais e um centavos) e R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de indenização por dano moral.

Em razões recursais (f. 418-432) sustenta que a negativa de expedição de diploma do curso de capacitação de docentes a apelada decorreu única e exclusivamente devido aos sucessivos desencontros promovidos pela Secretaria de Educação do Estado do Paraná, em especial pelo Conselho Estadual de Educação, razão pela qual não detém responsabilidade na hipótese se cumpriu com todas as normas expedidas pelo órgão.

Argumenta que implantou um curso que possuía autorização administrativa para tanto.

Aduz sobre o não cabimento da indenização, assim como de que as mensalidades eram pagas a outra empresa, devendo então ser exigida desta.

Por fim, alega que não são devidos danos morais, por inexistir dano e afirma ainda que o valor fixado na sentença encontra-se exacerbado devendo ser fixado em dois salários mínimos.

A apelada apresentou contrarrazões de apelação à f. 444-450 pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - Vizivali em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí, que, na ação de devolução de valores pagos e reparação de danos, proposta por Maria Edinéia da Silva Laurindo julgou procedente os pedidos formulados na inicial.

Inicialmente faz-se necessário um breve relato dos fatos, informa a autora que no ano de 2004 matriculou-se no Programa Especial de Capacitação para Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil oferecida pela requerida. Afirma que concluiu o curso com carga horária de 2.890 horas em junho de 2006. Alega que somente veio a tomar conhecimento de que o curso não era reconhecido pelo MEC em agosto de 2006 quando procurou a apelante para requerer a emissão de seu diploma. O IFPR, em 2009, assumiu o compromisso de validar os diplomas junto ao MEC, mas exigiu complementação da carga horária pela autora, o qual foi cumprido pela mesma.

Sustenta que sofreu dano moral tendo em vista que realizou o curso com o objetivo de melhoria de sua remuneração e a almejada ascensão profissional, requereu a condenação do requerido ao restituição do valor da matricula, mensalidades e da emissão do diploma, incluindo o curso complementar.

A defesa afirmou que no passo da Lei de Diretrizes da Educação (lei nº 9394/96), o Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná executou o "Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil".

Atento a possibilidade, a instituição requereu perante o Conselho Estadual a possibilidade de oferecer o curso de capacitação de docentes. Matricularam-se todos aqueles que desempenhavam atividades ligadas à docência, desde professores estagiários e voluntários até aqueles regularmente contratados.

A instituição apelada encaminhou os diplomas dos alunos à Universidade Federal do Paraná para que procedesse ao registro necessário. Esta, pleiteou parecer junto ao Conselho Estadual de Educação sobre o referido curso antes de registrá-lo.

O Conselho então emitiu o parecer, todavia, conferindo outra interpretação as bases do programa de capacitação, definiu que destinava-se apenas aos profissionais que comprovassem o exercício de atividade docente via vínculo empregatício com instituição de ensino, o que afastaria portanto aqueles demais que não possuíam tal qualidade (estagiários e voluntários), iniciando-se aqui o problema pois a eles não seria agora possível a expedição de diplomas.

Após, foram definidas por Secretaria Estadual, sob o aval do Conselho Estadual de Educação, as instituições que seriam responsáveis pelos registros dos diplomas.

Ocorre que tais instituições negaram-se ao registro sob o argumento de que em parecer do Conselho Nacional de Educação, fixou entendimento de que o Conselho Estadual de Educação do Paraná não detinha competência para ministrar o Programa Especial de Capacitação.

Ainda em contestação o ora apelante, requereu denunciação a lide do Estado do Paraná, alega a impossibilidade jurídica do pedido pois não houve culpa. Arguiu a decadência do direito pois de acordo com a legislação o prazo para reclamar de vicio de produto é de 90 dias. Afirma não haver nexo de causalidade entre o dano experimentado pela autora e a instituição. No que tange ao dano moral, argumenta que a autora não está impedida de alcançar projeção em sua carreira pois possui o certificado de conclusão de curso, e subsidiariamente sugeriu o valor de dois salários mínimos. Acerca do dano material, verberou não ser cabível tendo em vista que o diploma logo será encaminhado para registro e ainda que os pagamentos foram realizados ao IESDE BRASIL S/A.

A denunciação a lide foi indeferida pela decisão de f.367, foi rejeitada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido bem como a prejudicial de decadência, conforme decisão de f. 398.

O juiz *a quo* julgou procedente os pedidos da autora, aqui destaco alguns trechos da bem lançada sentença (f. 402-414):

> *Destaco, por oportuno, que a hipótese em comento é de responsabilidade contratual, sendo objetiva a responsabilidade da parte ré, uma vez que ao caso se aplica o Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, não há que se perquirir sobre a culpa da ré para a reparação dos danos mencionados pela autora.*
>
> *Nesse momento, assento alguns pontos que restaram incontroversos nos autos, os quais serão admitidos como existentes: a) a autora frequentou entre os anos de 2004 e 2006 o Programa Especial de Ensino e Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil ofertados pela ré; b) a autora cumpriu a carga horária exigida, obteve aprovação nas avaliações e solveu regularmente suas obrigações pecuniárias com a ré; c) até a presente data não foi emitido o diploma da autora pela participação no Programa mencionado na alínea 'a'; d) tanto o Parecer nº 193/2007 do CEE, como o Parecer nº 139/2007 do CNE impedem a autora de obter o diploma do curso, o primeiro por não possuir vínculo empregatício com instituição de ensino público ou privado, o segundo em virtude do não reconhecimento do Curso pelo MEC, pois a autorização para funcionamento de curso à distância deve ser feita pelo MEC e não pelo Conselho Estadual de Educação (CEE); no referido parecer o MEC decide pela inexistência de curso semi-presencial, sendo esta nomenclatura outra forma de se denominar o curso à distância.*
>
> *(...)*
>
> *Isso porque a Resolução nº 59/2007 da SETI, estribada no Parecer nº 193/2007 do CEE foi revogada pela Resolução nº 02/2009 da SETI em virtude da incompatibilidade daquela com o Parecer nº 139/2007 do CNE, pois este não reconheceu o curso ministrado pela ré, assim, a Resolução nº 59/2007 carecia de amparo, pois só não admitia a expedição de diploma para aqueles que não tivessem vínculo empregatício com instituição de ensino pública ou privada. Dito de outro modo, o Parecer Homologado nº 139/2007 do CNE restringia ainda mais (na verdade por completo), o que a Resolução nº 59/2007 fazia de forma parcial.*
>
> *Assim, diferentemente do decidido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, persistiu a impossibilidade da autora obter seu diploma.*

A conduta danosa da ré está demonstrada, na medida em que restou assentado que ofertou ao público curso à distância sem estar autorizada pelo MEC a tanto, conforme expresso no Parecer nº 139/2007 do CNE, devidamente homologado pelo Ministro da Educação, apresentado pela ré à f. 204-220, o qual indica de forma detalhada a impossibilidade de autorização de curso superior à distância pelo Estado, sendo competência da União dita autorização, além de equiparar o curso semipresencial ao curso à distância. As questões específicas da LDB, quanto ao tema em tela, estão bem delineadas no Parecer nº 139/2007, ao qual se faz remissão, por ser desnecessária a revisitação da matéria, uma vez que a ré em momento algum questiona a decisão do MEC, apenas a utiliza para justificar a não emissão do diploma.

Ora, ao não obter a autorização do MEC para funcionamento do curso à distância, nem comunicar os alunos dessa circunstância, a ré praticou conduta apta a causar prejuízos a seus alunos.

Nesse momento, cabe destacar que a autora utilizou-se da possibilidade de frequentar curso complementar para obter o almejado diploma de licenciatura em pedagogia, do que faz prova os documentos de f. 52-67.

Desse modo, diferentemente do sustentado pela autora na exordial, os danos materiais sofridos dizem respeito tão somente aos gastos para complementar o curso perante a Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, na medida em que as prestações devidas à ré se faziam necessárias, bem como os gastos com transporte para deslocamento até a cidade de Guaíra-PR. Para confirmar a correção dessa assertiva basta notar que caso a ré tivesse a autorização do MEC para oferecer o curso os gastos não deveriam ser ressarcidos, de forma que apenas o valor excedente afigura-se dano material.

(...)

Importante mencionar que tais valores são os únicos devidos pela parte ré à autora a título de danos materiais dentre aqueles pleiteados. Isso porque a autora efetivamente colou o grau em razão do curso de complementação realizado (f. 52), tendo a autora sido dispensada de várias disciplinas em razão do aproveitamento do estudo oferecido pela ré (f. 54), de modo que o curso realizado junto a ré não foi de todo inócuo. Nesse passo, o fim almejado pela autora (certificação do grau) foi alcançado, sendo necessário apenas uma complementação do valor e da carga horária inicialmente contratadas com a ré. Assim, apenas aquilo que teve de desembolsar para a complementação do curso deve ser restituído.

Deveras, os prejuízos materiais suportados pela autora em decorrência da conduta da ré de oferecer curso de graduação sem estar autorizada pelo MEC a tanto são da ordem de R$ 2.290,01 (dois mil duzentos e noventa reais e um centavos), valor gasto para complementar o ensino oferecido pela ré e permitir o acesso ao nível de graduada em Pedagogia.

A tese sustentada pela ré de que o IFET irá ministrar curso suplementar para posterior emissão do diploma aos alunos da ré não afasta o dano material sofrido pela autora, já que a mesma não possui vínculo empregatício com instituição de ensino público ou particular, podendo, embora revogada a Resolução nº 59/2007, ter novamente negado seu acesso ao diploma, por não integrar o público-alvo do programa.

Outrossim, a autora não pode ser obrigada a frequentar novo curso para ver validado aquele que a ré lhe ofereceu, uma vez que não existe qualquer norma legal que lhe imponha tal conduta.

O nexo de causalidade entre a conduta da ré e o dano da autora é evidente, uma vez que os prejuízos sofridos pela autora decorrem diretamente do não reconhecimento pelo MEC do curso oferecido pela ré.

(...)

O dano moral sofrido pela autora resta atestado no caderno probatório, bem como pelas regras de experiência. Isso porque a autora, em virtude do não reconhecimento pelo MEC do curso oferecido pela ré, teve prejudicado o seu objetivo com a realização do Curso Superior, ao menos até a complementação realizada, permanecendo impossibilitada de exercer cargos destinados àqueles que possuem Nível Superior, sendo certo que a ré se comprometeu a lhe reconhecer tal nível de instrução caso cumprisse com suas obrigações (o que a autora fez), mas não cumpriu, ante o não reconhecimento do curso pelo MEC.

O abalo psíquico sofrido pela parte autora é evidente, pois embora tenha estudado durante três anos, pagando as mensalidades e obtendo aprovação nas avaliações, não conseguiu o almejado diploma, restando seu conceito social, principalmente em uma sociedade pequena como a de Itaquiraí, abalado, dando azo a possíveis questionamentos sobre a realização do Curso Superior pela autora.

O nexo de causalidade entre a conduta da ré e o dano da autora é evidente, uma vez que os prejuízos sofridos pela autora decorrem diretamente do não reconhecimento pelo MEC do curso oferecido pela ré.

(...)

Portanto, caracterizados estão os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, na medida em que ficou devidamente comprovada a conduta da ré, o dano experimentado pela parte autora e o nexo de causalidade entre aquela e este, avultando daí o dever de indenizar.

(...)

III – Dispositivo

Ante o exposto, resolvo o mérito da demanda na forma do inciso I do artigo 269 do CPC, julgando procedentes os pedidos iniciais, para o fim de condenar a ré a pagar à parte autora: a) a título de dano material o valor de R$ 2.290,01 (dois mil duzentos e noventa reais e um centavos), devidamente atualizados pelo IGPM/FGV desde cada um dos pagamentos comprovados à f. 55-67, com juros de mora a contar da citação; b) para ressarcimento do dano extrapatrimonial o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), cujo montante deverá ser corrigido pelo IGP-M/FGV, a partir desta sentença e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Em atenção ao princípio da sucumbência, condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, na forma do art. 20, § 3.º, do CPC, já considerando o grau de zelo do profissional, a importância e a complexidade da causa, o tempo e o lugar da prestação do serviço, cujo montante deve ser corrigido monetariamente a partir desta sentença, com juros de mora a contar do trânsito em julgado. Transitada em julgado, arquive-se com as cautelas de estilo.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.(...)"

Em razões recursais (f. 418-432) sustenta que a negativa de expedição de diploma do curso de capacitação de docentes a apelada decorreu única e exclusivamente devido aos sucessivos desencontros promovidos pela Secretaria de Educação do Estado do Paraná, em especial pelo Conselho Estadual de Educação, razão pela qual não detém responsabilidade na hipótese se cumpriu com todas as normas expedidas pelo órgão.

Argumenta que implantou um curso que possuía autorização administrativa para tanto.

Aduz sobre o não cabimento da indenização, assim como de que as mensalidades eram pagas a outra empresa, devendo então ser exigida desta.

Por fim, alega que não são devidos danos morais, por inexistir dano e afirma ainda que o valor fixado na sentença encontra-se exacerbado devendo ser fixado em dois salários mínimos.

Pois bem.

O pedido exordial está fundamentado no descumprimento de obrigação contratual.

No caso, o requerido aduz que não cabe a ele a responsabilidade, tendo em vista que o único motivo pelo qual não o fez é desentendimento com o Conselho Estadual de Educação.

Ora, a falta de reconhecimento pelo MEC do curso oferecido ao público é informação relevante, que há de ser fornecida aos interessados de maneira clara e destacada, de modo a ser sopesada no momento da contratação dos serviços com a universidade.

A expectativa de quem se matriculou no Programa Especial de Capacitação para Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil é que, após a colação de grau, obtenha o respectivo diploma, para cuja outorga, contudo, o reconhecimento do curso pelo MEC é pressuposto (art. 48 da Lei n. 9.394⁄96).

Tratando-se de contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor, o que é incontroverso nos autos, a ausência de informação suficiente e adequada sobre a fruição dos serviços oferecidos e seus riscos implica o dever de indenizar os danos daí decorrentes, a teor do artigo 14 da referida lei.

Carlos Roberto Gonçalves, preleciona:

> *"Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco [...]"*. (Responsabilidade civil, 8. ed. São Paulo: Saraiva. p. 21/22).

A responsabilidade civil do apelante apenas seria afastada, se a falta de reconhecimento do curso pelo MEC tivesse sido previamente informada, de maneira clara e objetiva a parte autora.

Ainda que a instituição de ensino tenha sido regularmente autorizada a oferecer o curso de capacitação de docentes, eventual empecilho gerado pela constatação posterior da incompetência do órgão estadual em autorizar as instituições a ministrarem o Programa Especial de Capacitação não afasta a responsabilidade dessas instituições ante a impossibilidade do registro dos diplomas, uma vez que se trata de obrigação decorrente do contrato de prestação de serviços educacionais.

Acerca do Dano Moral cabe frisar que a autora além do gasto financeiro, investiu na instituição de ensino dois anos (tempo de duração do curso) de expectativas e anseios quanto ao seu futuro profissional, vendo sua pretensão ruir frente a postura inadvertida do apelante em não certificar-se da possibilidade de reconhecimento da regularidade do curso pelo Ministério da Educação.

Acerca do dano moral, Rui Stoco, discorre[1]:

> *"Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. (...)*
>
> *De tudo se conclui que, ou aceitamos a idéia de que a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido".*

Trata-se de um longo período dedicados a realizar um sonho que não se concretizou apenas por responsabilidade da Instituição de Ensino, tempo que não volta atrás e de valoração muito difícil a título compensação financeira, pois o verdadeiro prejuízo pessoal varia de intensidade de acordo com a sensibilidade de cada pessoa.

Nesse sentido, entendimento no Superior Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CURSO NÃO AUTORIZADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA.*
>
> ***- Não tendo a instituição de ensino alertado os alunos, entre eles as recorrentes, acerca do risco (depois concretizado) de impossibilidade de registro do diploma quando da conclusão do curso, o dano moral daí decorrente pode e deve ser presumido.***
>
> *- Não há como negar o sentimento de frustração e engodo daquele que, após anos de dedicação, entremeado de muito estudo, privações, despesas etc., descobre que não poderá aspirar a emprego na profissão para a qual se preparou, tampouco realizar cursos de especialização, pós-graduação, mestrado ou doutorado, nem prestar concursos públicos; tudo porque o curso oferecido pela universidade não foi chancelado pelo MEC.*
>
> *Some-se a isso a sensação de incerteza e temor quanto ao futuro, fruto da possibilidade de jamais ter seu diploma validado. Há de se considerar, ainda, o ambiente de desconforto e desconfiança gerados no seio social: pais, parentes, amigos, conhecidos, enfim, todos aqueles que convivem com o aluno e têm como certa a diplomação. A demora, na hipótese superior a*
>
> *02 (dois) anos, expõe ao ridículo o "pseudo-profissional", que conclui o curso mas vê-se impedido de exercer qualquer atividade a ele correlata.*
>
> *- O Código Civil exige dano material efetivo como pressuposto do dever de indenizar, cuja existência deve ser demonstrada nos próprios autos e no curso da ação. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido."* (REsp nº 631.204 - RS (2004/0023234-8). Relator: Ministro Castro Filho. Rel. p/ acórdão: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em: 25/11/2008)(destaquei)

Assim o *quantum* fixado pelo juiz *a quo* de R$ 3.000,00 (três mil reais) encontra-se dentro dos limites e condizente com o dano sofrido.

Desse modo, entendo que a sentença *a quo* deve ser mantida em todos seus termos.

1 STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 458

Dispositivo

Posto isto, conheço do recurso interposto e no mérito nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental nº 0800448-86.2012.8.12.0008/50000 - Corumbá
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – IMUNIDADE MATERIAL ABSOLUTA DOS VEREADORES – OFENSAS PROFERIDAS NO EXERCÍCIO DO MANDATO – NO INTERIOR DA CÂMARA MUNICIPAL – AFASTAMENTO DA REPRIMENDA – SITUAÇÃO ABRANGIDA PELO DISPOSTO NO ART. 29, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES DO STF – RECURSO IMPROVIDO.

As ofensas pessoais proferidas por vereador no âmbito da discussão política, no exercício do mandato e nos limites da circunscrição municipal, não são passíveis de reprimenda judicial, considerada a imunidade material relativa ao cargo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2016.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de agravo regimental interposto por Paulo Roberto Duarte contra a negativa de seguimento imposta ao recurso de apelação movido contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que, nos autos da ação de indenização por danos morais movida em desfavor de Oséias Ohara de Oliveira, julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial.

Alega que as acusações e ofensas que lhe foram dirigidas são totalmente dissociadas da atividade parlamentar exercida pelo recorrido e que objetivaram apenas denegrir sua imagem perante a sociedade corumbaense.

Afirma que, apesar de o entendimento adotado na decisão monocrática estar amparado em precedente do Supremo Tribunal Federal, há provimentos jurisdicionais outros em sentido contrário, os quais consideram que a imunidade material concedida aos vereadores por suas opiniões, palavras e votos não é absoluta.

Sustenta que, embora se reconheça a proteção constitucional dispensada aos órgãos legiferantes, o excesso que viola direitos subjetivos não é aceito pelo ordenamento jurídico vigente.

Conclui que devem ser levados em consideração, em uma análise ponderada, os direitos fundamentais eventualmente atingidos pelo discurso do recorrido e a prerrogativa de imunidade parlamentar.

Pede seja exercido o juízo de retratação. Acaso mantido o posicionamento, requer a submissão da matéria à apreciação do órgão colegiado.

É o relatório. Inclua-se em pauta.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Paulo Roberto Duarte contra a negativa de seguimento imposta ao recurso de apelação movido contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que, nos autos da ação de indenização por danos morais movida em desfavor de Oséias Ohara de Oliveira, julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial.

A decisão recorrida está assim disposta:

> *"Vistos etc.*
>
> *Paulo Roberto Duarte interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que, nos autos da ação de indenização por danos morais movida em desfavor de Oséias Ohara de Oliveira, julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial.*
>
> *Alega existir nos autos prova suficiente da ocorrência dos danos à honra e à imagem e que a intenção do apelado ao proferir as palavras ofensivas na tribuna da Câmara dos Vereadores era precisamente de desacreditá-lo perante a sociedade corumbaense às vésperas da eleição para o cargo de Prefeito, pleito esse em que figurava como pré-candidato, e, assim, beneficiar sua esposa, que também pretendia concorrer ao posto.*
>
> *Afirma que a imunidade do vereador não é uma garantia absoluta, já que limitada ao exercício do mandato parlamentar, razão pela qual deve ser respeitada a pertinência das declarações com o cargo e o interesse municipal. Nesse contexto, sustenta que o recorrido extrapolou todos os limites ao desferir ataques pessoais completamente desvinculados da atividade parlamentar e do mencionado interesse municipal.*
>
> *Pede o provimento do recurso para que seja julgado procedente o pedido contido na exordial.*
>
> *Contrarrazões pelo improvimento.*
>
> *É o relatório. Passo a decidir.*
>
> *O recorrente busca com esta ação indenizatória o ressarcimento de danos morais que considera ter sofrido em razão de palavras que lhe foram dirigidas pelo recorrido, que é vereador no Município de Corumbá, durante o uso da palavra na tribuna da Câmara Municipal.*
>
> *O magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido por entender que a manifestação considerada ofensiva ocorreu no interior da casa legislativa, razão pela qual estaria acobertado por imunidade material absoluta.*
>
> *A sentença não merece reparos.*
>
> *Isso porque, embora provadas nos autos, as ofensas irrogadas ao apelante estão protegidas pela inviolabilidade prevista no art. 29, VIII, da CF, considerado que se deram no exercício do mandato e na circunscrição do município em que é desempenhada a vereança.*

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 600063 (com repercussão geral), a interpretação da locução "no exercício do mandato" deve prestigiar as diferentes vertentes da atuação parlamentar, dentre as quais se destaca a fiscalização dos outros Poderes e o debate político.

Nesse mesmo julgamento foi consignado que, embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política, respeitados os limites trazidos pela própria Constituição, não são passíveis de reprimenda judicial.

Segue abaixo a ementa do julgado, relativo a questão similar, a fim de ilustrar com precisão o entendimento aqui exarado:

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIOABILIDADE CIVIL DAS OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS DE VEREADORES. PROTEÇÃO ADICIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. AFASTAMENTO DA REPRIMENDA JUDICIAL POR OFENSAS MANIFESTADAS NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Vereador que, em sessão da Câmara, teria se manifestado de forma a ofender ex-vereador, afirmando que este "apoiou a corrupção [...], a ladroeira, [...] a sem-vergonhice", sendo pessoa sem dignidade e sem moral. 2. Observância, no caso, dos limites previstos no art. 29, VIII, da Constituição: manifestação proferida no exercício do mandato e na circunscrição do Município. 3. A interpretação da locução "no exercício do mandato" deve prestigiar as diferentes vertentes da atuação parlamentar, dentre as quais se destaca a fiscalização dos outros Poderes e o debate político. 4. Embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política, respeitados os limites trazidos pela própria Constituição, não são passíveis de reprimenda judicial. Imunidade que se caracteriza como proteção adicional à liberdade de expressão, visando a assegurar a fluência do debate público e, em última análise, a própria democracia. 5. A ausência de controle judicial não imuniza completamente as manifestações dos parlamentares, que podem ser repreendidas pelo Legislativo. 6. Provimento do recurso, com fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos. (RE 600063, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-090 Divulg 14-05-2015 Public 15-05-2015)

As imunidades parlamentares têm por finalidade assegurar ampla liberdade de ação àquele que exerce o mandato eletivo. Não se trata de um privilégio pessoal mas de uma prerrogativa do cargo voltada à independência do Poder Legislativo; com ela se busca evitar que pressões externas interfiram no tom dos discursos e comprometam a autonomia do cargo.

Visa, em última análise, ao bom desempenho do ofício parlamentar. Decorre do princípio da separação dos poderes.

No caso destes autos, o discurso foi proferido no interior da casa legislativa, de modo que atendidas as exigências estabelecidas no mencionado art. 29, VIII, do texto constitucional.

Tal como o STF, entendo que na situação retratada nos autos a imunidade do vereador é considerada absoluta, de forma que não se perquire acerca do conteúdo da manifestação.

Nos termos do entendimento sufragado pela Corte Suprema, a garantia da inviolabilidade estaria esvaziada se a cada discurso do parlamentar tivesse de ser feito um

juízo de pertinência como condição para assegurar a imunidade, o que não significa dizer que o vereador não está sujeito a repreensões interna corporis pela prática de eventual ato incompatível com o decoro parlamentar.

Em face do exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso".

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Os argumentos alinhados no agravo regimental foram todos eles devidamente considerados no julgamento do recurso de apelação, ocasião em que foi considerada a inviolabilidade parlamentar por terem sido atendidos os requisitos previstos no art. 29, VIII, da Constituição Federal.

A decisão está embasada em relevante precedente do STF no sentido de que, embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no exercício do mandato e na circunscrição do município, sobretudo no recinto da Câmara Legislativa, estão abrangidas pela imunidade parlamentar absoluta.

Em face 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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 02 de fevereiro de 2016.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0007939-46.2009.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – EXECUÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL – REQUISIÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS – INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DOCUMENTO DE INTERESSE DO JUÍZO – EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE POR TÉRMINO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL – NECESSÁRIO CONHECIMENTO INEQUÍVOCO DE AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – ART. 89, DO CÓDIGO PENAL – NULIDADE – PROVIMENTO.

A juntada da certidão de antecedentes criminais é indispensável para verificar a ausência de impedimentos à extinção de punibilidade em razão do término de liberdade condicional, seja por ato *ex officio* do magistrado, já que matéria de interesse público e processual, seja a requerimento do *Parquet*, sob pena de nulidade da sentença.

A decisão judicial que reconhece a extinção da punibilidade do reeducando sem análise de seus antecedentes criminais, apesar de pleito expresso do Ministério Público, deve ser anulada, para garantir o devido processo legal.

Recurso em Sentido Estrito ministerial a que se dá provimento, face a ilegalidade de decisão que extinguiu a punibilidade de reeducando sem a juntada dos antecedentes criminais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, com o parecer.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença (f. 386) que declarou extinta a punibilidade de Rodrigo da Silva Rodrigues, nos termos do art. 90, do Código Penal, c/c o art. 146, da Lei de Execução Penal.

O *Parquet* sustenta pela cassação da decisão que indeferiu o pedido de juntada de antecedentes criminais e, consequentemente, extinguiu a punibilidade do agente em gozo do livramento condicional (f. 389/396).

O juízo *a quo* manteve seu entendimento pelos próprios fundamentos (f. 407).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 428/432).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento (f. 436/441).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença (f. 386) que declarou extinta a punibilidade de Rodrigo da Silva Rodrigues, nos termos do art. 90, do Código Penal, c/c o art. 146, da Lei de Execução Penal.

O reeducando foi condenado a 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, pela prática delituosa do art. 157, § 2º, I, II e V (roubo circunstanciado por emprego de arma, concurso de agentes e restrição de liberdade), do Código Penal (f. 26/32).

Rodrigo teve sua liberdade condicional concedida aos 13 de outubro de 2011 (f. 150).

Na iminência do término do período probante do livramento condicional, o *Parquet* requereu ao Juízo das Execuções Penais a atualização dos antecedentes criminais do reeducando, com o fim de certificar a inexistência das hipóteses de revogação ou suspensão da benesse, nos termos do art. 86 e art. 89, ambos do Código Penal (f. 324/325).

Ocorre que o magistrado *a quo*, além de indeferir o pleito, extinguiu a punibilidade de Rodrigo, ao fundamento de que o *Parquet* tem poder de requisição próprio e porque ultrapassado o período de prova sem revogação seria direito do sentenciado a extinção da punibilidade.

Em decorrência disto, o *Parquet* interpôs o presente recurso almejando tanto a anulação da decisão que indeferiu o pedido de juntada dos antecedentes criminais quanto a extinção de punibilidade do reeducando, alegando, em suma, desobediência ao art. 89, do Código Penal.

Razão assiste à insurgência ministerial.

É certo que o período de prova do livramento condicional de Rodrigo findou-se aos 20 de maio de 2014 (f. 112/114), todavia, este não é o único quesito a ser preenchido para que seja declarada a extinção de punibilidade.

Consoante o art. 90, do Código Penal, o cumprimento da liberdade condicional somente gerará a extinção da pena privativa de liberdade quando aquela não houver sido revogada pelas hipóteses do art. 86, do mesmo *Codex*, isto é, quando inexistir condenação em sentença irrecorrível por: a) crime cometido durante a vigência do benefício; ou b) por crime anterior em que as penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento.

Neste trilho, o art. 89, do Código Penal, determina que "*o juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento*."

O próprio dispositivo legal mencionado evidencia que o período inicialmente previsto de prova pode ser dilatado, em conformidade com circunstâncias concretas.

Assim, para que o reeducando tenha direito à extinção de punibilidade por meio do término do livramento condicional não revogado é indispensável o conhecimento inequívoco de que os requisitos objetivos mencionados estejam preenchidos, provado, por exemplo, por meio da certidão dos antecedentes criminais.

Desta forma, a negativa ao pleito de juntada dos antecedentes do reeducando e a concessão imediata da extinção da pena privativa de liberdade, ao invés de beneficiar Rodrigo, prejudicou-o.

Afinal, a decisão do julgador *a quo* somente embaraçou o direito subjetivo do reeducando, uma vez que o *Parquet* não manifestou oposição à extinção, mas apenas requereu a confirmação de que os requisitos legais estejam plenamente satisfeitos (f. 324/325).

Não fosse o suficiente, por força do já mencionado art. 89, do Código Penal, a juntada dos antecedentes criminais nesse caso é matéria de interesse público e processual. Logo, deveria o juiz, *ex officio*, verificar se o reeducando responde a outro processo criminal, uma vez que, diferentemente do Ministério Público, dispõe de hábil sistema de consulta eletrônico de antecedentes criminais junto aos órgãos de identificação criminal de níveis local, estadual (II/MS) e nacional (INI/PF), conforme bem aduziu o membro do *Parquet* (f. 393).

Outrossim, não se pode olvidar que os antecedentes criminais – efetivamente – não interessam apenas à acusação, mas também à defesa e, sem dúvida alguma, mais do que às partes ao próprio juízo processante. Assim, incorreu em grave equívoco o magistrado *a quo*, pois não bastasse ter se furtado ao zelo pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, da Lei da Execução Penal), também ignorou a requisição feita pelo Ministério Público (art. 129, VIII, da Constituição Federal).

Nesse sentido, colhe-se na jurisprudência:

> "*MANDADO DE SEGURANÇA – DILIGÊNCIA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – REQUISIÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS – INDEFERIMENTO PELO MAGISTRADO – POSSIBILIDADE DE O PROMOTOR DE JUSTIÇA REQUISITAR A PROVIDÊNCIA DIRETAMENTE AOS ÓRGÃOS COMPETENTES QUE NÃO EXCLUI A DE REQUERIMENTO AO JUÍZO – PERTINÊNCIA DA DILIGÊNCIA QUANTO À INSTRUÇÃO DO PROCESSO PENAL – SEGURANÇA CONCEDIDA.*
>
> *A possibilidade de o representante do Ministério Público requisitar diligências diretamente a quem possa ou deva fornecê-las não exclui a possibilidade de requerer ao juízo, mormente quando a diligência não é apenas meio de prova mas elemento informador do processo e de importância para a correta aplicação da Lei penal.*" [1]
>
> "*PROCESSUAL PENAL – MANDADO DE SEGURANÇA MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS – CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS – NECESSIDADE DE INTERMEDIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público Federal em contrariedade a decisão que indeferiu o requesto de colheita junto aos órgãos estaduais dos antecedentes criminais em nome dos acusados.*
>
> *2. A teor do art. 5º, II, da Lei 12016/09, admite-se o mandamus contra ato judicial do qual não caiba recurso com efeito suspensivo.*

1 TJMS, MS 1413009-49.2014.8.12.0000, Seção Criminal, rel.ª Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha, DJ 20/05/2015.

> *3. O Poder de Requisição do Ministério Público tem assento constitucional, nos termos do art. 129 da CF, regulamentado, no âmbito do Ministério Público Federal, pelo art. 8º da LC nº. 75/93, facultando-lhe requisitar documentos e informações a autoridades da Administração Pública Direta ou Indireta e a entidades privadas, independentemente de qualquer pronunciamento judicial.*
>
> *4. Todavia, é cabível o requerimento de diligências junto ao Poder Judiciário sempre que demonstrada a incapacidade de sua realização por meios próprios.* In casu*, é cediço que as certidões de antecedentes criminais, quando não solicitadas por autoridade judicial, não podem apresentar informações protegidas por sigilo.*
>
> *5. O direito das partes produzirem provas abrange a realização de diligências indispensáveis ao deslinde da causa. Precedente desta Corte Regional* (MSTR 102518-RN, Primeira Turma, Fonte: DJ 12/04/2010).
>
> *- Ordem concedida.*" [2]

Hipoteticamente, ainda que a juntada dos antecedentes criminais fosse encargo somente do Ministério Público, seria inadmissível assumir o risco de extinguir indevidamente a pena privativa de liberdade por sua ausência, ante a facilidade que o Poder Judiciário detém para sua obtenção.

Acerca da imprescindibilidade da juntada da certidão de antecedentes criminais ou qualquer outro documento apto a apurar os mesmos para a extinção da punibilidade com base no término do livramento condicional já decidiu este Sodalício:

> "*Merece reforma a decisão primeva que concedeu a extinção da punibilidade independentemente da juntada dos antecedentes atualizados do reeducando que foram solicitados pelo Parquet, pedido esse que era justo e razoável, uma vez que o art. 89 do Código Penal impede expressamente a declaração de extinção de pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responda o liberado, por crime cometido na vigência do livramento, algo que somente pode ser verificado efetivamente pelo documento requerido na origem. Recurso provido, com o parecer. Acórdão.*" [3]

Logo, o reconhecimento da extinção da pena privativa de liberdade sem a devida fiscalização do Juízo das Execuções Penais sobre a existência de hipóteses de revogação do livramento condicional, seja de ofício ou por provocação do *Parquet*, torna a decisão manifestamente ilegal, sendo a anulação a medida que se impõe.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, para anular a sentença de f. 386 e determinar o retorno dos autos à origem, para que o pleito de extinção da punibilidade de Rodrigo da Silva Rodrigues seja analisado após a juntada dos antecedentes criminais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

2 TRF 5ª R., MS 102.608/RN, 1ª T., rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena, DJ 03/11/2010.

3 TJMS, RSE 0009776-05.2010.8.12.0021, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, DJ 28/09/2015.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0048888-41.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – ALEGADO ERRO DE PROIBIÇÃO – IMPOSSILIDADE – PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – PLEITO NÃO CONHECIDO – NÃO PROVIMENTO.

Diante da farta divulgação quanto à ilicitude da conduta prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal, inviável acolher-se a tese de que os acusados teriam agido sob o manto da excludente de culpabilidade do erro de proibição.

Não há que falar em aplicação do princípio da insignificância quando comprovados que os produtos comercializados eram fruto de falsificação, ante a impossibilidade de se mensurar o dano exclusivamente pela quantidade de CD's e DVD's apreendidos. O princípio da adequação social é inaplicável ao crime de violação de direito autoral, porquanto não se observa aceitação e estímulo da sociedade à prática desta conduta.

Verificando-se que as razões recursais não trouxeram quaisquer considerações acerca dos vícios que poderiam macular a sentença no tocante à pena-base, não se conhece do pleito de redução da mesma para o mínimo legal.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante o acerto da sentença combatida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, não prover os recursos, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor. Decisões com o parecer.

Campo Grande, 19 de outubro de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Antônio José dos Santos e Flávio Ximenes Borges interpõem apelação objetivando a reforma da sentença que os condenou à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime de violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do Código Penal).

Pugnam pela absolvição, ante a suposta insuficiência de provas e pela possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância ou do erro de proibição.

Subsidiariamente, buscam a redução da pena para o mínimo legal e a substituição da mesma por restritiva de direitos.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 470/476).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 481/487).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Consta na denúncia que, aos 12 de fevereiro de 2009, no local conhecido como "Feira Central", em Campo Grande, os acusados Antônio José dos Santos e Flávio Ximenes Borges foram surpreendidos comercializando 882 (oitocentos e oitenta e dois) relógios falsificados, assim como 69,2 kg (sessenta e nove quilos e dois gramas) de cópias contrafeitas de CD's e DVD's.

Inicialmente, os acusados requerem a absolvição, alegando que a conduta estaria acobertada pela excludente de culpabilidade do erro de proibição.

Todavia, diante da farta divulgação quanto à ilicitude da conduta, tal tese mostra-se completamente descabida.

Neste sentido, a jurisprudência:

> *"É de farta ciência pública a proibição de exposição à venda e manutenção em depósito de cópia de fonograma e videofonograma com violação de direito autoral, pelo que se afigura inviável considerar que o apelante desconhecia a ilicitude de sua conduta."* [1]

> *"Diante da ampla divulgação, por intermédio da mídia, acerca da ilicitude da venda de produtos falsificados, deve ser afastada a alegação de erro de proibição, sobretudo quando os próprios agentes afirmaram terem conhecimento que a prática constituía ilícito penal."* [2]

De igual forma, merece ser rechaçado o pleito absolutório fundamento da suposta atipicidade de suas condutas, com fundamento no princípio da insignificância e o princípio da adequação social por não existir dano ao ofendido ou à sociedade.

O fato é que os acusados foram condenados por violação de direito autoral do art. 184, § 2º, do Código Penal, pois localizaram em sua posse 882 (oitocentos e oitenta e dois) relógios falsificados, assim como 69,2 kg (sessenta e nove quilos e dois gramas) de cópias contrafeitas de CD's e DVD's que seriam destinados ao comércio ilegal.

O objeto jurídico do delito praticado é a propriedade intelectual consubstanciada no direito autoral, o qual possui "*natureza mista, de cunho pessoal ou moral e patrimonial.*" [3]

Verifica-se que o alcance da norma é amplo, pois, além de proteger os danos patrimoniais advindos da conduta delituosa, garante os prejuízos subjetivos do autor quanto à sua criação. Destarte, afigura-se claro que a violação do art. 184, § 2º, do Código Penal, não é passível de ser graduada para fins de preceito bagatelar.

1 TJGO, Ap 0141165-84.2006.8.09.0006, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Ivo Favaro, DJ 03/11/2014, p. 292.

2 TJMS, Ap 0372637-82.2008.8.12.0001, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ 25/03/2014, p. 56.

3 PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 666.

Não é a quantidade apreendida, mas a "pirataria", a fraude, a falsidade, a cópia ilegal da produção que afasta a insignificância, porquanto não será por 01 (um), 10 (dez), 100 (100) ou 1.000 (mil) cópias que se avaliará o prejuízo do autor, mas pela ofensa contra o ato criador e a garantia ao direito autoral.

Da mesma forma, não será por uma quantificação arbitrária e totalmente subjetiva que se vai apregoar a insignificância, uma vez que, além de não ser pautada por qualquer critério justo, a violação do direito autoral se dá aos poucos, às migalhas, por unidade, de forma continuada. Daí o prejuízo não só do autor, como de toda a cadeia produtiva.

Finalmente, o crime não está meramente na venda, guarda ou produção ilegal, mas na ofensa praticada contra todos os envolvidos na divulgação da obra; particularmente, na reprodução e comercialização indevida de um ato intelectual, artístico ou mesmo material de alguém, cujo trabalho não pode ser mensurado como de maior ou menor valia, maior ou menor significação, maior ou menor importância, a não ser pelo próprio criador ou por quem lhe empreste valor de mercado.

Aplicar o princípio da bagatela aos crimes de violação do direito autoral será mensurar subjetiva e ilegalmente a criação artística, o seu autor e aqueles que dependem desta produção.

Tamanha é a importância do direito autoral que a Constituição Federal o prevê entre os direitos e garantias fundamentais dispondo no art. 5º, XXVII, que "*aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*"

Nesse sentido colaciono o seguinte julgado:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO A DIREITO AUTORAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE.*
>
> *Verificada a tipicidade da conduta imputada aos réus, não se aplicando à espécie os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e insignificância, tendo em vista que a comercialização de CDs e DVDs piratas é prática que produz lesões não somente aos interesses diretos dos autores das obras culturais, mas a toda a sociedade, na medida em que fomenta a criminalidade."* [4]

Do mesmo modo impossível a incidência do princípio da adequação social, uma vez que se trata de pirataria, conduta que alimenta as organizações criminosas colaborando com contrabando, descaminho, sonegação fiscal, entre outros delitos.

Na verdade, não se nota uma tolerância da sociedade a ponto de criar uma "permissão" supralegal com o comércio de produtos contrafeitos. O que há é uma "enxurrada" de produtos pirateados disponíveis no mercado ilegal, que torna bastante difícil a atuação das autoridades, por ser uma batalha desproporcional.

Quanto à sociedade, nota-se o comportamento de uma minoria que acolhe e estimula a produção maciça de produtos "piratas". O mesmo comportamento ocorre em relação àqueles que permitem que jovens menores de 18 (dezoito) anos de idade dirijam veículos automotores e ainda oferecem bebidas alcoólicas aos mesmos.

A existência de tais comportamentos dentro do seio da sociedade não permite a conclusão lógica de que não deva existir mais punição, porquanto isso significaria a revogação da legislação vigente em decorrência de maus costumes.

4 TJDFT, Ap 355.625, 2ª T. Crim., rel. Des. Sérgio Rocha, DJ 14/05/2009.

Nesse sentido leciona a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL – VENDA DE CDS E DVDS 'PIRATAS' – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – ARTIGO 397, III, CPP – IMPOSSIBILIDADE – HIPÓTESE DE ATIPICIDADE NÃO MANIFESTA – SENTENÇA CASSADA.*
>
> *A absolvição sumária do artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, deve ser restrita àqueles casos em que o delito evidentemente não constitui crime. Caso contrário, o mais prudente é se aguardar o desenrolar da instrução processual, possibilitando, inclusive, que o Órgão Acusatório eventualmente produza as provas que julgue necessárias para desconstituir as teses defensivas.*
>
> *Considerando-se a reprovabilidade da conduta do agente que comercializa CDs e DVDs falsificados, observada a proteção constitucional conferida ao direito autoral, torna-se impossível a aplicação do princípio da adequação social em relação ao delito previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal."* [5]

Aliás, convém destacar que o Superior Tribunal de Justiça julgou Recurso Especial repetitivo representativo de controvérsia em que rechaçou a aplicação do princípio da adequação social ao delito em questão:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – PENAL – OFENSA AO ART. 184, § 2°, DO CP – OCORRÊNCIA – VENDA DE CD'S E DVD'S 'PIRATAS" – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – INAPLICABILIDADE.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD'S E DVD'S "piratas".*
>
> *2. Na hipótese, estando comprovadas a materialidade e a autoria, afigura-se inviável afastar a consequência penal daí resultante com suporte no referido princípio.*
>
> *3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."* [6]

Aliás, recentemente, o mesmo "Tribunal da Cidadania" editou verbete sumular acerca da questão:

> *"Súmula n.º 502: Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas."*

Finalmente, os acusados argúem a tese de suposta insuficiência probatória a justificar a condenação.

E, uma vez mais, deve ser repelido o pleito. Como bem se verifica das razões, tal pretensão baseia-se, essencialmente, na imprestabilidade dos depoimentos de policiais como elementos de prova, tese que, como cediço, há muito encontra-se superada pelos Tribunais pátrios.

Desta forma, totalmente descabido o pleito absolutório.

5 TJMG, Ap 1.0079.10.017732-2/001, rel. Des. Renato Martins Jacob, j. 25/02/2014, DJ 17/03/2014.

6 REsp 1.193.196/MG, 3ª Seção, rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. 26/09/2012, DJ 04/12/2012.

Persistindo a condenação, os acusados requerem a reforma das penas, para que sejam aplicadas no mínimo legal.

Ocorre que o pedido sequer pode ser conhecido, pois as razões recursais não trouxeram quaisquer considerações acerca dos vícios que poderiam macular a sentença neste particular.

Como cediço, *"pelo princípio da dialeticidade recursal, segundo o qual o efeito devolutivo da apelação criminal encontra limites nas razões expostas pela defesa, não se conhece do pedido de redução da pena quando o apelante não apresenta qualquer argumento nesse sentido. Precedentes do STJ. [...]"*. (TJSC - Apelação criminal n. 2013.049126-3, de Dionísio Cerqueira, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. Em 19/11/2013)" [7].

Finalmente, rejeita-se o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o simples exame do *decisum* permite constatar que a benesse em testilha já foi concedida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso manejado por Antônio José dos Santos e Flávio Ximenes Borges.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Antônio José do Santos e Flávio Ximenes Borges contra sentença proferida no Juízo da 4ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que os condenou à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto e 10 dias-multa, pela prática do crime de violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do CP).

Buscam a reforma da sentença para que sejam absolvidos alegando insuficiência de provas ou reconhecimento da atipicidade da conduta, por aplicação do princípio da insignificância ou por erro de proibição.

Subsidiariamente pleiteiam a redução da pena-base ao mínimo legal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O e. Relator negou provimento aos recursos.

Divirjo.

Narra a denúncia que os recorrentes foram surpreendidos comercializando 882 relógios falsificados, assim como 69,2Kg de cópias contrafeitas de CD's e DVD's, sendo condenados nas penas do crime de violação de direito autoral.

Inicialmente cumpre destacar que a conduta de venda dos relógios falsificados não se subsumem ao tipo previsto no art. 184, § 2º, do CP, mas ao tipo descrito no artigo 190, I, da Lei n. 9.279/96, que assim prevê:

> *"Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:*
>
> *I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte;"*

7 TJSC, Ap 2014.076441-3, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 02/12/2014, DJ 13/01/2015, p. 179.

Por outro lado, o artigo 199 do mesmo diploma legal estabelece que a ação penal do referido crime se procede mediante queixa.

Logo, somente há de ser considerada a conduta relativa aos CD's e DVD's, pois ação penal se processou mediante denúncia e não houve manifestação da vítima relativa aos relógios falsificados.

Quanto ao pedido absolutório pela violação dos direitos autorais, por insuficiência de provas, não merece guarida, assim como bem fundamentado na sentença e no voto do e. Relator.

No caso, a conduta acerca dos CD's e DVD's que foram apreendidos, amolda-se formalmente ao tipo previsto no §1º do artigo 184 do Código Penal.

Apesar disso, a realidade mostra que tais cópias contrafeitas certamente seriam expostas à venda em comércios irregulares, como sói acontecer diariamente em diversas localidades deste Estado, sem qualquer providência das autoridades de segurança.

Nesse diapasão, considero que a conduta perpetrada não pode sofrer a incidência da tutela pelo Direito Penal, mesmo havendo grande quantidade de CD's e DVD's, pois é socialmente aceita, tratando-se de fato corriqueiro nas cidades brasileiras – princípio da adequação social -, onde pessoas marginalizadas pelo mercado de trabalho acabam tendo de optar por esse tipo de comércio como único meio de subsistência, auferindo parcas rendas pela venda de mídias contendo material que, não raro, já estão amplamente disponíveis na internet.

Assim, se os efeitos da "pirataria" são perniciosos, o que ainda gera amplas discussões, é evidente que o combate deve se voltar contra aqueles que são os verdadeiros responsáveis pela disseminação de conteúdo ilegal, ou seja, os produtores, fabricadores e fornecedores desses materiais que lucram substancialmente com essa atividade.

Certamente o legislador não visou abarcar situações como a versada nos autos quando amoldou o tipo penal do art. 184, § 1º do Código Penal, pois ofenderia ao princípio constitucional da proporcionalidade pretender condenar alguém a pena corporal de 02 (dois) anos de reclusão, diante de conduta de tão diminuto potencial ofensivo.

Incide na espécie o princípio da insignificância que, embora não previsto formalmente em lei, constitui causa supralegal de exclusão da tipicidade penal da conduta e decorre dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, agregando conteúdo valorativo às normas penais incriminadoras, devendo o julgador excluir de suas incidências aquelas condutas de ínfima importância, porquanto, conforme já advertiu o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, *"o direito penal não deve se ocupar com insignificâncias"* (Apelação Crime Nº 70029961182, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 03/06/2009).

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.

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – DENÚNCIA REJEITADA – RECURSO MINISTERIAL – CRIME FORMALMENTE TÍPICO - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE CONGLOBANTE – DECISÃO MANTIDA - RECURSO PROVIDO.*

A conduta perpetrada pelo réu, consistente em expor à venda, com intuito de lucro, DVDs e CDs diversos, reproduzidos com violação de direito autoral, inobstante formalmente típica, não é antijurídica, numa idéia material da tipicidade penal. Nesse aspecto, vale esclarecer que a tipicidade formal é a adequação de uma conduta à descrição abstrata de um crime. Já a tipicidade material analisa a lesividade da ação praticada pelo agente, em face do bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Então, para ser delituoso um comportamento humano, além de subsumir-se a uma norma incriminadora (estar expressamente previsto em lei como crime), deve ter provocado uma ofensa relevante no bem jurídico tutelado, ou uma significativa ameaça de lesão a ele. Assim, à luz da moderna teoria da tipicidade "conglobante", de Zaffaroni, se uma norma permite, fomenta ou determina uma conduta, o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. Em outras linhas, se o próprio Estado permite, fomenta uma atividade tida como ilícita, na medida em que autoriza a instalação de shoppings populares, com o único propósito de comercializar artigos 'populares', mas que, na verdade, são uma grande feira de pirataria (autorizações contidas em normas extrapenais), na pode ao mesmo tempo incriminá-la." (RESE n. 2010.017284- 5. 2.ª Câmara Criminal. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes, em 22.10.2010).

"E M E N T A - 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. (AP n. 0074630-05.2009.8.12.0001. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Manoel Mendes Carli, em 11/03/2013).

E M E N T A-RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - RECURSO MINISTERIAL - COMÉRCIO AMBULANTE DE CDS E DVDS CONTRAFEITOS - DENUNCIA REJEITADA - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - LESÃO IRRELEVANTE AO BEM JURÍDICO TUTELADO - ADEQUAÇÃO SOCIAL - AUSENCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Configurada a mínima ofensa ao bem jurídico tutelado (princípio da insignificância), e sendo a prática aceita pela sociedade (princípio da adequação social), de rigor o reconhecimento da insignificância da conduta com a consequente rejeição da denúncia ante a falta de justa causa para o exercício da ação penal. Recurso improvido." (RESE n. 0012393-27.2012.8.12.0001. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, em 22/10/2012).

Diante do exposto, contra o parecer, e divergindo do e. Relator, dou provimento aos recursos interpostos por por Antônio José do Santos e Flávio Ximenes Borges para absolvê-los do delito de violação de direito autoral qualificado, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Vogal)

Acompanho o Voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, não proveram os recursos, nos termos do voto do relator, vencido o revisor. Decisões com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 19 de outubro de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0006097-21.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REEDUCANDO EM REGIME DIVERSO DO ABERTO – PENDÊNCIA DE AÇÃO PENAL E POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO – IRRELEVÂNCIA – FALTA DISCIPLINAR EM PERÍODO NÃO RECENTE – REABILITAÇÃO JÁ OCORRIDA – PRESENÇA DE REQUISITO SUBJETIVO – NÃO PROVIMENTO.

O cumprimento de pena em regime diverso do aberto não impede o deferimento do livramento condicional, não havendo vinculação ao sistema progressivo de execução penal.

A inexistência de ação penal em trâmite não está entre os requisitos para o livramento condicional. Assim sendo, eventual condenação futura pode revogar o benefício, mas não serve de fundamento para o indeferimento da benesse.

É de se conceder o livramento condicional após o preenchimento das condições necessárias, em particular de inequívoca prova de bom comportamento.

Demonstrado que a falta disciplinar que justificou o indeferimento da benesse ocorreu em período não recente, tendo havido reabilitação das condutas tal como previsto no art. 133, do Decreto Estadual n.º 12.140/2006, forçoso reconhecer a possibilidade de concessão do livramento condicional, mormente se preenchido o requisito objetivo.

Agravo de Execução Penal ministerial a que se nega provimento, para manter o livramento condicional ao condenado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, contra o parecer, não prover o recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão (f. 12/16) que deferiu o livramento condicional ao reeducando Marcos Barbosa Mendes.

Sustenta que o mesmo não preenche os requisitos para o benefício penal, porquanto cometeu crime doloso (falta disciplinar grave) em data recente (f. 01/06).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 20/22).

O juízo *a quo* manteve seu entendimento pelos próprios fundamentos (f. 19).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento (f. 29/34).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão (f. 12/16) que deferiu o livramento condicional ao reeducando Marcos Barbosa Mendes.

O reeducando cumpre pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, pela prática de tráfico de drogas, sendo que, aos 17 de agosto de 2014, cometeu falta disciplinar grave ao ser preso portando narcóticos.

Considerando que o reeducando recebeu liberdade provisória nos autos n.º 0006408-46.2014.8.12.0021 (ação penal por tráfico de drogas) e já havia preenchido o lapso temporal necessário para o livramento condicional antes de sua prisão em flagrante, o juízo *a quo* concedeu o benefício em questão.

Esta é a decisão objeto da insurgência ministerial, que sustenta não estar preenchido o requisito subjetivo da benesse, eis que o apenado cometeu crime (falta disciplinar grave) em data recente, bem como pela inviabilidade de concessão do benefício a quem esteja em regime fechado e a possibilidade de revogação do livramento condicional em caso de nova condenação.

Ab initio, deve-se esclarecer que o fato de o reeducando estar em regime diverso do aberto não representa empecilho para a concessão do livramento condicional, conforme vem decidindo esta Corte de Justiça:

> "*AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – POSSIBILIDADE – CONDUTA SATISFATÓRIA NO ATUAL REGIME – RECURSO PROVIDO.*
>
> *Demonstrado comportamento satisfatório e cumprido o prazo legal (art. 83 do Código Penal), deve ao indivíduo ser concedido o livramento condicional, ainda que cumprindo pena em regime mais gravoso, pois se trata de direito subjetivo do sentenciado que demonstra capacidade de ressocialização.*" [1]

De igual modo, a mera possibilidade de revogação do benefício em caso de condenação futura não pode impedir sua concessão, sob pena de grave afronta ao princípio da presunção de inocência.

São situações absolutamente distintas. A condenação posterior somente acarreta a revogação do livramento condicional, conforme art. 86, do Código Penal; todavia dentre os requisitos para a concessão da benesse (art. 83, do mesmo *Codex*) não está a inexistência de processos criminais em que o reeducando possa ser condenado.

1 AgExPe 0044437-31.2014.8.12.0001, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Francisco Gerardo de Souza, j. 05/03/2015.

Cabe analisar, portanto, se o sentenciado possui comportamento adequado para o deferimento do livramento condicional.

A decisão reconheceu que o reeducando já havia preenchido o lapso temporal necessário para o livramento condicional e ostenta bom comportamento carcerário, entretanto o *Parquet* argumenta a prática recente de falta disciplinar de natureza grave.

Acerca da matéria, leciona a doutrina:

> "*a conduta do beneficiado no decurso do cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser globalmente avaliada. De conseguinte, não será concedido o livramento condicional, por exemplo, na hipótese de prática de falta disciplinar grave pelo condenado (cf. art. 50, LEP).*" [2]

Assim, para a concessão do livramento condicional exige-se a avaliação global do comportamento do sentenciado durante a execução da reprimenda, e não apenas um segmento da mesma, tal como ocorre na progressão prisional.

Os autos demonstram que a última infração disciplinar do reeducando fora praticada aos 17 de agosto de 2014, e o feito criminal que se originou sequer teve sentença de mérito.

E aí reside o cerne da controvérsia, pois, se o condenado vem cumprindo pena desde a última falta grave sem qualquer infração, deve-se presumir que seja capaz de seguir as regras inerentes ao cárcere em condições de menor vigilância, de modo que sob o aspecto subjetivo, ao menos em tese, reúne condições para experimentar a liberdade, ainda que condicionada.

Tanto é assim que a conduta carcerária do apenado está classificada como "boa", demonstrando estar apto a ser reinserido no meio social.

Por outro lado, a utilização das mencionadas faltas como obstáculo à pretensão deduzida implica, necessariamente, a perpetuação indefinida de uma punição já aplicada.

Como se não bastasse, conforme o art. 133, III, do Decreto Estadual n.º 12.140/2006 (Regimento Interno Básico dos Estabelecimentos Penais do Estado de Mato Grosso do Sul), o prazo de reabilitação da conduta de interno sancionado em falta grave é de 12 (doze) meses, tendo ocorrido o transcurso de tempo necessário para a concessão do benefício.

Esta Corte de Justiça já se manifestou em situação similar:

> "*AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REGRESSÃO ANTERIOR EM PERÍODO NÃO RECENTE – REABILITAÇÃO JÁ OCORRIDA – PRESENÇA DE REQUISITOS REQUISITOS LEGAIS – PROVIMENTO.*
>
> *É de se conceder o livramento condicional após o preenchimento de todas as condições necessárias, em particular inquestionável prova de bom comportamento.*
>
> *Demonstrando-se que as faltas justificadoras para o indeferimento da benesse ocorreu em período não recente, tendo havido reabilitação nos termos do art. 133, do Decreto Estadual n.º 12.140/2006, forçosa a concessão da liberdade condicionada.*

2 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2 ed., São Paulo: RT, 2000. p. 495.

Agravo de Execução Penal defensivo a que se dá provimento, ante a presença dos requisitos legais." [3]

Desta forma, considerando que entre a falta grave noticiado e a presente data já decorreu lapso temporal superior a 01 (um) ano, deve-se manter o livramento condicional.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso Do Sul.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º Vogal)

Acompanho o e. Relator para negar provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal)

Divirjo, respeitosamente, do e. Relator e dou provimento ao recurso.

Na hipótese, pode-se verificar que o comportamento do agravado não ampara a concessão do benefício pretendido, considerando a falta disciplinar de natureza grave (crime doloso) praticada recentemente.

Conforme entendimento jurisprudencial dominante, a falta grave cometida pelo condenado é circunstância capaz de ilidir o preenchimento do requisito legal subjetivo, por demonstrar o seu comportamento reprovável durante o período de execução de pena.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. FALTA GRAVE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. VIA IMPRÓPRIA. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) O paciente registra diversas faltas disciplinares de natureza grave, que, embora não tenha a função de interromper o lapso temporal para a concessão do livramento condicional, constitui óbice para o deferimento da benesse diante da ausência do requisito subjetivo, isso porque é a boa conduta carcerária que sustenta o livre acesso do paciente à sociedade. – Se as instâncias ordinárias, apoiadas em vasta motivação, demonstraram que o paciente não possui mérito (requisito subjetivo) para concessão do livramento condicional, qualquer entendimento em contrário, demandaria o aprofundado reexame dos fatos, inviável na via eleita. Habeas corpus não conhecido.* (STJ, HC 243.683/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), 5ª Turma, j. 23/04/2013)

Evidentemente, a falta disciplinar cometida pelo agravado é capaz de ensejar a conclusão sobre o seu comportamento reprovável, de modo a impedir a concessão do benefício do livramento condicional em seu favor.

Para concessão desse benefício, deve ser apreciado o comportamento durante todo o período de execução de pena, mediante análise de sua conduta carcerária pelo tempo integral em que permaneceu sob custódia, consoante norma do art. 83, III, do CP.

Diante do exposto, divergindo do Relator e de acordo com o parecer, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público para reformar a decisão agravada e indeferir o livramento condicional ao reeducando Marcos Barbosa Mendes.

3 AgExPe 0018959-55.2013.8.12.0001, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j. 08/07/2013, DJ 31/07/2013.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, não proveram o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002413-39.2011.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESTRUIÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ABSOLVIÇÃO – PROVIDO.

Embora o delito esteja previsto dentre os crimes contra a fé pública, tenho que seja aplicável o referido princípio, porquanto não agiu deliberadamente para obter benefício próprio ou prejudicar a vítima, demonstrando a mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade da ação. O que se observa dos autos é que a ação decorreu de um momento de descontrole emocional, amenizando a reprovabilidade do comportamento. Além disso, a vítima, ouvida em juízo, disse que o único prejuízo que teve foi perder um dia de trabalho para providenciar a reemissão do documento, o que fatalmente demonstra a inexpressividade da lesão gerada. Os fatos decorrem de desentendimentos entre o casal, normal em processo de divórcio, contudo, a conduta da ré na hipótese, embora encontre tipificação legal, não detém relevância da ação e do resultado para o Direito Penal, em face da significância da lesão produzida ao bem jurídico tutelado pelo Estado, sob pena de banalizar-se a sua atuação, que deve ser subsidiária. Aplica-se o princípio da insignificância como causa supra legal de atipicidade, absolvendo a apelante com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Assim, contra o parecer, dou provimento ao recurso para afastar a tipicidade e absolver a apelante, nos termos do art. 386, III, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Letícia Jesus da Silva Oliveira, condenada como incursa na pena do artigo 305 do Código Penal, à pena de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, no regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos.

Inconformada, a defesa nas razões de apelação de fls. 98-104, requer a aplicação do princípio da insignificância.

Em contrarrazões recursais (fls. 106-107), o Ministério Público pugna pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença objurgada.

Parecer da PGJ as fls. 113-116 pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Letícia Jesus da Silva Oliveira, condenada como incursa na pena do artigo 305 do Código Penal, à pena de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, no regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos.

Inconformada, a defesa nas razões de apelação de fls. 98-104, requer a absolvição em razão da aplicação do princípio da insignificância.

Passo à análise.

Consta dos autos que a ré estava em processo de divórcio com a vítima, sendo-lhe requerido a entrega da carteira de trabalho do ofendido que estava em sua posse, ocasião em que disse haver queimado o referido documento por estar com raiva.

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.

Embora o delito esteja previsto dentre os crimes contra a fé pública, tenho que seja aplicável o referido princípio, porquanto não agiu deliberadamente para obter benefício próprio ou prejudicar a vítima, demonstrando a mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade da ação. O que se observa dos autos é que a ação decorreu de um momento de descontrole emocional, amenizando a reprovabilidade do comportamento.

Além disso, a vítima, Júlio César do Carmo Oliveira, ouvida em juízo (arquivo audiovisual de fl. 67 dos autos principais), disse que o único prejuízo que teve foi perder um dia de trabalho para providenciar a reemissão do documento, o que fatalmente demonstra a inexpressividade da lesão gerada.

Os fatos decorrem de desentendimentos entre o casal, normal em processo de divórcio, contudo, a conduta da ré na hipótese, embora encontre tipificação legal, não detém relevância da ação e do resultado para o Direito Penal, em face da insignificância da lesão produzida ao bem jurídico tutelado pelo Estado, sob pena de banalizar-se a sua atuação, que deve ser subsidiária.

Como bem observou Luiz Flávio Gomes ao comentar acórdão acerca da inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a fé pública, conforme trecho que transcrevo:

> *"O bem jurídico fé pública (imaterial) não afasta, de pronto, a incidência da insignificância. É um erro (e um formalismo exagerado) a assertiva contida no acórdão. Cada caso é um caso. Não se pode, a partir de dogmas mal elaborados, já se afastar a incidência deste ou aquele instituto penal. Tudo depende do caso concreto."*[1]

1 GOMES, Luiz Flávio; DONATI, Patricia. **Princípio da insignificância e crimes contra a fé pública**. Disponível em http://www.lfg.com.br.14 junho. 2009.

Assim, considerando que o caso em comento se amolda ao que abrange o referido princípio, entendo não cabível na hipótese a imposição da sanção penal.

É neste sentido o magistério de Salo de Carvalho[2], acerca do garantismo penal:

> *Correta, portanto, a constatação de que hoje, a tese da culpabilidade como fundamento da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, com a troca de uma função metafísica de legitimação da retribuição por uma função política de garantia da liberdade individual.*
>
> *Percebe-se, então, que o juízo de culpabilidade a ser realizado é dúplice. Em primeiro lugar, atua na avaliação se o homem, socialmente referido, naquelas circunstâncias fáticas, possuía autodeterminação e possibilidade de agir de modo diverso. Em segundo lugar, constatada a possibilidade e consequentemente o delito, opera na aplicação da pena, medindo o grau (quantun) de reprovabilidade, dimensionando a culpabilidade da conduta.*

Assim, contra o parecer, dou provimento ao recurso para reconhecer a incidência do princípio da insignificância como causa supra legal de atipicidade e absolver a apelante, nos termos do art. 386, III, do CPP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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 Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2016.

***

2 CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 46-47.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000563-65.2013.8.12.0054 - Nova Alvorada do Sul
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO E TENTATIVA DE LATROCÍNIO – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO EM RELAÇÃO AO SEGUNDO DELITO – APENAS UM PATRIMÔNIO ALVEJADO – ÚNICO DELITO DE TENTATIVA DE LATROCÍNIO – PEDIDOS ALTERNATIVOS EM RELAÇÃO AO DELITO ROUBO – PREJUDICADOS – DELITO DE AMEAÇA – PROVA ROBUSTA – CONDENAÇÃO MANTIDA – ABSORÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – APLICABILIDADE – USO DE DOCUMENTO FALSO – CONDENAÇÃO – TIPICIDADE – AUTODEFESA – INCABÍVEL – PENA-BASE – REDUÇÃO APENAS QUANTO AO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO – DIMINUIÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA EM 2/5 DEVIDO AO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO – MANUTENÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O crime de latrocínio na forma tentada, resta configurado quando comprovado que o agente, mediante emprego de arma de fogo, atirou na direção da vítima, quando esta ia ao seu encontro, em clara tentativa de detê-lo, demonstrando sua intenção de ceifar-lhe a vida com o escopo de assegurar a impunidade e a posse da *res furtiva*. O réu só não atingiu região vital de uma das vítimas por circunstâncias alheias a sua vontade, porque a arma falhou, sendo alvejada apenas no joelho. O acusado assumiu o risco de causar a morte do ofendido para garantir a subtração da *res furtiva*. Não há falar-se em absolvição.

2. Mesmo que a ação ocorra em um mesmo contexto fático contra diversidade de vítimas, atacando único patrimônio, está caracterizado único crime de latrocínio tentado e não concurso material ou formal entre os delitos de roubo majorado e tentativa de latrocínio. A multiplicidade de eventos, porém, deve ser levada em consideração para agravar a pena-base, nos termos do art. 59 do CP, com a consequente readequação da reprimenda aplicada. Diante disso, restam prejudicados os pedidos alternativos em relação ao crime de roubo majorado.

3. A autoria e materialidade do crime de ameaça se comprovam de toda a prova testemunhal. Tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, o ofendido afirmou ter sido ameaçado pelo réu, ao afirmar que ao entrar na sala para ser ouvido pela autoridade policial a respeito do crime de latrocínio, o acusado disse-lhe "*você vai ver, você vai ver, eu vou te pegar, você está ferrado*". A versão do ofendido encontra-se corroborada pelo depoimento judicial do policial, que presenciou os fatos. Como em muitos delitos deste jaez, se dá longe de testemunhas, portanto, determinante as informações repassadas pela vítima. Assim, incabível a absolvição, pois restou provada a conduta delitiva do réu.

4. Mantém-se a condenação pelo crime de uso de documento falso se a CNH apresentada tem semelhança com o padrão, sendo, pois, as irregularidades detectadas por meio de laudo pericial. Não incide o princípio constitucional da autodefesa se o agente utilizou o documento falso com o intuito de atrapalhar a persecução criminal e ocultar seus antecedentes, dificultando a ação policial.

5. Princípio da consunção: extrai-se dos autos, um nexo de causalidade entre as condutas de porte da arma para praticar o latrocínio, pois praticados num mesmo contexto fático, de modo que a menos grave é absorvida pela mais grave, ante a aplicação do princípio da consunção.

6. Pena-base: afastada a valoração negativa da moduladora da circunstâncias do crime apenas quanto ao delito de uso de documento falso, diante da inexistência de elementos concretos nos autos para apreciá-la, impõe-se a redução da pena-base. Já no que tange aos crimes de tentativa de latrocínio e ameaça, mantém-se como desfavoráveis as moduladoras dos antecedentes, conduta social e circunstâncias do delito, não havendo readequação da pena.

7. Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para: a) de ofício, afastar o concurso material entre os crimes de roubo majorado e latrocínio tentado, considerando um único crime de tentativa de latrocínio; b) aplicar o princípio da consunção em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo e c) reduzir a pena-base em relação ao delito de uso de documento falso, redimensionando-se a pena total para 18 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão e 04 meses de detenção e ao pagamento de 56 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso e, de ofício, afastar o concurso material entre os crimes de roubo majorado e latrocínio tentado, considerando um único crime de tentativa de latrocínio.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Noedes de Oliveira Dias, em face da sentença que o condenou pela prática dos delitos de roubo majorado, tentativa de latrocínio, ameaça, uso de documento falso e porte ilegal de arma de fogo, à pena total de 35 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão, no regime inicial fechado e 04 meses de detenção, no regime inicial semiaberto e ao pagamento de 156 dias-multa.

Nas razões de fls. 645-685, requer a absolvição do crime de porte ilegal de arma de fogo, sob a alegação de ser cabível a aplicação do princípio da consunção em relação ao delito de roubo majorado. Pugna pela absolvição do delito de latrocínio tentado, argumentando ausência de *animus necandi*. Pretende a absolvição do crime de ameaça, ante a insuficiência de provas. Pede a absolvição do delito de uso de documento falso, alegando atipicidade da conduta pela autodefesa. Alternativamente, sustenta a exclusão da causa de aumento do concurso de agentes; o reconhecimento do concurso formal entre as condutas de roubo e tentativa de latrocínio, a redução da pena-base para o mínimo legal em relação a todos os delitos, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e a redução do patamar aplicado na sentença às causas de aumento para o mínimo de 1/3 ao crime de roubo, a redução do patamar aplicado à agravante da reincidência e o aumento da fração aplicada à causa de diminuição pela tentativa para 2/3 ao delito de latrocínio tentado.

O Ministério Público apresentou contrarrazões as fls. 687-720, pelo não provimento do recurso.

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça as fls. 737-754.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Noedes de Oliveira Dias, em face da sentença que o condenou pela prática dos delitos de roubo majorado, tentativa de latrocínio, ameaça, uso de documento falso e porte ilegal de arma de fogo, à pena total de 35 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão, no regime inicial fechado e 04 meses de detenção, no regime inicial semiaberto e ao pagamento de 156 dias-multa.

Nas razões de fls. 645-685, requer a absolvição do crime de porte ilegal de arma de fogo, sob a alegação de ser cabível a aplicação do princípio da consunção em relação ao delito de roubo majorado. Pugna pela absolvição do delito de latrocínio tentado, argumentando ausência de *animus necandi.* Pretende a absolvição do crime de ameaça, ante a insuficiência de provas. Pede a absolvição do delito de uso de documento falso, alegando atipicidade da conduta pela autodefesa.

Alternativamente, sustenta a exclusão da causa de aumento do concurso de agentes; o reconhecimento do concurso formal entre as condutas de roubo e tentativa de latrocínio, a redução da pena-base para o mínimo legal em relação a todos os delitos, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e a redução do patamar aplicado na sentença às causas de aumento para o mínimo de 1/3 ao crime de roubo, a redução do patamar aplicado à agravante da reincidência e o aumento da fração aplicada à causa de diminuição pela tentativa para 2/3 ao delito de latrocínio tentado.

Analisei os pedidos por ordem de prejudicialidade.

Pedido de absolvição do delito de latrocínio tentado

A pretensão de absolvição do crime de latrocínio tentado não merece provimento.

As vítimas narraram em juízo que o acusado primeiramente rendeu Odécio de Melo Cuenca, quando saia de seu estabelecimento comercial transportando consigo o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e, mediante emprego de arma de fogo, subtraiu-lhe referido valor. O segundo ofendido Carlos ao avistar seu irmão sendo assaltado, dirigiu-se em direção deste para defendê-lo, momento em que o apelante a fim de garantir êxito na empreitada criminosa e sua fuga, efetuou um disparo que não o atingiu e, posteriormente, efetuou segundo disparo em direção ao seu peito, mas a arma falhou e ao díspar pela terceira vez falhou novamente. Narra, ainda, que o réu realizou mais um disparo que atingiu seu joelho, sendo o acusado detido por populares. (fl. 242 - arquivo audiovisual)

Observa-se, pela dinâmica narrada, manifesto *animus necandi*, pois o apelante atirou na direção da vítima Carlos, quando esta ia ao seu encontro, em clara tentativa de detê-lo, demonstrando sua intenção de ceifar-lhe a vida com o escopo de assegurar a impunidade e a posse da *res furtiva.*

Frisa-se que o fato de o disparo ter atingido apenas o joelho da vítima não afasta a configuração do delito de latrocínio tentado, porquanto, somente não o atingiu na região vital por circunstâncias alheias à sua vontade, ou seja, porque a arma falhou duas vezes.

Vê-se que a prova é clara quanto à caracterização da tentativa de latrocínio, não havendo falar-se em absolvição ou desclassificação da conduta para roubo majorado.

É cediço que o latrocínio é um crime complexo e que o bem jurídico penalmente protegido é o patrimônio, afigurando-se a morte da vítima como mera exclusão de um obstáculo para que o agente alcance seu objetivo principal: o patrimônio alheio.

Assim, havendo ou não intenção premeditada na conduta do agente que pretende praticar um crime de roubo com uso de arma, a morte da vítima sempre é previsível.

O ilustre doutrinador Cleber Masson[1] já esclareceu: "*se a subtração se consuma, mas a morte, quando desejada ou aceita pelo agente, fica na esfera da tentativa, o crime é de latrocínio tentado.*"

Atento à completa dinâmica dos fatos e ao desenrolar dos acontecimentos, dúvidas não existem de que o delito foi praticado com a intenção de subtrair o patrimônio alheio e, para assegurar o êxito de sua empreitada, o réu tentou ceifar a vida da vítima Carlos. Portanto, não há como desclassificar a conduta para roubo, pois a tentativa de latrocínio exsurge clara.

Cumpre ressaltar que o réu foi condenado pela prática de roubo majorado quanto ao primeiro ofendido e latrocínio tentado em relação ao segundo em concurso material.

Contudo, a meu ver, embora sejam duas vítimas na cena do crime, está configurado apenas um único delito – latrocínio -, porquanto apenas um só patrimônio foi alvejado (o valor de R$ 20.000,00 de propriedade do estabelecimento comercial dos ofendidos), devendo ser afastado o concurso material de crimes aplicado na sentença.

A respeito, oportuna a lição de MASSON[2]: ***"anote-se, porém, que resta caracterizado um único crime somente na hipótese em que um só patrimônio é atacado.*** *De fato, se em uma "única ação, praticada num único contexto fático, muito embora desdobrada em atos diversos, dois passageiros foram lesionados, restando evidenciado, ademais, que os agentes pretendiam desfalcar vários patrimônios, caracteriza-se o concurso formal de latrocínios"* – destaquei.

Nesse sentido, colaciono a seguinte jurisprudência:

> *"se houve ameaça ou ofensa à integridade física de mais de uma pessoa presente na cena do crime, mas apenas um patrimônio fora alvejado, conforme jurisprudência citada no parecer ministerial, tal fato deve ser sopesado na primeira fase da dosimetria da pena."* (TJ-RJ - APL: 00090808720138190014 RJ 0009080-87.2013.8.19.0014, Relator: Des. Jose Muinos Pineiro Filho, Data de Julgamento: 18/11/2014, Segunda Camara Criminal, Data de Publicação: 27/11/2014 13:05)

Sendo assim, de ofício, impõe-se o afastamento do concurso material dos crimes de roubo majorado e tentativa de latrocínio, para que haja o reconhecimento de único crime – latrocínio, ficando prejudicado o pedido de reconhecimento do concurso formal.

A multiplicidade de eventos, porém, deve ser levada em consideração para agravar a pena-base, nos termos do art. 59 do CP, com a consequente readequação da reprimenda aplicada, o que farei ao final.

Princípio da consunção

Merece acolhimento o pedido de aplicação do princípio da consunção, que veda dupla punição em decorrência de um mesmo fato, entre o delito de latrocínio e o crime de porte ilegal de arma de fogo.

1 MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 402.
2 MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

Extrai-se dos autos, um nexo de causalidade entre as condutas de porte da arma para praticar o latrocínio tentado, de modo que a menos grave é absorvida pela mais grave.

No caso vertente, logo após a prática do crime de tentativa de latrocínio, o apelante foi preso em flagrante por populares portando a arma utilizada no assalto. Com efeito, como a apreensão da arma ocorreu no mesmo contexto fático e temporal em que se deu o latrocínio tentado, quando o réu ainda se encontrava em situação de flagrância, deve ser aplicado no caso o princípio da consunção.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - LATROCÍNIO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI - IMPOSSIBILIDADE - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - ABSORÇÃO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. - Restando comprovada a prática da subtração de bem móvel, mediante violência que acarretou a morte da vítima, mostra-se correta a condenação dos agentes como incursos nas sanções cominadas no art. 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal. - Se o réu utilizou a arma de fogo para a prática do latrocínio, não há que se falar em sua condenação também pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, sendo este crime-meio para a prática daquele."* (TJMG – APR 10056061248250003 – Relator: Beatriz Pinheiro Caires. Julgamento: 19.02.2014. Órgão Julgador: Câmaras Criminais/2ª Câmara Criminal. Publicação: 10.03.2014)

Autoria do crime de ameaça

Segundo narra a denúncia, *"em 1 de abril de 2013, no interior da unidade mista de segurança pública, desta urbe, o denunciado Noedes de Olibeira Dias ameaçou a vítima Carlos Roberto Melo Cuenca de causar-lhe mal injusto e grave, com os seguintes dizeres: "você vai ver, você vai ver, eu vou te pegar, você tá ferrado"*.

A autoria restou suficientemente demonstrada pela prova testemunhal.

Na fase policial a vítima narrou com riqueza de detalhes como se deram os fatos:

> *"(...) Que acrescenta ainda que na ocasião que o Declarante entrou nesta sala para ser ouvido o autor estava algemado no corredor e lhe proferiu os seguintes dizeres: "Você vai ver, eu vou te pegar, você tá ferrado. (...)"* (fls. 20-22)

Tal declaração foi ratificada em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. (fl. 242 – arquivo audiovisual)

Em relação à importância do depoimento da vítima, não há como contestar. Como os delitos dessa natureza se dão longe de testemunhas, portanto, determinante as informações repassadas pelo ofendido.

Corroborando a versão do ofendido, tem-se o depoimento do policial Natalino Vaz da Silva, ao afirmar em juízo que presenciou a ameaça proferida pelo réu. (fl. 242 – arquivo audiovisual)

Indubitável a configuração do crime de ameaça em face da alteração notável no *psique* da vítima, de forma a identificar-se o dolo na conduta praticada pelo réu, de fato ameaçadora, alteradora do pensamento, das escolhas ou das atividades desenvolvidas pela pessoa atingida, o que ocorreu no caso, em que a vítima narrou em juízo temer pela sua integridade caso o réu seja posto em liberdade.

Como ensina Cézar Roberto Bitencourt:

> *"Afirmação de que ameaça proferida em estado de embriaguez não configura crime, igualmente, deve ser recebida com reservas, pois não se pode ignorar os vários estágios que o estado de embriaguez pode apresentar, além dos mais diversificados efeitos que pode produzir nos mais variados indivíduos. Por isso, somente a análise casuística, in concreto, pode apresentar a solução mais adequada, admitindo-se ou excluindo-se a tipificação do comportamento."* (BITENCOURT, Cézar Roberto. Código penal comentado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.)
>
> *"ameaçar significa procurar intimidar alguém, anunciando-lhe um mal futuro, ainda que próximo. Por si só, o verbo já nos fornece uma clara noção do que vem a ser o crime, embora haja o complemento, que seria particularmente importante, visto não ser qualquer tipo de ameaça relevante para o direito penal, mas apenas a que lida com um "mal injusto e grave."*
>
> *(...)*
>
> *"ameaçar significa procurar intimidar alguém, anunciando-lhe um mal futuro, ainda que próximo. Por si só, o verbo já nos fornece uma clara noção do que vem a ser o crime, embora haja o complemento, que seria particularmente importante, visto não ser qualquer tipo de ameaça relevante para o direito penal, mas apenas a que lida com um "mal injusto e grave."*
>
> *(...)*
>
> ***Por outro lado, é indispensável que o ofendido efetivamente se sinta ameaçado, acreditando que algo mal lhe pode acontecer; por pior que seja a intimidação, se ela não for levada a sério pelo destinatário, de modo a abalar-lhe atranquilidade de espírito e a sensação de segurança e liberdade, não se pode ter por configurada a infração penal. Afinal, o bem jurídico protegido não foi abalado."*** *– destaquei.* (Código penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010)

Assim, incabível a absolvição, pois restou provada a conduta do réu na prática de ameaça.

Autoria do crime de uso de documento falso

A defesa pede a absolvição do crime descrito no art. 304 do Código Penal, sob o argumento de que a conduta é atípica, em face da autodefesa, bem como alega que o apelante não apresentou o documento falso.

Mais uma vez não lhe assiste razão.

Em que pesem os argumentos expendidos pela defesa técnica do apelante, não há como acolher o pleito absolutório, já que o conjunto probatório dos autos é consistente e não deixa dúvidas quanto à autoria e materialidade do fato delituoso.

É sabido que o elemento subjetivo do tipo previsto no art. 304 do CP é a vontade livre e consciente de fazer uso de documento falso utilizando-se, do mesmo, como se fosse verdadeiro.

Constata-se, ainda, a presença do dolo nas próprias declarações do apelante que confessou que sabia sobre a falsidade do documento: *"há aproximadamente oito meses na ocasião que obteve o benefício do semiaberto, visando ocultar sai real identidade procurou por uma pessoa desconhecida na "pedra", localizada na Av. Afonso Pena, na cidade de Campo Grande, sendo que pagou o equivalente de R$ 500,00 (quinhentos reais) pelo serviço de falsificação."* (fl. 26)

A alegação de que o réu não utilizou o documento falso, sendo que apenas foi encontrado em seu bolso, não prospera, pois o policial Natalino Vaz da Silva asseverou na fase judicial que o próprio acusado Noedes já havia se identificado e apresentou a CNH falsa (fls. 242 – arquivo audiovisual)

A falsificação do documento foi comprovada pelo laudo pericial de fls. 306-311.

Ademais, não se pode falar em aplicação do princípio constitucional da autodefesa, pois o apelante fez uso do documento falso com o flagrante intuito de atrapalhar a persecução criminal e ocultar seus antecedentes, dificultando a ação policial.

Nessa trilha, colaciono jurisprudência dos tribunais superiores:

> *"Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO PARA OCULTAR CONDIÇÃO DE FORAGIDO. EXERCÍCIO DE AUTO-DEFESA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I A utilização de documento falso para ocultar a condição de foragido não descaracteriza o delito de uso de documento falso (art. 304 do CP). Precedentes. II Ordem denegada."* (STF - HC: 119970 SP , Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 04/02/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-032 Divulg 14-02-2014 Public 17-02-2014)

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. ART. 304 DO CP. USO DE DOCUMENTO FALSO. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA AFASTADA.*
>
> *(...) 3. Esta Corte, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade para ocultar a condição de foragido caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, o que afasta a tese de autodefesa. 4. Habeas corpus não conhecido.* (HC 193.319/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015).

Assim, pelos fundamentos expostos, mantenho a condenação dos réus apenas pelos delitos de latrocínio, ameaça e uso de documento falso.

Pedidos alternativos

Os pedidos de expurgo da causa de aumento da coautoria em relação, compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e a redução do patamar aplicado na sentença às causas de aumento para o mínimo de 1/3 ao crime de roubo, resta prejudicado, pois conforme já exposto, foi afastado o concurso material dos crimes de roubo majorado e latrocínio tentado, ficando condenado por único crime – latrocínio tentado.

Pena-base

A penas-bases dos delitos de tentativa de latrocínio, ameaça e uso de documento falso foram fixadas pela sentenciante nos seguintes termos:

> *"(...)*
>
> *3.2.1. Primeira fase*
>
> *Atenta aos ditames do art. 59, do Código Penal, vislumbro que: 1. A culpabilidade é normal à espécie; 2. Existem antecedentes, consubstanciados em condenações anteriores*

definitivas que não serão consideradas para configurar a reincidência (registros 001 e 002 de f. 397/398);

3. A conduta social é péssima, pois quando preso em flagrante o réu estava foragido do regime semiaberto (f. 49);

4. A personalidade não restou cotejada;

5. Os motivos são inerentes ao delito;

6. As conseqüências também são intrínsecas ao crime;

7. As circunstâncias prejudicam, pois o réu premeditou o crime em concurso com terceira pessoa e, após realizar a abordagem em local de grande circulação de pessoas e subtrair vultosa quantidade de dinheiro no roubo anterior, para garantir a posse da res furtiva, ainda efetuou 03 (três) disparos de arma de fogo na direção do ofendido, o qual não foi atingido com gravidade porque a arma falhou e o réu, ao fugir, caiu;

8. O comportamento das vítimas foi neutro.

Nesse passo, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato.

(...)

3.4. Do crime de ameaça praticado contra a vítima Carlos Roberto de Melo Cuenca

3.4.1. Primeira fase

Atenta aos ditames do art. 59, do Código Penal, vislumbro que:

1. A culpabilidade é normal à espécie;

2. Existem antecedentes, consubstanciados em condenações anteriores definitivas que não serão consideradas para configurar a reincidência (registros 001 e 002 de f. 397/398);

3. A conduta social é péssima, pois quando preso em flagrante o réu estava foragido do regime semiaberto (f. 49);

4. A personalidade não restou cotejada;

5. Os motivos são inerentes ao delito;

6. As conseqüências também são intrínsecas ao crime;

7. As circunstâncias prejudicam, pois o réu ameaçou a vítima nas dependências da Delegacia de Polícia, logo após tentar matá-la;

8. O comportamento das vítimas foi neutro.

Nesse passo, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 03 (três) meses de detenção.

(...)

3.5. Do crime de uso de documento falso

3.5.1. Primeira fase

Atenta aos ditames do art. 59, do Código Penal, vislumbro que:

1. A culpabilidade é normal à espécie;

2. Existem antecedentes, consubstanciados em condenações anteriores definitivas que não serão consideradas para configurar a reincidência (registros 001 e 002 de f. 397/398);

3. A conduta social é péssima, pois quando preso em flagrante o réu estava foragido do regime semiaberto (f. 49);

4. A personalidade não restou cotejada;

5. Os motivos são inerentes ao delito;

6. As conseqüências também são intrínsecas ao crime;

7. As circunstâncias prejudicam, pois o acusado tinha obtido o documento há 08 (oito) meses e o utilizou para evitar sua prisão;

8. O comportamento das vítimas foi neutro.

Nesse passo, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato.

(...)" (fls. 609-613)

Vê-se que foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e circunstâncias do crime.

Os antecedentes são maculados, pois constata-se da certidão de fl. 397 e em consulta ao SAJPG, que há em desfavor do réu 03 condenações anteriores transitadas em julgado pelo delito de roubo (autos n. 0043288-49.2004.812.0001, 0000425-10.2006.8.12.0001 e 0019911-05.2001.8.12.0001), de modo que uma serve para configurar antecedentes e as demais para caracterizar a agravante da reincidência, não havendo *bis in idem,* nos termos do Enunciado da Súmula 241 do STJ.

Ressalta-se que o período depurador de 05 anos é contado entre a data da extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena e o fato novo, o que não ocorreu no caso em análise. Contudo a reabilitação é para efeitos de reincidência e não na análise dos maus antecedentes.

Oportuna a lição de Bitencourt em análise ao artigo 64 do Código Penal:

"*A reincidência é como o pecado original: desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal* (art. 59, *caput*)."[3]

Quanto à conduta social, os fundamentos empregados pela sentenciante para considerá-la desabonadora consistente em *"é péssima, pois quando preso em flagrante o réu estava foragido do*

3 BITENCOURT, Cézar Roberto. **Código penal comentado**. 5ed.São Paulo:Saraiva,2009.

regime semiaberto (f. 40)", são idôneos, porquanto pautados em elementos probatórios que demonstram o comportamento desregrado do recorrente.

As circunstâncias do crime foram valoradas sob fundamento diverso para cada delito. À respeito de tal moduladora, Ricardo Augusto Schmitt leciona que: *"Trata-se do modus operandi empregado na prática do delito. São os elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade (...).*[4]*"*

Nesse prisma, tenho que a fundamentação declinada para considerar desabonadora as circunstâncias do crime de uso de documento falso não deve prevalecer, uma vez que não foram destacados quaisquer elementos minimamente hábeis a indicar que as circunstâncias foram efetivamente mais danosas que as comuns do tipo penal.

Em relação ao crime de ameaça, as circunstâncias são desfavoráveis, pois conforme bem fundamentou a juíza *a quo*, *"o réu ameaçou a vítima nas dependências da Delegacia de Polícia, logo após tentar matá-la"*.

No que tange ao delito de latrocínio, é insuficiente a fundamentação apresentada pela magistrada para valoração negativa, pois pautada em elementos inerentes ao tipo penal, que inclusive foram utilizadas como fundamento para configurar o crime.

Todavia, afastado o concurso material entre os crimes de roubo majorado e latrocínio tentado, sendo reconhecido um único crime – latrocínio –, deve ser estabelecida uma única pena, o que não acarreta *reformatio in pejus*, por ser mais favorável ao réu que o concurso material aplicado na sentença.

Nesses casos, o julgador não fica vinculado à pena-base fixada anteriormente, pois agora ao proceder com nova dosimetria da pena, deverá distinguir uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação numa mesma situação fática contra duas vítimas, considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Desta feita, mantenho desfavorável as circunstâncias do delito, em face da prática do delito contra duas vítimas.

Assim, mantidas desfavoráveis as moduladoras dos antecedentes, conduta social e circunstâncias aos delito de latrocínio e ameaça, mantenho inalterada as penas-bases fixadas respectivamente em 25 anos de reclusão e 40 dias-multa e 03 meses de detenção.

No que tange ao crime de uso de documento falso, afastada a moduladora das circunstâncias do delito e mantida a valoração negativa dos antecedentes e conduta social, reduzo a pena base para 03 anos de reclusão e 20 dias-multa.

Pedido de redução do patamar aplicado à agravante da reincidência em relação ao crime de latrocínio

Não assiste razão ao recorrente, devendo ser mantida neste ponto a sentença.

Ressalta-se que o Código Penal não estabelece qualquer limite mínimo ou máximo a ser aplicado em razão da referida circunstância agravante, devendo o juiz com o seu poder discricionário analisar a situação fática.

No caso em exame, o patamar da agravante da reincidência fixado em 02 anos deve ser mantido, porquanto fora adequadamente dosado pelo juízo singular, por atender melhor todo contexto dos autos, porquanto se trata de multirreincidência, não havendo correção alguma a ser sanada nesse particular.

4 SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 5. ed. Salvador: Podivm, 2010. p. 104.

Nesse sentido trago o entendimento do Superior tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. LATROCÍNIO TENTADO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA N. 241/STJ. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE QUE SE AFASTOU DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA FUNDAMENTADA E SEM MENCIONAR A REINCIDÊNCIA. SEGUNDA FASE. AUMENTO DA PENA PROVISÓRIA EM DOIS ANOS, PATAMAR MENOR QUE A FRAÇÃO DE 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 4. É bem verdade que a lei não prevê as frações que serão aplicadas no caso de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de reincidência, tem se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentado. 5. No caso, o aumento de 2 anos, pela reincidência, foi menor que a fração comumente usada de 1/6, o que demonstra a inexistência de qualquer ilegalidade a ser sanada por esta Corte Superior. 6. Habeas corpus não conhecido."* (HC 324.436/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015) – destaquei.

Pedido de aumento da fração aplicada à causa de diminuição pela tentativa ao delito de latrocínio

Sem razão.

O critério para aferir a maior ou menor diminuição da pena, conforme estabelecido no parágrafo único do inciso II do artigo 14 do Código Penal é o *iter criminis* percorrido pelo agente.

Na hipótese, a magistrada singular aplicou a redução de 2/5 em relação à tentativa sob o seguinte fundamento:

> *"(...) Assim, considerando que o réu efetuou 03 (três) disparos de arma de fogo na direção da vítima e lhe atingiu de raspão no joelho, sendo que somente não a matou porque a arma falhou e ele, ao fugir, desequilibrou-se e caiu, reduzo a sanção no patamar intermediário de 2/5 (dois quintos). (...)"*

Verifico que foi longo o "*iter criminis"* percorrido, já que o réu esteve bem próximo de causar a morte da vítima, pois somente não foi atingida em região vital por disparos de arma de fogo porque a arma falhou duas vezes, impedido o acusado de prosseguir com o intento de ceifar-lhe a vida.

Assim, correta a aplicação da causa de diminuição da pena em 2/5 pelo crime tentado, pois, da análise das provas carreadas aos autos, resta evidente que o "*iter criminis"* foi praticamente todo percorrido pelo apelante.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. TENTATIVA. ITER CRIMINIS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Não se vislumbra nenhuma irregularidade na sentença que, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, fixou a pena-base no seu mínimo legal, na primeira fase, e reduziu-a em 1/3 na terceira fase, em virtude da tentativa, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade, sendo suficiente*

para reprovação do crime. 3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a redução da pena, em razão da tentativa, ocorreu de forma devidamente fundamentada no iter criminis percorrido pelo agente na prática delitiva. 4. A análise do caminho percorrido pelo agente demanda incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do habeas corpus(...)" (STJ - HC: 167789 SP 2010/0058760-8, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Data de Julgamento: 03/03/2015, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 13/03/2015)

"EMBARGOS INFRINGENTES. LATROCÍNIO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL. PREMEDITAÇÃO. VIOLÊNCIA EXACERBADA. CABIMENTO. TENTATIVA. ITER CRIMINIS. PRÓXIMO DA CONSUMAÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA. A premeditação revela maior ousadia e destemor e por isso é elemento apto para se avaliar negativamente a culpabilidade. A violência exacerbada, que ultrapassa aquela inerente ao tipo, também serve de parâmetro para avaliação negativa da citada circunstância judicial, com consequente majoração da pena-base. O critério de diminuição da pena, pela tentativa deve levar em conta o iter criminis percorrido. Se todos os atos de execução foram praticados e o resultado não ocorreu por circunstância totalmente alheia à vontade do agente (defeito na arma de fogo), correta a diminuição da pena em 1/3 (um terço). Embargos infringentes conhecidos e desprovidos." (TJ-DF - EIR: 20130710343444, Relator: Souza e Avila, Data de Julgamento: 29/06/2015, Câmara Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/07/2015 . Pág.: 261)

Mantenho o patamar de 2/5 fixado na sentença para a causa de diminuição pela tentativa.

Readequação da pena

Crime de latrocínio:

Na primeira fase, fica a pena-base em 25 anos de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, ausente atenuante (nos termos da sentença) e presente a agravante da reincidência no patamar de 02 anos, fica a pena e 27 anos de reclusão e 60 dias- multa.

Na terceira fase, incide a causa de diminuição da tentativa (art. 14, II do CP), mantenho o patamar de 2/5, ficando a pena em 16 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão e 36 dias-multa, que a torno definitiva ante a ausência de outros elementos.

Crime de Ameaça:

Na primeira fase, fica mantida a pena-base fixada na sentença, em 03 meses de detenção.

Na segunda fase, ausente atenuante. Presente a agravante da reincidência em patamar de 01 mês, nos termos da sentença, fica a pena em 04 meses de detenção.

Na terceira fase, inexistentes causas de aumento e diminuição de pena, torno-a definitiva em 04 meses de detenção.

Crime de uso de documento falso:

Na primeira fase, diante do expurgo da moduladora das circunstâncias do crime, reduzo a pena-base para 02 anos de reclusão e 20 dias-multa.

Na segunda fase, a magistrada singular compensou a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ficando, assim, inalterada a pena intermediária em 02 anos de reclusão e 20 dias-multa.

Na terceira fase, inexistentes causa de aumento e diminuição de pena, torno-a definitiva em 02 anos de reclusão e 20 dias-multa.

Concurso material

Diante do concurso material previsto no art. 69 do CP (latrocínio ameaça e uso de documento falso), a pena soma o total de 18 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão e 56 dias-multa e 04 meses de detenção.

Regime

Mantenho o regime inicial fechado à pena de reclusão, em razão do *quantum* do apenamento e da reincidência do réu, nos termos do art. 33, § 2º, "a" do CP e inicial semiaberto à pena de detenção, ante à reincidência do acusado, nos termos do art. 33, § 2º, "b" do CP.

Dispositivo

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para: a) de ofício, afastar o concurso material entre os crimes de roubo majorado e latrocínio tentado, considerando um único crime de tentativa de latrocínio; b) aplicar o princípio da consunção em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo e c) reduzir a pena-base em relação ao delito de uso de documento falso, redimensionando-se a apena total para 18 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão e 04 meses de detenção e ao pagamento de 56 dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso e, de ofício, afastaram o concurso material entre os crimes de roubo majorado e latrocínio tentado, considerando um único crime de tentativa de latrocínio.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0002183-88.2015.8.12.0007 - Costa Rica
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO – ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDOS ANTES DA LEI Nº 12.015/2009 – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS – LEI NOVA MAIS FAVORÁVEL – PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE – CRIME ÚNICO – PENA-BASE REFORMADA – EXASPERAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acompanhando o entendimento sedimentado nos Tribunais Superiores, após a mudança no Código Penal introduzida pela Lei nº 12.015/2009, deve-se reconhecer a ocorrência de crime único quando os atos de conjunção carnal e ato libidinoso ocorram em um mesmo contexto fático. Vítima de 01 ano e 10 meses de idade e constatação das lesões graves fazem a conduta subsumir-se ao art. 217-A, § 3º, do CP.

Todavia, o julgador não fica vinculado à pena-base fixada anteriormente, pois agora ao proceder com nova dosimetria da pena, deverá distinguir uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo (ato libidinoso diverso e conjunção carnal) numa mesma situação fática, considerando as circunstancias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse ponto, não agiu com acerto a magistrada, devendo ser considerado o inconformismo do órgão acusatório exposto nas razões recursais em que busca a exasperação da reprimenda. A pena fixada pela juíza da execução deve ser exasperada, diante da negatividade de todas as circunstâncias judiciais, a meu ver, devendo ser sopesada como desfavorável também os motivos, pois além da lascívia, houve o móvel de satisfação de instinto de extrema crueldade, pois inimaginável o sofrimento gerado na vítima, como detalhou a magistrada singular. Da mais elevada crueldade o delito praticado, extrapolando os limites do humanamente aceitável.

A censurabilidade do ignóbil comportamento do agente e a inexistência de circunstância judicial favorável, exsurge no espírito deste julgador que se tal delito não mereça pena máxima, inimaginável qual outro mereça, à vista dos patamares fixados pelo legislador penal.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para reformar a pena-base, exasperando-a, restando a pena definitiva em 20 anos de reclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de março de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público, contra a decisão de fls. 381-394 proferida pela juíza da 1° Vara da Comarca de Cassilândia que revisou as condenações criminais do reeducando abolindo a condenação por atentado violento ao pudor.

Alega que o ocorreu mera readequação textual, sem retirar a existência da conduta tipificada pela lei como crime, não podendo gerar a abolição do crime ou mesmo a aplicação da regra da continuidade delitiva, para a condenação de atentado violento ao pudor, se tratando de um tipo penal misto.

Requer a manutenção da sentença condenatória mantendo a pena de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão pela prática dos crimes previstos nos artigos 213 e 214 c/c 223, *caput*, e artigo 224, "a", todos do Código Penal e, 9º da Lei 8.072/90.

Em contrarrazões a defesa, pugna pelo não provimento do recurso. Prequestiona a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica bem como o princípio fundamental da ressocialização (fls. 398-407).

Em sede de retratação, o juiz *a quo* manteve a decisão agravada (fl. 396) por seus próprios fundamentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, manifestou-se, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento (fls. 414-418).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, contra a decisão de fls. 381-394 proferida pela juíza da 1° Vara da Comarca de Cassilândia que revisou as condenações criminais do reeducando abolindo a condenação por atentado violento ao pudor.

Alega que o ocorreu mera readequação textual, sem retirar a existência da conduta tipificada pela lei como crime, não podendo gerar a abolição do crime ou mesmo a aplicação da regra da continuidade delitiva, para a condenação de atentado violento ao pudor, se tratando de um tipo penal misto. Requer a manutenção da sentença condenatória mantendo a pena de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão pela prática dos crimes previstos nos artigos 213 e 214 c/c 223, *caput*, e artigo 224, "a", todos do Código Penal e, 9º da Lei 8.072/90.

Passo à análise do recurso.

O agravante foi condenado à pena de 24 anos reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática dos delitos previstos nos artigos 213 e 214, c/c art. 223 *caput*, e art. 224 "a", todos do Código Penal (com a redação anterior a Lei 12.015/09), conforme fls. 266-269 do processo de origem n° 0002230-66.2009.8.12.0009 (consulta SAJ).

A questão cinge-se na aplicabilidade de lei mais benéfica que reconhece crime único nas situações em foi praticado estupro e atentado violento no mesmo contexto fático, contra vítimas menores de 14 anos.

O crime ocorreu no ano de 2006 ou seja, antes da promulgação da nova lei dos crimes sexuais. Não há que se falar em *"abolitio criminis"* e muito menos manutenção da sentença condenatória, sendo devido o reconhecimento de crime único em relação aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor cometidos antes da Lei n. 12.015/2009.

Mesmo que não tenha sido a finalidade do Legislativo da União favorecer aqueles que praticam crimes sexuais, o fato é que a reforma introduzida pela Lei n° 12.015/09, da forma como foi feita, é positiva para os infratores.

Sabidamente, com o advento da Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009, foi revogado o art. 214 e alterada a redação do art. 213, ambos do CP, incorporando o tipo penal anteriormente denominado de atentado violento ao pudor ao crime de estupro, previsto no art. 213.

Desta feita, com a exclusão do art. 214, a conduta tipificada foi deslocada para o art. 213, havendo unificação das condutas em um mesmo tipo penal, tornando-se o estupro um crime plurissubsistente.

Além disso, foi acrescido ao Código Penal o art. 217-A, *caput* e § 3º, o qual aplica-se ao caso dos autos, assim redigido:

> *"Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Redação da LEI Nº 12.015/07.08.2009)*
>
> *Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.*

Constata-se, no caso, que os abusos sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) foram cometidos quando a vítima tinha apenas 1 (um) ano e 10 (dez) meses e foram produzidas lesões graves, o que configura o novo tipo penal (art. 217-A, §3º, do CP).

Desta forma, a violência consistente na prática de mais de um ato contra a vítima em um mesmo contexto não poderia mais configurar concurso material. *"Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima"*[1]

Nesse sentido, colaciono o entendimento Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...)* ***Em momento algum a decisão agravada afirmou ter havido a abolitio criminis das condutas antes tipificadas como atentado violento ao pudor, mas, pelo contrário, afirmou expressamente que, em razão do advento da Lei n. 12.015/2009, as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, que antes formavam crimes diferentes, passaram a constituir um único delito, denominado de estupro ou, no caso de a vítima ser menor de 14 anos, de estupro de vulnerável.****(...)* (AgRg no AgRg no Ag 1260586/GO, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 22/11/2012) – *destaquei.*

1 *Op. Cit.* P. 18-19.

> *"(...) Com as inovações trazidas pela Lei 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero - crimes contra a dignidade sexual - e também da mesma espécie - estupro -, razão pela qual, desde que praticados contra a mesma vítima, e no mesmo contexto, conforme se verifica neste caso, devem ser reconhecidos como crime único.3. Referido dispositivo legal, por externar um panorama mais benéfico ao sentenciado, pode, em princípio, incindir imediata e retroativamente aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor, independentemente da fase em que se encontrem, haja vista sua natureza preponderantemente penal.4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 1244888/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

Assim, sob a influência das alterações legislativas, mais benéficas ao réu, em observância ao art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, constata-se correta a retroatividade operada com o reconhecimento de crime único entre as condutas de constrangimento a conjunção carnal e a ato libidinoso diverso.

E, na hipótese, por se tratar de vítima menor de 14 anos, havendo o resultado de lesão grave, aplica-se o previsto no art. 217-A, §3º, do CP, tipo penal trazido pela nova lei, tal como fez a juíza da execução.

Pois bem, há que se considerar, todavia, que nesses casos, o julgador não fica vinculado à pena-base fixada anteriormente, pois agora ao proceder com nova dosimetria da pena, deverá distinguir uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo (ato libidinoso diverso e conjunção carnal) numa mesma situação fática, considerando as circunstancias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse ponto, tenho que não agiu com acerto a magistrada, devendo ser considerado o inconformismo do órgão acusatório exposto no trecho das razões recursais que me permito transcrever:

> *"De fato, estamos diante do claro objetivo da sociedade brasileira de combater estes maléficos crimes. A opção do legislador nesse sentido é evidente.(...)*
>
> *Evidente que no caso os atos libidinosos não foram mera preliminar da prática de conjunção carnal, constituíram condutas autônomas na medida em que por elas pretendiam os criminosos fazerem uma farra com a criança, agiram independente da conjunção carnal em si. O dolo de praticar os atos libidinosos é separado e destacado da conduta de praticar conjunção carnal.*
>
> *Ademais, a interpretação correta da alteração deve afastar este aparente e absurdo benefício legal, que avilta a dignidade da pessoa humana, notadamente a dignidade da vítima destes atos."*

No caso, por ser recurso da acusação que versa sobre alteração legislativa e que busca a exasperação da reprimenda, diante dos fatos expostos, é cabível o parcial acolhimento da pretensão.

O juízo *a quo* procedeu a nova dosimetria da seguinte forma:

> *"(...) Levando-se em conta o que já decidido na sentença de 1°grau e em consonância com o acórdão, tem-se que a culpabilidade (nesta fase entendida como a reprovação social que o crime e o autor do fato o merecem) mostra-se elevada, dada tamanha crueldade dos fatos praticados, e ainda considerando o tempo que o réu e o coautor expuseram a pequena e indefesa vítima a sofrimento, assim como a multiplicidade de atos sexuais com ela praticados, pois num primeiro momento praticaram atos libidinosos, colocando e retirando a mão da vagina da vítima e, após serem interrompidos pela passagem de um veículo, levaram a criança para outro local, onde a constrangeram à conjunção carnal,*

revezando-se no ato bestial e, ainda, após cometerem o terrível crime, deixaram a vítima jogada no chão, coberta de sangue, que só não foi a óbito porque localizada por terceiros e encaminhada ao hospital.

Tal como estipulado na sentença e o acórdão, o acusado registra antecedentes criminais pelos delitos de tentativa de homicídio e porte ilegal de arma de fogo, e encontrava-se em cumprimento de pena quando do cometimento do delito em tela; a conduta social não pode ser considerada normal, pois os elementos colhidos demonstram que é dado à práticas delitivas; no que tange à sua personalidade, revela-se tortuosa, pois "admite expressamente que sua atitude foi premeditada e que o fim alcançado esta na sua vontade" (fl. 60). Os motivos do crime foram tidos como a busca pela satisfação de seus impulsos sexuais, o que é considerado normal à espécie, não lhe prejudicando. As circunstâncias, conforme decidido pelo TJMS também devem ser consideradas para fixação da pena base, pois se refere à prática de conjunção carnal e atos libidinosos diversos desta última tendo como vítima criança de tenra idade, que não pôde oferecer qualquer resistência. As consequências, sendo as gravíssimas lesões físicas e morais sofridas pela vítima, conforme decisão do TJMS não devem ser consideradas, pois na legislação vigente na época além de sofrer a majoração da pena do art. 223 do Código Penal, constituíam elemento para majoração da pena-base com o art. 9º da Lei 8.072/90. O comportamento da vítima, é considerado como neutro, sendo a mesma indefesa perante qualquer atitude dos réus, o que já considerado no próprio tipo penal.

Nestes termos, considerando as 4 circunstâncias judicias fixadas negativamente pela decisão transitada em julgado, e acrescentando-se a circunstância negativa referente a culpabilidade, conforme fundamentado acima, na forma do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 16 anos de reclusão.

Como não foram consideradas atenuantes e agravantes anteriormente, deixo de considerá-las nesta oportunidade. Também não há incidência de causa de diminuição ou aumento de pena a se considerar, conforme já fundamentado. Assim, torno definitiva a pena fixada no patamar de 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Mantenho o regime prisional fechado, face ao quantum da pena aplicada, nos termos do artigo 33, § 2º, "a" do Código Penal." (fls. 381-394)

A pena fixada pela juíza da execução deve ser exasperada, diante da negatividade de todas as circunstâncias judiciais, devendo ser sopesada como desfavorável também os motivos, pois além da lascívia, houve o móvel de satisfação de instinto de extrema crueldade, pois inimaginável o sofrimento gerado na vítima, como bem detalhou a magistrada singular:

"(...) No caso em exame, conforme restou decidido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul-MS (acórdão de fls. 49-64), o réu A.M.M., em concurso com R.S.A., constrangeram, mediante violência real, à conjunção carnal, a menor D.N.P. de apenas 01 ano e 10 meses, praticando atos libidinosos e conjunção carnal. Durante a madrugada, R.S.A. retirou a criança de sua residência e, inicialmente os acusados levaram a menor para a rua de saída para Costa Rica, na Guarita da Enersul, quando então tiraram a calcinha da mesma e começaram a praticar atos libidinosos com a mesma, colocando e retirando a mão da vagina da infante, que começou a chorar e teve sua boca tampada. Em virtude de passar uma caminhonete pelo local, os acusados pegaram a infante, que já se encontrava toda ensanguentada, e a levaram para as proximidades de uma oficina, onde continuaram a violência sexual contra a mesma, constrangendo a infante à conjunção carnal. Enquanto um dos denunciados estuprava a menor, o outro dava cobertura e assim se revezavam. A criança teve sua vagina dilacerada, tendo rompimento de períneo, sendo necessário passar por diversas cirurgias para sua reconstrução. Conforme consignado na

sentença: "frise-se a gravidade das lesões sofridas pela vítima, de tenra idade, a qual teve seu aparelho reprodutor dilacerado, encontrando-se atualmente evacuando por intermédio de bolsa de colostomia, tendo que se submeter a várias cirurgias reparatórias, o que lhe ocasionou deformidade permanente e inclusive risco de morte (...)"(fls. 381-394)

Da mais elevada crueldade o delito praticado, extrapolando os limites do humanamente aceitável.

A censurabilidade do ignóbil comportamento do agente e a inexistência de circunstância judicial favorável, exsurge no espírito deste julgador que se tal delito não mereça pena máxima, inimaginável qual outro mereça, à vista dos patamares fixados pelo legislador penal.

Por tais razões, altero a pena-base, fixando-a em 20 anos de reclusão.

Na segunda fase, sem agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, sem causas de aumento ou diminuição, resta a pena definitiva em 20 anos de reclusão.

No mais, permanece inalterada a sentença.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para reformar a pena-base, exasperando-a, restando a pena definitiva em 20 anos de reclusão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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 Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 17 de março de 2016.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001108-47.2012.8.12.0030/50000 - Brasilândia
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – DOSIMETRIA – CONDUTA SOCIAL E MOTIVOS DO CRIME MAL SOPESADOS – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO – PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA – INFRINGENTES PROVIDOS.

I – A mera afirmação, genérica e abstrata, de que a "*conduta social é desajustada com o meio em que vive*" não serve para negativar tal moduladora, pois não demonstra qual o real comportamento do agente perante a família, os amigos, no trabalho, na vizinhança etc.

II – A fundamentação atribuída à circunstância judicial dos motivos do crime igualmente não deve justificar o incremento da sanção, porquanto o objetivo de alcançar lucro fácil, constitui elemento inerente ao próprio tipo penal.

III – Considerando o *quantum* da pena inferior à 04 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, possível torna-se a fixação do regime inicial aberto.

IV – Cabível a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos se dos autos emerge que, além de primário, o embargante não cometeu delito com grave ameaça ou violência contra pessoa, teve a pena corporal quantificada em 03 (três) anos de reclusão e as circunstâncias judiciais não indicam que a medida seja inadequada.

V – Infringentes acolhidos com o fim de reduzir a pena-base no mínimo legal e, ao final, estabelecê-la definitivamente no patamar de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime inicial aberto, com substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento aos Embargos Infringentes, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Juliano dos Santos Barros interpõe os presentes embargos infringentes em face do v. acórdão prolatado pela 2ª Câmara Criminal, o qual, por maioria, negaram provimento ao seu recurso de apelação.

Nas razões, pugna o embargante pela redução da pena-base ao mínimo legal, mediante o afastamento da valoração negativa da conduta social e dos motivos do crime, fazendo-se prevalecer o voto minoritário proferido pelo e. 1º Vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que ao final fixou a reprimenda em 03 anos reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, com substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos (pp. 01-09).

Recebido o recurso (p. 11), os autos foram com vistas à Procuradoria-Geral de Justiça, que então manifestou-se pela rejeição dos infringentes (pp. 14-15).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Juliano dos Santos Barros interpõe os presentes embargos infringentes em face do v. acórdão prolatado pela 2ª Câmara Criminal, o qual, por maioria, negaram provimento ao seu recurso de apelação.

Nas razões, pugna o embargante pela redução da pena-base ao mínimo legal, mediante o afastamento da valoração negativa da conduta social e dos motivos do crime, fazendo-se prevalecer o voto minoritário proferido pelo e. 1º Vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que ao final fixou a reprimenda em 03 anos reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, com substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos (pp. 01-09).

Passo ao exame dos infringentes.

De proêmio, vejamos como o magistrado singular procedeu ao confeccionar a dosimetria penal (p. 101):

> *"(...) Analisadas as diretrizes do art. 59 do Código Penal, conclui-se que a censura das condutas são as normais previstas para o tipo penal. O réu responde a diversas ações penais nesta comarca, tendo inclusive sido condenado em algumas delas, porém à época dos fatos não havia nenhuma condenação com trânsito em julgado.* ***Conduta social desajustada com o meio em que vive****. Sem elementos para valorar sua personalidade.* ***O motivo do delito de furto é a obtenção de lucro fácil****. As circunstâncias são as normais em relação aos dois delitos, aqui considerando o reconhecimento das qualificadoras do crime contra o patrimônio. Consequências também censuradas pela própria norma. Nada a valorar sobre o comportamento das vítimas. À vista dessas circunstâncias, fixo a pena-base do crime de furto qualificado em 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa. (...)"* - negritei

Pois bem.

Conforme se observa, foram avaliadas negativamente, na primeira fase, apenas as moduladoras da conduta social e motivo do delito e, por tal razão, fixou a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 03 (três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Contudo, ao meu ver, tais circunstâncias judiciais não receberam fundamentação adequada.

Em relação à moduladora da conduta social, esclarece Rogério Greco que: "*Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procurando-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ter ou não influenciado no cometimento da infração*". (Código penal comentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 140).

Com efeito, a mera afirmação, genérica e abstrata, de que a "*conduta social é desajustada com o meio em que vive*" lançada pelo julgador monocrático não serve para negativar tal moduladora, pois não demonstra qual o real comportamento do agente perante a família, os amigos, no trabalho, na vizinhança etc.

A propósito, colhe-se o seguinte precedente:

> *HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.*
>
> *(...)*
>
> ***3. Não tendo sido apontado nenhum elemento concreto que demonstrasse a especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou a inadequação do comportamento do paciente no interior do grupo social a que pertence (família, vizinhança, trabalho, escolha etc.), deve ser afastada a valoração negativa da personalidade e da conduta social.***
>
> *4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de diminuir a pena-base do paciente para o mínimo legalmente previsto, tornando a sua reprimenda definitiva em 12 anos de reclusão.* (HC 225.035/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014) - destaquei.

Se não bastasse, é pacífico o entendimento de que "*a conduta social não se confunde com os antecedentes criminais; a primeira se refere aos antecedentes sociais e o segundo se refere a condenações referentes a fatos criminais anteriores ao que se examina e resultantes de decisão transitada em julgado.*" (STJ - HC: 98284 RS 2008/0003152-0, Relator: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Data de Julgamento: 17/04/2008, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJ 12.05.2008, p. 1)

Outrossim, a fundamentação atribuída à circunstância judicial dos motivos do crime igualmente não deve justificar o incremento da sanção, porquanto o objetivo de alcançar lucro fácil, constitui elemento inerente ao próprio tipo penal.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. QUADRILHA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. APELAÇÃO JULGADA. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS. ASPECTOS GENÉRICOS DECLINADOS. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. 3. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 4. MOTIVOS. PRÁTICA DELITIVA. FEITO EM CURSO. INVIABILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *(...)*
>
> ***4. Com relação ao motivo do crime, o Juízo a quo considerou-o como negativo, salientando que o acusado objetivava somente o lucro fácil. Contudo, nos termos em que considerado, confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que o integra, não ensejando, pois, aumento da pena-base.***

> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente.* (HC 200.344/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 28/10/2013) – destaquei.

Logo, imperioso o afastamento da valoração negativa das moduladoras da conduta social e dos motivos do crime, devendo, pois, a pena final ser fixada no patamar de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

No tocante ao regime prisional, considerando o *quantum* da pena inferior à 04 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, também entendo ser possível e adequado a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Por fim, em relação às penas alternativas, infere-se que os requisitos foram integralmente atendidos, porquanto, além de primário, o embargante não cometeu delito com grave ameaça ou violência contra pessoa, teve a pena corporal quantificada em 03 (três) anos de reclusão e a avaliação das circunstâncias judiciais, como acima visto, não indica que a substituição seja inadequada.

Conclusão

Destarte, ante ao exposto, dou provimento aos infringentes a fim reduzir a pena-base no mínimo legal e, ao final, estabelecer a pena definitiva em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime inicial aberto, com substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, nos exatos termos do r. voto dissidente proferido pelo i. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Voto contra o parecer.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Revisora):

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal):

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (2º Vogal):

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (3º Vogal):

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (4º Vogal):

Embora o voto majoritário do apelo subjacente seja da lavra deste julgador, é fato que os motivos do crime devem ser afastados, eis que o lucro fácil é elemento inerente aos delitos patrimoniais, de tal sorte que não serve à exasperação da pena-base.

Por outro lado, a negativação da conduta social do acusado deve ser mantida, eis que o mesmo já cumpriu medida socioeducativa de internação (f. 38), evidenciando que não se adapta às regras de convívio, manifestando patente viés antissocial.

Dessarte, fixa-se a pena base do crime de furto qualificado em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, a qual é de ser reduzida na fração de 1/6 (um sexto), por

força da confissão espontânea, conduzindo-a ao patamar definitivo de 02 (dois) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Aplicando-se o concurso material com a condenação decorrente do crime de corrupção de menores, alcança-se a reprimenda total de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Mantém-se o regime prisional semiaberto e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, indicando que tais benesses não seria suficientes à repressão e prevenção da conduta, nos termos do art. 33, § 3º e do art. 44, III, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Juliano dos Santos Barros, apenas para redimensionar a pena-base.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (5º Vogal):

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencido o Des. Carlos Eduardo Contar.

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, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 0000296-78.2015.8.12.0004 - Naviraí
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – DOIS INQUÉRITOS POLICIAS CONEXOS – INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA QUANTO A UM DOS AUTOS – DIVERGÊNCIA QUANTO A TIPIFICAÇÃO DO CRIME APURADO (FURTO OU RECEPTAÇÃO) E, POR CONSEGUINTE, DO ÓRGÃO MINISTERIAL COMPETENTE PARA DEFLAGRAR A AÇÃO PENAL – QUESTÃO QUE NÃO CONFIGURA CONFLITO DE COMPETÊNCIA – NÃO CONHECIDO.

1. A inexistência de oferecimento de denúncia a dar início à ação penal afasta a possibilidade de conflito de jurisdição, pois este pressupõe a existência de "processo", nos termos do disposto no artigo 109 do Código de Processo Penal.

2. O que se verifica, na hipótese dos autos, é que ainda não existe uma definição formal de qual crime deve ser imputado em desfavor de Antônio Ângelo, isto é, se de receptação ou furto, e, justamente por isso, não se sabe em qual comarca deve ser deflagrada a respectiva ação penal. Ou seja, a instauração do presente conflito de competência decorre da ausência de consenso no tocante ao delito supostamente praticado pelo agente nos autos de inquérito policial de n.° 0000303–70.2015.8.12.0004 (receptação ou furto), vale dizer, a discussão insere-se no campo da deliberação acerca do tipo penal infringido e, por consequência, do respectivo titular da ação penal. Portanto, é inviável, neste momento, a discussão sobre qual o juízo competente para o processamento dos autos, pois não é permitido ao magistrado, antes do momento da sentença, discutir sobre qual a capitulação correta do delito, em tese, praticado pelo acusado. Ora, a formação da *opinio delicti*, como se sabe, compete única e exclusivamente ao Ministério Público, por ser o titular da ação penal pública, sendo sua a tarefa de classificar a conduta criminosa supostamente praticada pelo acusado. Por tal razão, não é possível que este Tribunal de Justiça, para decidir a questão acerca de qual o Juízo competente para o processamento dos feitos, examine e decida qual o delito deve ser imputado ao indiciado em denúncia a ser futuramente ofertada pelo *Parquet* (receptação ou furto), sob pena de grave ofensa ao sistema constitucional acusatório. Assim, a melhor solução a ser adotada, *in casu,* é remeter os autos ao d. representante do Ministério Público atuante na comarca de Naviraí, para que este se manifeste acerca da tipificação penal a ser atribuída ao agente nos autos de Inquérito Policial de n.° 0000303–70.2015.8.12.0004, suscitando, se for o caso, conflito de atribuição com o d. representante ministerial da comarca de Amambai.

3. Conflito de competência não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, não conhecer do conflito.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí-MS, em face do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Amambai-MS, nos autos de Inquérito Policial de n.° 0000296-78.2015.8.12.0004 e n.° 000303-70.2015.8.12.0004, instaurados em desfavor de Antônio Ângelo Fernandes Silva, para apurar a suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 307 e 308, ambos do Código Penal e artigo 180 do Código Penal.

Segundo extrai-se do caderno processual, o Juízo suscitado da 2ª Vara da Comarca de Amambai declinou da competência para processar o procedimento de n.° 0000303-70.2015.8.12.0004, sob o argumento de que o delito objeto da persecução penal não seria o de receptação, mas sim o de furto, o qual foi praticado em Naviraí-MS, razão pela qual lá deve ser apurado.

Posteriormente, por entender que os delitos apurados nos autos de n.º 0000296-78.2015.8.12.0004 possuem conexão probatória com o crime de furto versado naquele primeiro inquérito, o d. Juízo suscitado também declinou da competência para processá-los ao Juízo de Naviraí-MS, pois lá teria sido cometido o crime mais grave, no caso, o furto, conforme o teor do artigo 78, inciso II, "a", do CPP.

Por seu turno, o d. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Naviraí, ao receber os presentes autos, suscitou conflito negativo de competência, por entender que o crime conexo imputado ao acusado Antônio Angelo nos autos de inquérito policial de n° 0000303-70.2015.8.12.0004 é o de receptação, na modalidade de "transportar", cuja execução se protrai no tempo e, portanto, a competência do juízo passa a ser fixada pelo critério da prevenção, por força da regra insculpida no artigo 71 do CPP. Dessa forma, entende ser o Juízo de Amambaí a autoridade judiciária competente para processar e julgar os fatos apurados nos respectivos autos de inquérito.

O juízo suscitado prestou informações ás págs. 86/90 dos autos de n.° 0000296-78.2015.8.12.0004, esclarecendo que o representante do Ministério Público de 1º grau "*entendeu haver indícios da participação do indiciado no crime de furto, vindo, assim, a ser declinada a competência dos autos 0000303-70.2015.8.12.0004 ao juízo criminal de Naviraí*" e, quanto ao crime de falsa identidade, "*o declínio de competência se deu em razão da conexão com os delitos apurados nos autos supracitados*".

Posteriormente, os autos de n.° 0000296-78.2015 foram remetidos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, a qual manifestou-se pelo acolhimento do conflito de competência, sob o argumento de que os elementos de informação colhidos durante a fase investigatória demonstram, em verdade, a provável prática do crime de receptação, e não de furto, razão pela qual o Juízo prevento de Amambaí deve processar e julgar os feitos conexos. Ao final, propõe o aditamento da denúncia ofertada no referido processo (autos de n.° 0000296-78.2015), para nela incluir o crime de receptação (págs. 92/96).

Em seguida, diante da conexão probatória verificada entre os conflitos de competência de n.° 0000296-78.2015.8.12.0004 e n.º 0000303-70.2015.8.12.0004, determinou-se o apensamento dos respectivos feitos, para julgamento conjunto, ocasião em que novamente foi determinada abertura de vistas à PGJ (pág. 98).

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu novo parecer, manifestando-se no sentido de que seja julgado prejudicado o presente conflito de competência, ante a perda do objeto (págs. 115/117).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí-MS, em face do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Amambai-MS, nos autos de Inquérito Policial de n.° 0000296-78.2015.8.12.0004 e n.° 000303-70.2015.8.12.0004, instaurados em desfavor de Antônio Ângelo Fernandes Silva, para apurar a suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 307 e 308, ambos do Código Penal e artigo 180 do Código Penal.

Segundo extrai-se do caderno processual, o Juízo suscitado da 2ª Vara da Comarca de Amambai declinou da competência para processar o procedimento de n.° 0000303-70.2015.8.12.0004, sob o argumento de que o delito objeto da persecução penal não seria o de receptação, mas sim o de furto, o qual foi praticado em Naviraí-MS, razão pela qual lá deve ser apurado.

Posteriormente, por entender que os delitos apurados nos autos de n.º 0000296-78.2015.8.12.0004 possuem conexão probatória com o crime de furto versado naquele primeiro inquérito, o d. Juízo suscitado também declinou da competência para processá-los ao Juízo de Naviraí-MS, pois lá teria sido cometido o crime mais grave, no caso, o furto, conforme o teor do artigo 78, inciso II, "a", do CPP.

Por seu turno, o d. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Naviraí, ao receber os presentes autos, suscitou conflito negativo de competência, por entender que o crime conexo imputado ao acusado Antônio Angelo nos autos de inquérito policial de n° 0000303-70.2015.8.12.0004 é o de receptação, na modalidade de "transportar", cuja execução se protrai no tempo e, portanto, a competência do juízo passa a ser fixada pelo critério da prevenção, por força da regra insculpida no artigo 71 do CPP. Dessa forma, entende ser o Juízo de Amambaí a autoridade judiciária competente para processar e julgar os fatos apurados nos respectivos autos de inquérito.

O juízo suscitado prestou informações às págs. 86/90 dos autos de n.° 0000296-78.2015.8.12.0004, esclarecendo que o representante do Ministério Público de 1º grau "*entendeu haver indícios da participação do indiciado no crime de furto, vindo, assim, a ser declinada a competência dos autos 0000303-70.2015.8.12.0004 ao juízo criminal de Naviraí*" e, quanto ao crime de falsa identidade, "*o declínio de competência se deu em razão da conexão com os delitos apurados nos autos supracitados*".

O presente conflito não merece ser conhecido. Explico.

Segundo consta dos autos, Antônio Ângelo Fernandes Silva foi preso em flagrante, no dia 04 de fevereiro do ano corrente, na rodovia BR-156, em Amambai, conduzindo a motocicleta Honda/CG-125 FAN, de cor preta, placa afixada HTL-3259, com registro de ocorrência por furto na cidade de Naviraí.

Na ocasião em que foi interrogado perante a autoridade policial, o autuado se identificou como sendo Thiago Ayala Barrios, utilizando-se de uma certidão de nascimento com o referido nome, no intuito de esconder sua verdadeira identidade, pois já havia sido preso na cidade de Naviraí.

Posteriormente, confessou que recebeu uma proposta para levar a referida motocicleta da cidade de Naviraí-MS até o município de Amambai-MS, sendo que tinha conhecimento de que havia irregularidade com a moto, e que receberia o valor de R$ 300,00 (trezentos reais) para realizar tal serviço.

Em razão desses fatos, foram instaurados, na 1ª Delegacia de Polícia de Amambai, dois inquéritos policiais em desfavor de Antônio Ângelo Fernandes, um para apuração do crime de falsa identidade (autos de n.° 0000296-78.2015.8.12.0004) e outro destinado a averiguação do suposto delito de receptação (autos de n.° 0000303-78.2015.8.12.0004).

Após o desfecho das investigações, o d. representante do Ministério Público de Amambai-MS ofertou denúncia nos autos de n. 0000296.78.2015.8.12.0004, imputando em face de Antônio Ângelo a prática dos delitos tipificados nos artigos 307 e 308, ambos do Código Penal.

Contudo, no tocante ao inquérito de n.° 0000303.78.2015.8.12.0004, deixou de oferecer denúncia, por entender que existem indícios de que Antônio Ângelo tenha sido autor ou partícipe do delito de furto, não se tratando, portanto, do crime de receptação, razão pela qual declinou da competência ao representante institucional da cidade de Naviraí, pois trata-se do local onde a subtração foi praticada.

O magistrado da 2ª Vara da Comarca de Amambai acolheu o pedido formulado pelo membro do *Parquet* e declinou da competência para o processamento do feito de n.° 0000303-78.2015.8.12.0004 ao Juízo da comarca de Naviraí.

Por consequência, também declinou da competência para processar o feito de n.º 0000296-78.2015.8.12.0004 em favor do d. Juízo de Naviraí, por entender que existe conexão probatória com os delitos apurados nos autos supracitados.

Ao receber os autos acima mencionados, o d. Juiz da Vara Criminal da Comarca de Naviraí, sem ouvir o d. representante ministerial atuante naquela comarca, teve por bem suscitar o presente conflito negativo de competência, por entender que o suposto crime praticado pelo acusado é, em verdade, o de receptação, e, em se tratando de conduta permanente, a competência deveria ser firmada pela prevenção.

Por esta razão, entende que os autos de inquérito devem ser reunidos e encaminhados ao d. Juízo da Comarca de Amambai, pois é o Juízo prevento.

Do contexto acima narrado, é possível observar que não houve sequer oferecimento da denúncia nos autos de n.° 0000303-70.2015.8.12.0004, o que, *per si*, afasta a possibilidade de existir conflito de jurisdição, pois este pressupõe a existência de "processo", nos termos do disposto no artigo 109 do Código de Processo Penal, que assim expressa: "*Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior*".

A jurisprudência é pacífica neste sentido:

> *EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇAÕ – INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA – DIVERGÊNCIA ENTRE PROMOTORES DE JUSTIÇA SOBRE A COMPETÊNCIA – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES DE NÃO DE JURISDIÇÃO – REMESSA AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA DIRIMIR O CONLITO (APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) – CONFLITO NÃO CONHECIDO.*
>
> ***1 - A inexistência de oferecimento de denúncia a dar início à ação penal afasta a possibilidade de conflito de jurisdição, que pressupõe a existência de "processo", nos termos em que dispõe o artigo 109 do Código de Processo Penal;***
>
> *2 – Aplicando-se, por analogia, o artigo 28 do CPP, havendo divergência entre Promotores de Justiça acerca da competência para dar início à ação penal ou procedimento penal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, a fim de que ele próprio ofereça a peça acusatória ou nomeie outro Promotor de Justiça para fazê-lo."* (TJMS; Conf. de Jurisdição 1600968-32.2015.8.12.0000 – Campo Grande; Rel Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 25.06.2015). – destaquei.
>
> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. HIPÓTESE QUE SE*

> *ENQUADRA EM CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONHECIDO.* ***1. Não apresentada a denúncia, trata-se de conflito de atribuição, que deve ser solucionado no âmbito administrativo do ministério público, por não existir, ainda, exercício jurisdicional do poder judiciário. 2. Conflito negativo de competência não conhecido."*** (TJAC; Conf Jurisdição 0100529-38.2014.8.01.0000; Ac. 16.007; Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Djalma; DJAC 08/08/2014; Pág. 23) – destaquei.

O que se verifica, no caso em epígrafe, é que ainda não existe uma definição formal de qual crime deve ser imputado em desfavor de Antônio Ângelo, isto é, se de receptação ou furto, e, justamente por isso, não se sabe em qual comarca deve ser deflagrada a respectiva ação penal.

Conforme se infere, a autoridade policial de Amambaí, no relatório de Inquérito Policial de n.° 0000303.70.2015, concluiu que "*ao autor Antônio Angelo Fernandes Silva deve ser imputado o crime capitulado no artigo 180, caput, do Código Penal Brasileiro*".

Por sua vez, o d. representante do Ministério Público daquela comarca entendeu que existem indícios de que Antônio Ângelo tenha sido autor ou partícipe do crime de roubo/furto, razão pela qual declinou da competência para o d. representante do Ministério Público de Naviraí, por ser o local onde ocorreu a subtração da *res*.

Já o d. Juiz da Comarca de Naviraí suscitou o presente conflito por entender que o crime supostamente praticado pelo indiciado é o de receptação.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de págs. 92/96 também entendeu que o crime praticado, em tese, pelo indiciado, é o de receptação.

Destarte, a instauração do presente conflito de competência decorre da ausência de consenso no tocante ao delito supostamente praticado pelo agente nos autos de inquérito policial de n.° 0000303-70.2015.8.12.0004 (receptação ou furto), ou seja, a discussão insere-se no campo da deliberação acerca do tipo penal infringido e, por consequência, do respectivo titular da ação penal. Portanto, com a devida vênia, é inviável, neste momento, a discussão acerca de qual o juízo competente para processar os autos.

Como cediço, não cabe ao magistrado, antes do momento da sentença, discutir sobre qual a capitulação correta do delito, em tese, praticado pelo acusado. Ora, a formação da *opinio delicti* compete única e exclusivamente ao Ministério Público, por ser o titular da ação penal pública, sendo sua a tarefa de classificar a conduta criminosa supostamente praticada pelo acusado.

Este é o entendimento sufragado tradicionalmente pelos e. Tribunais nacionais, conforme ilustra a seguinte ementa:

> *"RECEBIMENTO DA DENÚNCIA COM ERRO DE CAPITULAÇÃO "Descabe ao magistrado, na oportunidade do recebimento da denúncia, discutir a capitulação do delito. Esta é uma atribuição do Ministério Público, titular da ação penal pública. O momento processual adequado para que o juiz possa dar ao fato definição diversa da que conta da denúncia, ou reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato é o da sentença"* (RT, 647/269)

Por tal razão, não é possível que este Tribunal de Justiça, para decidir a questão acerca de qual o Juízo competente para o processamento dos feitos, examine e decida qual o delito deve ser imputado ao indiciado em denúncia a ser futuramente ofertada pelo *Parquet* (receptação ou furto), sob pena de grave ofensa ao sistema constitucional acusatório.

Nessa esteira, reafirmo que, antes de iniciada a ação penal, com a formalização da acusação (denúncia), não é possível falar em conflito de competência ou de jurisdição, mas, tão somente, em conflito de atribuições entre os membros do Ministério Público a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça (ou da República, conforme o caso).

> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO PENAL NÃO INICIADA.* ***No caso dos autos, não se verifica a ocorrência de conflito de competência, pois ainda não oferecida a denúncia. Vislumbra-se a hipótese de conflito de atribuições, que deve ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça. Precedentes desta Corte****. CONFLITO NÃO CONHECIDO. (Conflito de Jurisdição Nº 70056130164, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 07/11/2013)* (TJ-RS - CJ: 70056130164 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 07/11/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/12/2013) – destaquei.
>
> *PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA. DIVERGÊNCIA QUANTO À TIPIFICAÇÃO LEGAL DO DELITO E, POR CONSEGUINTE, DO ÓRGÃO MINISTERIAL COMPETENTE PARA DEFLAGRAR A AÇÃO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO. COMPETÊNCIA DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. CONFLITO NÃO CONHECIDO.* ***1. Em se tratando de divergência quanto à tipificação do delito e, por conseguinte, da competência para ajuizamento de eventual ação penal, não há que se falar em conflito de jurisdição, mas sim emconflito de atribuições, cabendo ao Procurador Geral de Justiça dirimir a controvérsia, a teor da prescrição normativa inserta no art. 10, X, da Lei nº 8.625/93. 2. Isso porque é defeso ao Poder Judiciário definir o tipo penal, antes da imputação do Órgão Ministerial, que é o competente para denunciar, sob pena vinculá-lo à decisão do órgão julgador, afrontando, assim, o princípio da separação dos Poderes.*** *3. Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça: "Na hipótese, não há denúncia ofertada, tratando-se de mero procedimento policial encaminhado ao juízo, havendo divergência entre promotores de justiça quanto à capitulação do fato, portanto, não se trata de conflito de competência, mas sim de conflito de atribuições entre membros do Ministério Público, que deve ser dirimido pela Procuradoria Geral de Justiça. "* (TJCE. Conflito Negativo de Competência Nº 19954¬15.2008.8.06.0000/0. 2ª Câmara Criminal. Des Relator Paulo Camelo Timbó, julgado em 17.01.2011). 4. Conflito não conhecido. (TJCE; CJ 0000103¬43.2015.8.06.0000; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Francisca Adelineide Viana; DJCE 16/03/2015; Pág. 89) – destaquei.

Dessa forma, não há como conhecer do presente conflito negativo de competência.

Por outro lado, revela-se imprescindível que os autos sejam remetidos ao d. representante do Ministério Público da Comarca de Naviraí, para que se manifeste sobre a tipificação penal a ser atribuída ao agente nos autos de Inquérito Policial de n.° 0000303-70.2015.8.12.0004 e acerca da declinação de competência realizada pelo d. promotor atuante na comarca de Amambai-MS.

Neste caso, havendo discordância no tocante à tipificação do delito e, por conseguinte, do órgão ministerial competente para deflagrar a ação penal, o caso será de conflito de atribuições, a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça.

Assim, diante de tais considerações, deixo de conhecer os presentes conflitos de competência, determinando a remessa dos autos de inquérito n.° 0000296-78.2015.8.12.0004 e de n.° 0000303-70.2015.8.12.0004 ao d. representante do Ministério Público da Comarca de Naviraí, a fim de que se manifeste no tocante a declinação de competência formulada pelo d. promotor atuante na comarca de Amambai.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, não conheceram do conflito.

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, 17 de dezembro de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 1602040-54.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VIAS DE FATO PRATICADAS POR FILHO CONTRA GENITORA – CONDUTA CONCRETAMENTE PERMEADA DO PROPÓSITO DE OPRESSÃO AO SEXO FEMININO – VIOLÊNCIA DE GÊNERO – INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/06 – CONFLITO PROCEDENTE.

I – A violência doméstica ou familiar é caracterizada pela ação ou omissão baseada no gênero, circunstância que pressupõe uma relação de superioridade ou objetifcação da mulher pelo homem, em decorrência da discriminação do sexo feminino. Segundo consta dos autos, o agressor, após uma discussão, desferiu socos na vítima, causando-lhe lesões aparentes.

II – Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher de Campo Grande.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, julgar procedente.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 6.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, nos autos da ação pena n. 0012887-81.2015.8.12.0001, distribuídos originariamente ao Juízo da 2.ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS.

Solicitadas as informações, o juízo suscitado alegou a ausência de elementos que evidenciem a subjugação feminina, eis que a conduta do autor não se deu pelo fato da ofendida ser mulher e, nesta condição, vulnerável, além de que as partes possuem entidade familiar própria e ambiente doméstico autônomo.

O juízo suscitante aduz que a inexistência de subjugação feminina (alegação genérica) e inexistência de coabitação, não são requisitos definidores da competência.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 41 – 45), opina para que seja reconhecida a competência do Juízo da 2.ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS, para processar e julgar o processo em questão.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 6.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, nos autos da ação pena n. 0012887-81.2015.8.12.0001, distribuídos originariamente ao Juízo da 2.ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS.

Solicitadas as informações, o juízo suscitado alegou a ausência de elementos que evidenciem a subjugação feminina, eis que a conduta do autor não se deu pelo fato da ofendida ser mulher e, nesta condição, vulnerável, além de que as partes possuem entidade familiar própria e ambiente doméstico autônomo.

O juízo suscitante aduz que a inexistência de subjugação feminina (alegação genérica) e inexistência de coabitação, não são requisitos definidores da competência.

Passo ao exame do conflito.

Narra a inicial acusatória que (fls. 02 - 03):

> *"(...) no dia 11 de dezembro de 2014, por volta das 11:20 horas, na Rua Rio Galheiro, 745, Jardim Aeroporto, nesta capital, próximo ao CRAS, o denunciado J.M.J. ofendeu a integridade física da vítima I.P.J., sua genitora, após uma discussão, desferindo-lhe socos, causando-lhe lesões aparentes (...).".*
>
> *Durante o registro da ocorrência, a vítima relatou:*
>
> *"(...) que foi agredida fisicamente pelo seu filho o nacional J.M.J. Que o autor mora na cidade de Araçatuba/SP, e que conforme relata a comunicante, o mesmo teria brigado com sua convivente lá em Araçatuba/SP e viajado para Campo Grande. Que a com/vítima chegou em casa e ao encontra-lo começaram uma discussão, pelo motivo do autor ser usuário de "drogas" e a com/vitima não queria que ele ficasse em sua casa. Que durante essa discussão o autor começou a desferir socos na vítima. Que só parou devido a intervenção de sua irmã D., que se encontra gestante. (...)"* (autos n. 0012887-81.2015.8.12.0001, fls. 07 – 08).

Pois bem.

Como é cediço, o conceito de violência doméstica ou familiar vem definido no art. 5.º da Lei n. 11.340/2006, sendo que sua exteriorização ocorre nas hipóteses tratadas pelo art. 7.º do mesmo diploma legal.

Eis a redação dos referidos dispositivos:

> *Art. 5.º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*
>
> *I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;*
>
> *II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;*
>
> *III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

(...)

Art. 7.º - São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Da análise dos referidos dispositivos, é possível depreender que a violência doméstica ou familiar é caracterizada pela "ação ou omissão baseada no gênero", circunstância que pressupõe uma relação de superioridade ou objetificação da mulher pelo homem, em decorrência da discriminação do sexo feminino. Aliás, a violência de gênero dar-se-á em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.

De fato, não basta a mera violência contra a pessoa do sexo feminino, integrante do círculo de amizade ou familiar do agressor; é preciso que a violência praticada tenha por motivação a opressão ao gênero feminino, circunstância que se vislumbra presente no caso em tela.

Ora, o acusado e a vítima possuem laços de parentesco, já que a esta é genitora daquele. Outrossim, a narrativa da ocorrência indica que o ato praticado fora perpetrado em virtude da vulnerabilidade da vítima pelo fato de ser mulher (violência voltada ao gênero), já que, após uma discussão, o acusado desferiu-lhe socos, causando-lhe lesões aparentes.

Nada obstante a ausência de coabitação, tal fator desponta como de somenos importância para definição acerca da incidência da Lei n. 11.340/2006, consoante expressamente dispõe seu art. 5.º, inc. III.

Assim, verificando-se - em tese – o delito de lesão corporal contra mulher praticada em decorrência de sua vulnerabilidade e no âmbito de relação íntima de afeto, na qual conviveram o acusado e a ofendida, tem-se como presentes os requisitos caracterizadores da violência de gênero, atraindo, pois, a competência de uma das Varas de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher de Campo Grande.

Destarte, ante ao exposto, com o parecer, julgo procedente o conflito de jurisdição e, em consequência, declaro competente a 2.ª Vara de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher de Campo Grande para processar e julgar o processo que deu origem a este feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, julgaram procedente.

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, Des. Dorival Moreira dos Santos e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002602-65.2003.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÂNSITO – DECURSO DE PRAZO SUPERIOR A QUATRO ANOS ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO (ART. 107, IV, DO CP) – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

Opera-se a prescrição quando a pena não excede a dois anos e entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença decorreu prazo superior a quatro anos, nos termos do art. 107, IV, c/c art. 109, V, ambos do Código Penal. A prescrição, por ser matéria de ordem pública, deve ser declarada de ofício, em qualquer fase do processo, nos termos do art. 61 do CPP. Prescrição declarada de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, declar de ofício a extinção da punibilidade.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Leila Goulart da Mata, qualificada nos autos, inconformada com a sentença de f. 271/274 que a condenou à pena de 02 anos de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, interpõe a presente apelação criminal pela qual, segundo as razões expostas a f. 300/308, postula pela reforma da referida sentença, alegando que os critérios utilizados para condenação não correspondem às provas produzidas nos autos.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 310/319 e 336/342, opinando, em ambos os casos, pelo desprovimento do recurso. A Procuradoria-Geral de Justiça prequestiona os arts. 29 e 302, ambos do CTB.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Leila Goulart da Mata contra a sentença de f. 271/274 que a condenou à pena de 02 anos de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Por inconformar-se com a decisão a recorrente, pelas razões expostas a f. 300/308, postula pela reforma, alegando que os critérios utilizados para condenação não correspondem às provas produzidas nos autos.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 310/319 e 336/342, opinando, em ambos os casos, pelo desprovimento do recurso. A Procuradoria-Geral de Justiça prequestiona os arts. 29 e 302, ambos do CTB.

É o que basta para analisar a pretensão.

É caso de declarar a extinção da punibilidade em razão da prescrição.

Predomina o entendimento de ser a prescrição um instituto de Direito Penal, à medida em que se trata de uma causa de extinção da punibilidade, prevista no art. 107, IV, do Código Penal.

E por tratar-se de matéria de ordem pública, deve ser conhecida e declarada em qualquer fase do processo, inclusive de ofício, conforme prevê o art. 61 do Código de Processo Penal. É o caso dos autos.

Nesse sentido:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE AMBIGUIDADE, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO NO JULGADO. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. (...). A prescrição, por ser matéria de ordem pública, deve ser declarada no momento em que ocorrer, em qualquer fase do processo, nos termos do art. 61 do CPP. Embargos declaratórios rejeitados. Prescrição declarada de ofício."* (STJ; EDcl-AgRg-AREsp 301.569; Proc. 2013/0069370-0; MG; Sexta Turma; Rel. Des. Conv. Ericson Maranho; DJE 28/08/2015).

Observando os autos, constata-se que a denúncia foi recebida no dia 28/2/07 (f. 101), sendo que a sentença foi publicada somente no dia 18/9/13 (f. 275), ou seja, quando já havia decorrido prazo superior a 06 anos.

E, segundo dispõe o art. 109, V, c/c art. 110, ambos do CP, opera-se a prescrição em 04 anos se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois anos.

A apelante foi condenada a 02 anos de detenção; logo, ocorreu a prescrição, e portanto, a extinção da punibilidade é medida que se impõe.

Em razão disso, resta prejudicada a análise dos artigos citados a título de prequestionamento.

Face ao exposto, nos termos do art. 107, IV, do CP, c/c art. 61 do CPP, declaro, de ofício, a extinção da punibilidade em face da apelante Leila Goulart da Mata.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, declaram de ofício a extinção da punibilidade.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0003832-40.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO – REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA À PENA CORPÓREA – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

1 - A prestação pecuniária, por tratar-se de pena alternativa, deve guardar simetria à pena privativa de liberdade, bem como ser estabelecida em consonância com a situação econômica do apenado. Exercendo, o acusado, a atividade laboral de pedreiro, e tendo-lhe sido fixada a pena privativa no patamar mínimo, deve a prestação pecuniária - fixada em 05 salários mínimos - ser reduzida também para o mínimo - 01 salário-mínimo.

2 - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por Ramon Venite Miranda contra a sentença de f. 112-4, que o condenou à pena de 03 anos de reclusão, em regime aberto e 10 dias-multa, substituída, a pena privativa, por prestação pecuniária no importe de 5 (cinco) salários-mínimos, em favor do Centro de Promoção da Vida e da Família, por infração ao art. 16, *caput,* da Lei 10.826/03.

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 120-7, visa a diminuição da prestação pecuniária que lhe foi fixada para o mínimo legal. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos 45, § 1º e 59 do CP.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 12-35, pugnando pelo desprovimento do apelo, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 147-54, opinou no mesmo sentido. Para fins de prequestionamento requeram manifestação expressa sobre os artigos: 43, 44, 45, § 1º e 59, todos do CP, e; 5º, XXXIX e XLVI, da CF.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Ramon Venite Miranda contra a sentença de f. 112-4, que o condenou à pena de 03 anos de reclusão, em regime aberto e 10 dias-multa, substituída a pena corporal por prestação pecuniária no importe de 5 (cinco) salários-mínimos, por infração ao art. 16, *caput,* da Lei 10.826/03.

Narra a denúncia que: *"(...) no dia 19 de dezembro de 2013, por volta das 6h10min, o denunciado Ramon Venite Miranda foi flagrado por policiais militares mantendo em depósito, no interior de sua residência, localizada na rua Clóvis Cerzosimo de Souza, nº 5425, Jardim Piratininga, nesta cidade de Dourados/MS, 26 (vinte e seis) munições intactas, sendo 19 (dezenove) de uso restrito _ 18 (dezoito) de calibre 7.65 e 1 (uma) de calibre .44 _ , e 07 (sete) de uso permitido, de calibre .22, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta que em cumprimento ao mandado de busca e apreensão expedido por esse douto Juízo nos autos de medida cautelar nº 0014961-76.2013.8.12.00021 (fl. 21), policiais militares dirigiram-se à residência do Denunciado e, durante as buscas, encontraram as referidas munições de propriedade de Ramon Venite Miranda, ocultas em uma bolsa que estava sobre uma cômoda em um dos quartos. Diante disso, o Denunciado foi preso em flagrante e encaminhado à Delegacia de Polícia, onde foi formalmente interrogado pela autoridade policial (fls. 08-09) e, posteriormente colocado em liberdade provisória (fls. 35 e 37). A materialidade do crime evidencia-se pelos autos de exibição e apreensão de fls. 17-18, bem como pelo laudo pericial balístico de fls. 39-43, havendo indícios suficientes de autoria produzidos pela prova testemunhal, corroborada pela confissão do Denunciado, acerca da propriedade das munições apreendidas".*

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 120-7, visa a diminuição da prestação pecuniária para o mínimo legal e, para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos 45, § 1º e 59 do CP.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 12-35, pugnando pelo desprovimento do apelo e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 147-54, opinou no mesmo sentido. Para fins de prequestionamento requerem manifestação expressa sobre os artigos: 43, 44, 45, § 1º e 59, todos do CP, e; 5º, XXXIX e XLVI, da CF.

É o que basta para analisar a pretensão.

3º - Da diminuição do valor fixado à pena de prestação pecuniária substitutiva da sanção corporal.

Verifica-se da sentença que a prestação pecuniária - substitutiva da sanção corporal - foi fixada no valor de cinco salários-mínimos em favor do Centro de Promoção da Vida de Dourados-MS.

Alega-se a impossibilidade de o recorrente adimplir o valor referido, visto não possuir condições financeiras para tanto, vez que exerce a atividade laboral de pedreiro e que, além disso, a prestação pecuniária não fora fixada em simetria à pena corporal que, no caso, fora no mínimo legal, impondo-se a sua revisão.

Insta anotar que a prestação pecuniária, por tratar-se de pena alternativa, deve guardar simetria à pena privativa de liberdade, observando-se, contudo, os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, § 1º, do CP, que prevê que a importância aplicada não pode ser inferior a 01 salário mínimo e, tampouco, superior a 360 salários-mínimos. Nesse sentido:

"TACR-SP - NECESSIDADE DE PROPORÇÃO ENTRE A PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Em se tratando de penas

> *alternativas, há de ser, necessariamente, estabelecida certa proporção quantitativa entre a prestação pecuniária e a reprimenda privativa de liberdade, sem perder de vista os parâmetros estabelecidos entre a quantidade mínima e a máxima, a teor do art. 45, § 1º, do CP"* (RJTACRIM 60/120).

A fixação dessa pena também está atrelada à situação socioeconômica do acusado, pois a impossibilidade de pagamento ensejaria o descumprimento da pena restritiva de direitos. Sobre o assunto, colaciona-se precedente:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - QUADRILHA - CONJUNTO PROBATÓRIO SÓLIDO - ABSOLVIÇÃO - PALAVRA DOS POLICIAIS E TESTEMUNHAS - PROVAS DOCUMENTAIS E PERICIAIS - DOSIMETRIA - PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.*
>
> *I - O intuito associativo dos acusados está demonstrado pelas provas acostadas nos autos, que inclui a palavra das testemunhas e dos policiais, interceptações telefônicas, documentos e análises periciais.*
>
> *II. A prestação pecuniária deve levar em consideração a situação econômica do acusado.*
>
> *III. Recurso improvido.* (APR 20110110922283, Relator: Sandra De Santis, Revisor: Romão C. Oliveira, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 24/10/2013, Publicado no DJE: 04/11/2013. Pág.: 191).

No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. QUANTUM. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. (3) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*
>
> *2. É indispensável a fundamentação no dimensionamento do quantum referente ao valor da prestação pecuniária, devendo se levar em consideração as diretrizes do artigo http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10633383/artigo-59-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940 59 do CP http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033702/c%C3%B3digo-penal-decreto-lei-2848-40,bem como a situação econômica do paciente.*
>
> *3. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o retorno dos autos ao tribunal a quo, a fim de que se proceda à adequada fundamentação no que concerne ao quantum fixado a título de prestação pecuniária"* (HC 262.603/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 24/10/2013).

No caso, a pena do recorrente foi estabelecida no *quantum* mínimo previsto pelo comando legal, situação que, nos moldes acima delineados, impõe a revisão da prestação pecuniária que foi aplicada em 5 vezes acima do patamar mínimo estabelecido em lei.

Não fosse só isso, há que se consignar que na qualificação do acusado, durante o seu interrogatório policial, constou que ele exercia a atividade laboral de pedreiro, sendo assistido, em todos os atos, pela Defensoria Pública Estadual, situação que, por certo, faz presumir a ausência de recursos econômicos e também justifica o abrandamento da pena substitutiva.

Assim sendo, de rigor a reavaliação da pena de prestação pecuniária, cujo importe fica estabelecido no valor de 01 (um) salário mínimo, a ser pago ao Centro de Promoção da Vida e da Família de Dourados-MS.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que a matéria pertinente aos dispositivos legais invocados foi expressamente abordada.

São estes os fundamentos pelos quais, contrariando o parecer, dou provimento ao recurso interposto por Ramon Venite Miranda para proceder à reavaliação da pena de prestação pecuniária substitutiva da sanção corporal para o importe de 01 salário mínimo, que deverá ser pago ao Centro de Promoção da Vida e da Família de Dourados/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0000495-79.2015.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO – TRABALHO EXTRAMUROS NA INICIATIVA PRIVADA – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE REGISTRO EM CARTEIRA DE TRABALHO – PRESCINDIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

1 - A norma preconizada pelo artigo 126 da LEP não faz nenhuma distinção ou referência, para fins de remição de parte do tempo de execução da pena, quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laboral, de modo que independe o fato de o trabalho ser prestado dentro do ambiente carcerário ou na iniciativa privada;

2 - Havendo provas do efetivo trabalho exercido, é prescindível a apresentação de carteira de trabalho porquanto a LEP não faz exigência nesse sentido.

3 - Comprovado por documentos juntados aos autos, folha de frequência e declaração com firma reconhecida, que o sentenciado exerceu atividade laborativa extramuros, necessária a concessão da remição no período citado;

4 - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de março de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Francisco Gelson Elias da Silva contra a decisão que lhe indeferiu o pedido de remição de pena, ao fundamento de que o trabalho externo realizado junto à Liga Esportiva Coxinense, no período de 01.12.2013 a 30.06.2014, não fora realizado sob fiscalização e, além disso, não se comprovara, de forma suficiente, o exercício efetivo da dita atividade laboral.

Inconformado com a decisão o agravante, pelas razões expostas a f. 01-07, visa a reforma da decisão, com o deferimento da remição da pena pelo trabalho realizado junto à Liga Esportiva Coxinense, no período de 01/12/2013 a 30/06/2014, ao fundamento de que inexiste na Lei de Execução Penal disposição expressa no sentido de que somente o trabalho externo fiscalizado e acompanhado pela administração penitenciária autoriza referido benefício. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa sobre os artigos: 5º, XXXIX, da CF; 126 da LEP, e; sobre os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 52-62, pugnando pelo desprovimento do agravo.

A decisão foi mantida (f. 63-4).

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer a f. 72-7, opina, igualmente, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Francisco Gelson Elias da Silva contra a decisão que indeferiu o pedido de remição de pena, ao fundamento de que o trabalho externo realizado junto à Liga Esportiva Coxinense, no período de 01.12.2013 a 30.06.2014, não fora realizado sob fiscalização e, além disso, não se comprovara, de forma suficiente, o exercício efetivo da dita atividade laboral.

Consta da decisão recorrenda (a f. 34-6), *verbis:*

> *"(...) Em que pese a remição pelo trabalho externo ser um direito do sentenciado de reduzir sua pena, pelo exercício da atividade laboral, o trabalho deve estar sob fiscalização, sendo assim, necessário se faz o cômputo dos dias trabalhados, não sendo, suficiente o contrato de prestação de serviços, eis que não se trata de instrumento hábil, para aferir, por exemplo, o cumprimento de jornada mínima de trabalho realizada, pelo sentenciado.*
>
> *No caso dos autos, não há maiores informações acerca das atividades desempenhadas, pelo reeducando, havendo apenas indicações genéricas da prestação de serviço, sem qualquer relatório dando conta dos horários de entrada e saída do trabalho.*
>
> *Assim inexistindo fiscalização do cumprimento efetivo do trabalho externo, não há que se falar em concessão do benefício".*

Inconformado com a decisão o agravante, pelas razões expostas a f. 01-07, visa a reforma da decisão, com o deferimento da remição da pena pelo trabalho realizado junto à Liga Esportiva Coxinense no período de 01/12/2013 a 30/06/2014, ao fundamento de que inexiste na Lei de Execução Penal disposição expressa no sentido de que somente o trabalho externo fiscalizado e acompanhado pela administração penitenciária autoriza referido benefício. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa sobre os artigos: 5º, XXXIX, da CF; 126 da LEP, e; sobre os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 52-62, pugnando pelo desprovimento do agravo.

A decisão foi mantida (f. 63-4) e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer a f. 72-7, opina, igualmente, pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para análise da pretensão.

O instituto da remição de pena encontra-se disciplinado no artigo 126 da LEP, que assim prevê: *"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."*

Segundo Maria da Graça Morais Dias (*in* A Redenção das Penas pelo Trabalho. Breve Notícias de um Sistema. RT 483/251): *"trata-se de um instituto completo, pois reeduca o delinquente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de se mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do apenado".*

De fato, a educação e o trabalho são os melhores mecanismos de reinserção social ao apenado e, como tal, de primazia serem garantidos, estimulados, sobretudo como fins de pacificação da sociedade, evitando-se a reincidência delitiva daqueles que ingressam na seara criminosa.

Feitas essas considerações iniciais, deve-se anotar que, com relação ao sentenciado que cumpre a pena em regime fechado, dispõe o § 3º, do artigo 34 do CP, que: *"O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.*

No tocante àqueles que se encontram no regime prisional semiaberto, como o caso do ora agravante, expressa o artigo 35 do CP, que: *"O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior".*

Extrai-se das linhas dos artigos transcritos que o trabalho extramuros é admissível tanto aos que cumprem a pena no regime fechado quanto aos que se encontram no regime semiaberto, sendo que, com relação aos primeiros, é imposição legal que o trabalho seja realizado em serviços ou obras públicas e, aos demais, a Lei não fez nenhuma distinção ou referência quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laborativa, de modo que se mostra indiferente o fato de o trabalho ter sido exercido dentro ou fora do ambiente carcerário, ou ainda perante a iniciativa privada.

Em assim sendo, com relação aos que cumprem a pena no regime semiaberto, inexistindo distinção da natureza do trabalho ou do local de seu exercício, não cabe ao julgador fazê-lo, sob pena de violação do princípio constitucional da legalidade, frustrando o caráter ressocializador da execução penal. Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. REMIÇÃO. REGIME SEMIABERTO. TRABALHO EXTRAMUROS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. A Lei de Execução Penal autoriza a remição do remanescente da pena aos reeducandos em regime fechado ou semiaberto, não sendo facultada a concessão do benefício apenas se ela estiver sendo cumprida em regime aberto. 2. O art. 126 da Lei nº 7.210/84 não faz nenhuma distinção quanto à natureza do trabalho ou quanto ao local de seu exercício, sendo, portanto, indiferente para o alcance do benefício da remição se o trabalho é prestado em ambiente externo ou dentro do estabelecimento prisional. 3. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que reaprecie o pedido de remição da pena, afastando o entendimento de que não é possível, no regime semiaberto, o resgate pelo trabalho realizado fora do estabelecimento prisional"* (STJ - 5ª Turma, HC 206313/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, DJe 11/12/2013).

No mesmo toar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> *"EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - REMIÇÃO - REGIME SEMIABERTO - TRABALHO EXTERNO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL - RECURSO PROVIDO. 1. A partir da leitura do art. 126, da LEP, é possível perceber que o legislador não faz qualquer diferenciação entre trabalho externo e interno para fins de concessão do benefício da remição. 2. E, em se tratando de atividade destinada à ressocialização, um dos fins da pena, segundo o Diploma legal em exame, impossível não abarcar o reeducando que labora extramuros. 3. Recurso a que se dá provimento"* (TJMG, Agravo n.º 1.0016.10.000506-1/001, Des. Relator Alexandre Victor de Carvalho, dj 26/02/2013).

Dessa forma, em homenagem, sobretudo, ao princípio da legalidade, não cabe restringir a futura concessão de remição da pena somente àqueles que prestam serviço nas dependências do estabelecimento prisional, tampouco deixar de recompensar quem, cumprindo a pena no regime semiaberto, exerça atividade laborativa extramuros perante a iniciativa privada - sem a fiscalização estatal; em casos tais, a supervisão direta do próprio trabalho deve ficar a cargo do patrão do apenado, cumprindo à administração carcerária a supervisão sobre a regularidade do trabalho.

De mais a mais, diante da conjuntura econômica do País, cediço é a deficiência de oferta de trabalho digno à população de forma geral, quiçá ao que sofre retaliações e tem dificuldades em reintegrar-se no seio social, de modo que deve ser prestigiado o trabalho por ele alcançado.

Na hipótese dos autos o agravante trouxe aos autos documentação a comprovar atividade laborativa perante a Liga Esportiva Coxinense, consoante se depreende da folha de frequência a f. 18-24, bem como da declaração a f. 17, firmada pelo presidente da referida associação, diante do que deve ser concedida a remição da pena, sobretudo em razão de que, como frisado, inexistindo distinção da natureza do trabalho ou do local de seu exercício, não cabe ao julgador fazê-lo, sob pena de violação do princípio constitucional da legalidade, frustrando o caráter ressocializador da execução penal.

Com relação ao fato de a atividade laboral exercida não ter sido registrada em carteira de trabalho e tampouco haver comprovante do recolhimento dos devidos encargos trabalhistas, tal não é capaz de afastar o benefício ora buscado, haja vista a Lei de Execução Penal não fazer nenhuma exigência nesse sentido, cabendo ao Estado a devida fiscalização para esses fins. A propósito:

> *"EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO EXTERNO. Para a concessão do trabalho externo, a LEP não exige a comprovação da regular anotação na carteira de trabalho e previdência social, para obtenção do benefício, uma vez que o ônus da fiscalização cabe ao Estado. Agravo do Ministério Público Improvido. Unânime"* (Agravo Nº 70050870864, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 14/11/2012).

Desse modo, havendo a comprovação do trabalho externo realizado pelo agravante, necessária a concessão da remição no período comprovado nos documentos juntados a f. 17-24.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, dou provimento ao recurso para reconhecer ao agravante o direito de remição do período laborado, desde que coincida com o efetivo cumprimento de pena no regime prisional semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 10 de março de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso Em Sentido Estrito nº 0002370-34.2013.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO SIMPLES – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – TESE DE EXCLUDENTE DA ANTIJURIDICIDADE – LEGÍTIMA DEFESA – AFASTADA – PRESENTES OS INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DO FATO – ANÁLISE PORMENORIZADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPETE AO TRIBUNAL POPULAR – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO PARA LESÃO CORPORAL – DESACOLHIDO – RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 413 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Configurados os elementos esculpidos nesse dispositivo legal, é de rigor que o réu seja pronunciado, cabendo ao Tribunal do Júri, que é o juízo natural e soberano para deliberar sobre o mérito os crimes contra a vida.

Presentes provas da materialidade do fato delituoso e indícios de autoria, deve o réu ser pronunciado, de forma a ser submetido a julgamento perante o Tribunal Popular, que será responsável pela realização de uma análise mais aprofundada do quadro probatório, devendo, ao final, deliberar sobre a imposição de eventual decreto condenatório ou de excludente da antijuridicidade.

2. Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, "*a desclassificação da infração penal de homicídio tentado qualificado para lesão corporal leve só seria admissível se nenhuma dúvida houvesse quanto à inexistência de dolo. Havendo grau de certeza razoável, isso é fator o bastante para que seja remetida ao Conselho de Sentença a matéria, sob pena de desrespeito à competência ditada pela Constituição Federal*" (AgRg no AgRg no REsp 1313940/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013).

In casu, fica mantida a pronúncia do acusado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover o recurso. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Jeferson Francisco dos Santos, já qualificados nos autos, contra a decisão de fls.190-192 do Juiz de Direito da Comarca de Paranaíba/MS que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do CP, e, determinou que fosse submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Em virtude disso, o recorrente interpôs o presente recurso, sustentando, em síntese, ter o recorrente agido em legítima defesa, com fundamento no art. 25, do CP, pugnando pela sua absolvição sumária, nos termos do art. 415, IV, do CPP.

Postulou, ainda, pela desclassificação do homicídio para o crime de lesão corporal seguida de morte. Por fim, prequestiona os artigos relativos a matéria em discussão.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 217-227, requereu o improvimento do recurso.

O Magistrado de origem manteve a decisão de pronúncia, por seus fundamentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo Parecer de fls. 243-250, manifestou-se, opinando pelo improvimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Jeferson Francisco dos Santos, qualificado nos autos, contra a decisão de fls.190-192 do Juiz de Direito da Comarca de Paranaíba/MS que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, e determinou que fosse submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Narra a denúncia que, *"no dia 29 de janeiro de 2013, por volta das 18h00min, na Rua Quedu Leal, em frente ao Mercado América, nesta cidade, o denunciado Jeferson Francisco dos Santos, de posse de uma faca, desferiu golpes contra a vítima José de Jesus Tonin, (...).*

De acordo com o Caderno Inquisitivo, no dia dos fatos o denunciado encontrou com a vítima e começou a desferir golpes de faca em seu corpo. Neste instante, diversos populares visualizaram a situação e impediriam que o autor do delito prosseguisse na empreitada criminosa. Dias depois de ser internada, a vítima veio a óbito (fls. 08), em decorrência de golpes."

Diante desses fatos, o recorrente foi denunciado pela prática do crime de homicídio simples.

Após a instrução processual, sobreveio a decisão ora recorrida, pela qual o recorrente foi pronunciado pelo crime em questão, tendo sido determinado que fosse submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Em virtude disso, o recorrente interpôs o presente recurso, sustentando, em síntese, ter o recorrente agido em legítima defesa, com fundamento no art. 25 do Código Penal, pugnando pela absolvição sumária, nos termos do art. 415, IV, do Código de Processo Penal.

Postulou, ainda, a desclassificação do homicídio para o crime de lesão corporal seguida de morte. Por fim, prequestionou os artigos relativos a matéria em discussão.

Do pedido de absolvição sumária.

O art. 413 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Como bem se sabe, o sistema processual penal brasileiro adota duas fases distintas para o processamento dos crimes dolosos contra a vida: a primeira, denominada de *ius accusationis*, tem objetivo voltado ao juízo de admissibilidade da acusação; e a segunda, conhecida como *iudicium causae*, é destinada a julgar o mérito propriamente dito da ação penal.

A par disso, pode-se formar a conclusão de que a etapa inicial desse procedimento não é destinada a condenar o acusado, mas simplesmente a atestar "*a materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*", tal como estabelece o artigo 413 do Código de Processo Penal.

Estabelece ainda a lei processual que a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria ou de participação, especificando as circunstâncias qualificadoras.

Dessarte, configurados os elementos esculpidos nesse dispositivo legal, é de rigor que o réu seja pronunciado, de modo a submetê-lo a julgamento perante o Tribunal Popular, quando este, diante de sua soberania, irá deliberar sobre o mérito do fato atribuído ao acusado.

Nessa fase, apenas há juízo de admissibilidade da acusação.

Na hipótese em tela, infere-se que o recorrente se insurge contra o seu pronunciamento, ao argumento de que teria agido em legítima defesa.

É o Júri o Juiz dos fatos e a pronúncia fará um recorte deles, admitindo os que se sustentam e afastando aqueles evidentemente improcedentes.

Nessa perspectiva, examinando o contexto probatório, a materialidade está claramente demonstrada pelo boletim de ocorrência, pelo laudo pericial, exame de corpo de delito e depoimentos prestados na fase investigativa e na fase judicial (fls. 04-24, fl. 98, fl.126 e fl. 150)

A autoria está, também, suficientemente sinalizada. Destaco, nesse viés, a instrução criminal, consistente no depoimento dos policiais militares Wesley Queiroz Rodrigues e Renan dos Santos Araújo.

O magistrado processante asseverou na decisão recorrida o seguinte:

> *"As provas são por demais seguras para que o réu seja pronunciado.*
>
> *No caso em tela, ao menos em juízo preliminar, temos que o acusado tinha a intenção de matar a vítima e conseguiu seu intento."*

Presentes provas da materialidade do fato delituoso e indícios de autoria, deve o réu ser pronunciado, de forma a ser submetido a julgamento perante o Tribunal Popular, que será responsável pela realização de uma análise mais aprofundada do quadro probatório, devendo, ao final, deliberar sobre a imposição de eventual decreto condenatório ou de excludente da antijuridicidade.

Dessa forma, estando atestada a materialidade do fato delituoso e, configurados, também, os indícios suficientes sobre a autoria, é de rigor que seja o recorrente pronunciado, sendo submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, tal como feito pelo magistrado de origem.

Deve ser afastado, portanto, o recurso quanto ao pedido de absolvição sumária.

Do pedido de desclassificação do crime.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "*a desclassificação da infração penal de homicídio tentado qualificado para lesão corporal leve só seria admissível se nenhuma dúvida houvesse quanto à inexistência de dolo. Havendo grau de certeza razoável, isso é fator o bastante para que seja remetida ao Conselho de Sentença a matéria, sob pena de desrespeito à competência ditada pela Constituição Federal"* (AgRg no AgRg no REsp 1313940/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013).

A doutrina representada por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, nesse particular, assenta:

> ***"As teses de defesa são enfrentadas, contudo, senão houver certeza de que,*** *por exemplo, uma excludente de ilicitude restou configurada,* ***o juiz não declara que a tese é sem cabimento: antes, deve ele afirmar que a dúvida que recai sobre a teses não autoriza seu acolhimento imediato, razão pela qual deve assegurado o julgamento do réu pelo tribunal popular."***[1] (destaquei)

E, complementa ainda:

> *"Desta forma, não pode o julgador, ao pronunciar o réu, afastar de forma taxativa as testes sustentadas pela defesa na primeira fase. Também* ***não pode emitir juízo de certeza quanto à culpabilidade, pois estaria se intrometendo indevidamente em matéria que será apreciada futuramente pelo corpo de jurados, sem contar que significaria uma intromissão indevida no mérito da causa, dando margem à nulidade absoluta do processo."*** (destaquei)

Portanto, no presente momento processual, não é possível deliberar sobre o pedido desclassificação em questão.

Dessarte, a apreciação dessa matéria deverá, assim, ser submetida ao Conselho de Sentença, pois, no caso, há indicativos no sentido de que a conduta do recorrente enquadrou-se, de fato, nos tipos penais para os quais foi qualificado.

Nesse contexto, deve ser mantida a decisão de pronúncia, em seus termos, a fim de que o réu, ora recorrente, a fim de ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, pela prática dos crimes, como incurso nos arts. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 61, II, "f", do Código Penal em relação à vítima Edna Nascimento da Silva e no art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, também do Código Penal com relação à vítima Elson Nascimento da Silva.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias suscitadas foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

Diante do exposto, com o Parecer da PGJ, nego provimento ao recurso interposto, mantendo inalterada a decisão de pronúncia.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não proveram o recurso. Decisão com o parecer.

1 ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p.834.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmo. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0013157-08.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS ANTECEDENTES E DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO AMPARADA NAS INFORMAÇÕES OBTIDAS MEDIANTE PORMENORIZADA CONSULTA AO SAJ E CERTIDÃO CRIMINAL – MEIO IDÔNEO PARA TAL FINALIDADE – PEDIDO DE APLICAÇÃO E PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – COM REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231 DO STJ – PEDIDO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – SÚMULA 269 DO STJ – NÃO APLICABILIDADE – REINCIDÊNCIA – REGIME PRISIONAL MANTIDO – REPROVAÇÃO DO CRIME – RECURSO DESPROVIDO.

1. O conjunto probatório é suficiente para confirmar a acusação imputada ao apelante, pelo que deve ser mantida a condenação. A prova contida no processo demonstra ter sido o crime praticado em concurso de duas ou mais pessoas, pelo que deve ser mantida a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, ainda que um dos envolvidos não tenha sido identificado.

2. A falta de registro na certidão criminal não impede o reconhecimento dos maus antecedentes ou da reincidência, porque tais dados estão disponíveis no sistema oficial informatizado, com acesso às partes, aptos, portanto, a comprovar idoneamente a existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, notadamente quando a defesa não comprova a inexatidão das informações contidas no sistema.

3. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, deve preponderar as circunstâncias que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. No caso, a reincidência está inserida no rol de circunstâncias preponderantes a que alude o dispositivo legal em comento. Portanto, a reincidência deve preponderar sobre a confissão (espontânea ou voluntária), pois aquela está incluída no rol de preponderância contido no referido artigo. No entanto, com a ressalva de posicionamento pessoal contrário, neste caso, a compensação entre a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", com a agravante da reincidência prevista no art. 61, I, ambos do Código Penal, tem possibilidade de ser acolhida, por ser apenas uma reincidência, por fato que não contém elevada relevância, em observância ao princípio da razoabilidade.

4. É princípio geral do direito penal que o julgador não pode elevar a pena acima do máximo previsto no tipo penal, nem diminuí-la abaixo do mínimo legal. Desse modo, as atenuantes genéricas não autorizam a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, em observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça

5. Tratando-se de condenado reincidente, o cumprimento da pena privativa de liberdade, em regra, deve ser iniciado no regime fechado, independentemente da sua quantidade. O STJ consolidou o entendimento de que é possível estabelecer o regime semiaberto aos reincidentes, para o início do

cumprimento da pena, quando condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula 269. Havendo pelo menos uma circunstância judicial desfavorável, deve prevalecer a regra geral, com a fixação do regime inicial fechado ao condenado reincidente com pena superior a quatro anos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover o recurso. Decisão com o parecer. Com ressalva de fundamentos do Vogal.

Campo Grande, 30 de novembro de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Naudiney de Arruda Martins contra a sentença de fls. 190-193 que o condenou à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, em regime fechado, por infração ao art. 157, § 2º, II, do CP, por duas vezes, em continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do CP).

O apelante pelo recurso interposto (fls. 207-217), requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, por insuficiência de provas.

Alternativamente, requer o afastamento da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do CP, diante da ausência de certidão de objeto e pé emitida pelo cartório judicial e, se subsistir que a atenuante da confissão espontânea prepondere sobre a agravante da reincidência, com a redução da pena-base abaixo do mínimo legal.

Requer ainda o afastamento da causa de aumento de pena referente ao concurso de agentes e a alteração do regime prisional.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 219-235 requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo parecer de fls. 243-254, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Naudiney de Arruda Martins, qualificado nos autos, contra a sentença de fls. 190-193 que o condenou à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, em regime fechado, por infração ao art. 157, § 2º, II, do Código Penal, por duas vezes, em continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do CP).

Narra a denúncia que:

> *"No dia 26/3/2015, durante a noite, na Avenida Graciliano Ramo, no bairro Jardim Aero Racnho, defronte a uma conveniência, nesta Capital, os denunciados Naudiney de Arruda Martins e Rodrigo de Souza, em coautoria, subtraíram para si, mediante grave ameaça dirigida a Enoque Ferreira da Silva, o veículo Toyotta/Corolla, placas NRN-0306, avaliado em R$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais), pertencente ao ofendido.*
>
> *Em seguida, fazendo uso do referido carro roubado, os denunciados rumaram até o 'Restaurante Prosa", (...), onde subtraíram para si, mediante grave ameaça dirigida ao ofendido Adivaldo Almeida, R$-40,00 (quarenta reais) do caixa do referido estabelecimento.*
>
> *Por fim, na Mercearia Natal, (...), os denunciados, mediante grave ameaça, subtraíram a quantia de R$-380,00 (trezentos e oitenta reais) do ofendido Francisco Wandie de Oliveira, proprietário do mencionado comércio.*
>
> *(...)*
>
> *A sequência criminosa somente foi interrompida após o assalto à mercearia, quando Francisco Wandie de Oliveira, proprietário do comércio, com a ajuda de populares, deteve Naudiney após embate corporal."*

O apelante, pelo recurso interposto, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, por alegação de insuficiência de provas.

Alternativamente, requer o afastamento da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, diante da ausência de certidão de objeto e pé emitida pelo cartório judicial e, se subsistir que a atenuante da confissão espontânea prepondere sobre a agravante da reincidência, com a redução da pena-base abaixo do mínimo legal.

Requer, ainda, o afastamento da causa de aumento de pena referente ao concurso de agentes e a alteração do regime prisional.

Passo, então, ao exame do recurso:

Do pedido de absolvição e do pedido de afastamento da causa de aumento de pena do concurso de agentes, previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

O apelante pugna pela sua absolvição e pelo afastamento da causa de aumento de pena do concurso de agentes, prevista na art. 157, § 2º, II, do CP.

Examino, então, as pretensões recursais de forma conjunta porque relacionadas com o contexto fático probatório.

O julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação.

Verifica-se que o conjunto probatório contido nos autos do processo é suficiente para ensejar um juízo condenatório em relação ao apelante, haja vista que são capazes de evidenciar a materialidade e autoria do delito pelo qual foi condenado.

Na fase judicial (fls. 190-193) está o depoimento dos policiais Robson Leite Pinho e Celso Francisco dos Santos, que detiveram o apelante, sem êxito na localização do comparsa. A testemunha Robson confirma que o apelante foi detido e reconhecido pelas vítimas e que o apelante confirmou que teria cometido o delito

com o seu comparsa. As duas testemunhas afirmam que o apelante confessou a prática dos crimes e que estes teriam sido praticados por ele e mais um comparsa.

Impende ressaltar que o testemunho policial é prova testemunhal válida e coesa que, inclusive, foi confirmada em Juízo. Nesse sentido, destaco o seguinte julgado que bem se coaduna com o caso dos autos:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. 1.(...) 2. De se ver, ainda, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos."*

No mesmo sentido, está o depoimento da vítima Adivaldo Almeida, proprietário do restaurante onde foi praticado o crime pelo apelante. Ela afirma ter reconhecido o apelante e o veículo roubado anteriormente (Corola preto).

Deve ser acrescentado ainda que o depoimento da vítima Enoque Ferreira da Silva confirma que reconheceu o apelante e o seu comparsa, sem dúvidas.

Ambas as vítimas confirmam a atuação do apelante e do seu comparsa, inclusive a vítima Enoque confirma a ameaça de morte e que o apelante dizia estar armado.

A prova técnica é prescindível, por não ser obrigatória a observância da formalidade reclamada pelo art. 226, II, do Código de Processo Penal, visto que a condenação alicerçou-se no conjunto probatório e não apenas no reconhecimento feito pela vitima, pelo que quanto ao crime de roubo, deve ser mantida a sentença.

É certo que o exame pericial deverá ser realizado quando a infração deixar vestígios, a teor do que determina o art.158 do Código de Processo Penal.

Todavia, o art.167 da lei processual permite que a prova testemunhal supra a pericial em hipóteses como a verificada nos autos. Confira-se a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*a prova técnica não é a única apta a comprovar a materialidade das condutas, podendo ser suprida por outros meios de prova capazes de levar ao convencimento o julgador.*" [1]

Na mesma linha, é o reconhecimento do apelante, a forma em que se deu, apesar de não ter sido de acordo com a lei processual, serve para o convencimento deste julgador, a forma em que a prova foi produzida.

Nesse sentido, é a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

> *"Ainda que não sejam obedecidas as formalidades previstas em lei, o reconhecimento não perde todo o seu valor, servindo como elemento de convicção do juiz, junto com outros elementos, de acordo com o princípio do livre convencimento*."[1]

Da mesma forma é a Jurisprudência Pátria:

> *"Reconhecimento pessoal que, mesmo sem atender rigorosamente ao disposto art. 226 do CPP, não é molde a anulação da prova assim obtida"* (JSTF 238/258).

1 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.517.

Destarte, malgrado a irresignação do apelante, diante da prescindibilidade da prova técnica e por não ser obrigatória a observância da formalidade reclamada pelo art. 226, II, do Código de Processo Penal, a condenação alicerçou-se no conjunto probatório e não apenas no reconhecimento feito pela vitima, pelo que quanto ao crime de roubo, deve ser mantida a sentença.

A prova colhida está a demonstrar ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação ao acusado, sobretudo com relação ao concurso de duas ou mais pessoas. A causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, II, do CP é aplicável ainda que um dos envolvidos seja inimputável ou não tenha sido localizado para a identificação. É suficiente a acusação provar a responsabilidade de duas ou mais pessoas no cometimento do crime, não obstante somente um dos autores tenha sido identificado, o que ocorreu na hipótese dos autos.[2]

As provas formam um juízo de certeza acerca da ocorrência do delito e no que se refere à atuação do apelante e de um comparsa.

Dessa forma, em vista dos elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, são de forma a evidenciar a materialidade e a autoria do fato delituoso.

Outrossim, o apelante tem o direito de se defender de maneira ampla das provas coletadas, podendo tentar influir para a produção de provas em seu benefício, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, assim não procedeu, estando a sua negativa quanto à autoria do delito isolada e em desarmonia com os outros elementos de provas produzidos no processo.

Diante do que acima restou esposado, foi demonstrada, de forma eficiente, todos os elementos que justificam a condenação.

Do pedido de afastamento da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal.

O apelante sustenta que, por não ter sido juntada certidão de objeto e pé, emitida pelo cartório judicial, deve ser afastada a agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal.

Todavia, a inexistência de certidão de objeto e pé não impede o reconhecimento da agravante genérica da reincidência, porquanto atualmente o Poder Judiciário conta com dados informatizados, por sistema oficial, com acesso público, disponível às partes interessadas, aptos, portanto, a comprovarem a existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, capazes de gerar maus antecedentes ou reincidência, notadamente quando a defesa não comprova a inexatidão das informações constantes desse sistema oficial.

A par disso, consta dos autos certidão criminal do apelante. Somado a isso, ainda está que a análise dos antecedentes e, nesse mesmo aspecto, da agravante genérica da reincidência, pode, ainda, ser pautada nas informações acerca da vida pregressa do apelante, acessíveis mediante simples consulta ao Portal de Serviços deste Tribunal de Justiça (e-SAJ) e, de igual forma, ao próprio SAJ (Sistema de Automação do Judiciário).

Tal entendimento, a propósito, tem confortável amparo na jurisprudência pátria, cuja orientação é no sentido de que tal pesquisa processual, perfeitamente aceitável, não ofende a imparcialidade do Magistrado. Vejamos:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR INTEMPESTIVIDADE ARGUIDA PELO MP REJEITADA – JUNTADA DAS RAZÕES RECURSAIS A DESTEMPO – MERA IRREGULARIDADE – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – PRETENSÃO*

2 HC 110425/ES.

> *IMPROCEDENTE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO RATIFICADO PELAS TESTEMUNHAS EM JUÍZO – REDUÇÃO DA PENA-BASE OPERADA – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA FIXÁ-LA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA MANTIDA – FOLHA DE ANTECEDENTES EMITIDA POR ÓRGÃO OFICIAL DO ESTADO – MENORIDADE RELATIVA RECONHECIDA – RÉU QUE CONTAVA COM MENOS DE 21 ANOS À ÉPOCA DO FATO – POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – READEQUAÇÃO DA FRAÇÃO PELAS CAUSAS DE AUMENTO NO MÍNIMO (1/3) – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 443, DO STJ – REGIME FECHADO MANTIDO DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DO ART. 33 DO CP – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...).* ***A vida ante acta do agente, não obstante a inexistência de certidão cartorária, pode ser comprovada por outro meio idôneo, desde que preenchido os requisitos legais, como a folha de antecedentes criminais expedida por órgão oficial do Estado e/ou a consulta no Sistema de Automação do Judiciário (SAJ).*** *(...).* (apelação criminal n. 2012.003809-9. Segunda Câmara Criminal. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento em 9.4.2012).” (Destaquei).

Com enfoque na situação sob exame, pode-se inferir que a respectiva certidão de antecedentes do apelante foi juntada às fls. 149-150. No caso particular, pode-se verificar que a certidão de antecedentes criminais do apelante, por si só, já é capaz de comprovar a existência da situação de reincidência do apelante.

Impende ressaltar ainda que, mediante simples consulta ao sistema SAJ, pode-se verificar a existência de sentença condenatória anteriore, já transitada em julgado, que foi proferida em desfavor do apelante, pelo que deve ser mantida a agravante da reincidência.

Do pedido de preponderância da atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, “d”, sobre a agravante da reincidência prevista no art. 61, I, ambos do Código Penal.

O apelante se insurge, nesse ponto, contra a sentença, sustentando a preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre agravante da reincidência.

O magistrado sentenciante, ao contrário, procedeu à compensação dessas circunstâncias judiciais, admitindo estarem no mesmo patamar para efeitos de incidência.

A pena tem por finalidade, ser retributiva e preventiva. Sabe-se que através dos tempos o Direito Penal tem dado respostas diferentes à questão de como solucionar o problema da criminalidade. Essas soluções são chamadas Teorias da pena, que são opiniões científicas sobre a pena, principal forma de reação ao delito.

Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, deve preponderar as circunstâncias que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

No caso, a reincidência está inserida no rol de circunstâncias preponderantes a que alude o dispositivo legal em comento.

Portanto, a reincidência, na minha compreensão, deve preponderar sobre a confissão (espontânea ou voluntária), pois aquela está incluída no rol de preponderância previsto no artigo acima em comento.

Portanto, por tais razões, no meu entender, a reincidência deve ter caráter preponderante sobre a confissão (espontânea ou voluntária), nos termos do art. 67 do Código Penal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA – HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL – PENAL – CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE – ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE.PRECEDENTES. 1. Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 2.A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. Ordem denegada.* (HC 102486/MS, Rel. Min. Carmem Lúcia, 1ª Turma, j. em 06/04/2010)

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI 10.826/2003). DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA DEVE PREPONDERAR SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente (art. 67 do Código Penal), hipóteses em que não se enquadra a atenuante da confissão espontânea. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento."* (RHC 102957, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-086 Divulg 13-05-2010 Public 14-05-2010).

Nesse contexto, não há como se a preponderância da confissão, *a contrario sensu,* como pleiteia o apelante.

Por outro lado, esta Câmara e a Seção Criminal deste Tribunal de Justiça vêm, por maioria, em sentido contrário, adotando a posição externada pelo STJ[3], que admite a compensação, diferentemente da posição adotada pelo STF[4], com a qual tenho comungado.

Impende ressaltar que, a compensação entre a agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea pressupõe o exame do caso concreto, como forma de aplicação dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da individualização da pena. Neste caso, a existência de apenas uma condenação transitada em julgado contra o acusado, autoriza a compensação, observado o princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, colaciono recente julgado do STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU COM VÁRIAS CONDENAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. A compensação entre a agravante da reincidência e*

3 HC 272363 / SP.

4 HC 105543 / MS.

> *a atenuante da confissão espontânea pressupõe a existência de apenas uma condenação transitada em julgado contra o acusado. 2. Tratando-se de condenado multirreincidente, mostra-se impossível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência. Dessa forma, a preponderância da reincidência no cálculo se constitui em aplicação efetiva dos princípios da proporcionalidade e individualização da pena. 3. Agravo regimental desprovido."*[5]

Desse modo, ressalvando o meu entendimento pessoal sobre o tema, como acima já posto, neste caso, admito a compensação entre a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d" com a agravante da reincidência prevista no art. 61, I, ambos do Código Penal, tal como procedida na sentença.

Por isso, fica afastada a pretensão recursal.

Do pedido de redução da pena-base abaixo do mínimo legal.

Não se olvide que confissão espontânea é atenuante genérica estabelecida pelo art. 65, inciso III, "d", do Código Penal.

Daí, como bem se sabe, nessa condição, o abrandamento da pena, diante de atenuante dessa natureza, deve observar o limite mínimo abstratamente cominado pelo tipo penal.

Ora, é princípio geral do direito penal que o Juiz não pode elevar a pena acima do máximo previsto no tipo penal, nem diminuí-la abaixo do mínimo legal. Nesse particular, leciona a Doutrina de forma interessante:

> *"As atenuantes genéricas também são de incidência obrigatória. De fato, diz o art.65, caput, que "são circunstâncias que sempre atenuam a pena. (...).*
>
> *Além disso, as atenuantes genéricas, ainda que existam muita delas no caso concreto, serão ineficazes quando a pena-base (1ª fase) for fixada no mínimo legal. Como não integram a estrutura do tipo penal, e não tiveram o percentual de redução previsto expressamente pelo legislador, a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante. Tais motivos levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula 231: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."*[6]
>
> *"Fixação da pena abaixo do mínimo legal: utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art.65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se quando o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador."*[7]

5 AgRg no REsp 1456393 / DF, Agravo Regimental no Recurso Especial/ 2014/0125984-2.

6 MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2013. p.664.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: RT, 2013. p.469.

Nesse sentido, também é a Jurisprudência:

> *"Pena – Circunstância legal – Menoridade – Limite.A consideração da atenuante não pode conduzir a fixação da pena em quantitativo inferior ao mínimo previsto para o tipo, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição."* (STF – HC 73.924-SP, Rel. Min. Marco Aurélio).
>
> *"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL.IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. CAUSA DE AUMENTO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA ARMA. MENORIDADE. REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 231/STJ. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*
>
> *2. Conforme decidido pela Terceira Seção desta Corte (EREsp n.º 961.863/ RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi), vencida a Relatora, é prescindível a apreensão e perícia da arma para a incidência da majorante, desde que verificada a existência de outras provas que atestem a utilização do instrumento, como na hipótese.3. As atenuantes genéricas não autorizam a redução da pena aquém do mínimo legal, conforme previsão da Súmula nº 231 desta Corte."* (STF - HC 174977 / SP .Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Desse modo, as atenuantes genéricas não autorizam a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, em observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Do pedido de alteração do regime prisional.

Destarte, em se tratando de sentenciado reincidente, como ocorre no presente caso, na forma da sentença, em regra o cumprimento da pena privativa de liberdade, deve ser iniciado no regime fechado, independentemente da sua quantidade, em decorrência da interpretação lógico-literal do § 2º do art. 33 do Código Penal:

> *Art. 33. [...] § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
>
> *b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*
>
> *c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

Pela literalidade da norma em questão, é evidente que os regimes aberto e semiaberto destinam-se aos condenados não reincidentes. Em consequência, a regra que sendo o condenado reincidente, ainda que a sua pena privativa de liberdade não seja superior a 8 (oito) anos, o seu cumprimento dever ser iniciado no regime fechado.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, através do verbete sumular nº 269 consolidou o entendimento de que é possível a fixação do regime inicial semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Antes de mais nada, cabe esclarecer que a posição adotada pelo Excelso Tribunal Superior, obviamente, baseou-se em política criminal destinada à descarcerização, de modo que sendo uma exceção à regra geral, deve ser adotada em situações excepcionais, isto é, quando não exista nenhuma circunstância judicial desfavorável ao condenado reincidente.

Consequentemente, em havendo pelo menos uma circunstância judicial desfavorável, deve prevalecer a regra geral, com a fixação do regime inicial fechado ao condenado reincidente, ainda que sua pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Nesse sentido é a doutrina de SCHMITT:

> *"O somatório entre reincidência e circunstância judicial desfavorável autoriza a fixação do regime fechado em condenações até 4 (quatro) anos. Basta apenas uma circunstância judicial desfavorável. Concorrendo com a reincidência apenas circunstâncias judiciais favoráveis ou neutras o regime ideal será o semi-aberto. Circunstâncias neutras não podem conduzir ao regime mais severo. Tal situação explicitada se revela de vital importância, pois em condenações em até 4 (quatro) anos somente a conjugação de reincidência e pelo menos uma circunstância judicial desfavorável é que poderá conduzir à imposição do regime fechado."* [8]

O caso em exame configura-se como motivo suficiente para a prevalência da regra geral prevista no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e o afastamento do entendimento jurisprudencial consolidado no enunciado de nº 269 da Súmula do STJ, diante das peculiaridades do caso concreto, por se tratar de réu reincidente e da pena imposta superior a quatro anos, sobretudo como forma de reprovar e prevenir o crime.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias abordadas não merecem qualquer apontamento específico ou pormenorizado, haja vista que foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esse ponto.

Diante do exposto, com o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Revisor)

Acompanho o Voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Acompanho o e. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Relator, para negar provimento ao recurso.

Ressalvo apenas meu no entendimento no sentido de que as atenuantes podem deixar a pena aquém do mínimo cominado no tipo (cf. Cezar Roberto Bitencourt, in Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 602. v. 1). No caso concreto, entretanto, a pena intermediária fixada em seu mínimo legal revela-se, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

E ainda, ressalvo acerca da impossibilidade de comprovar a reincidência somente com a consulta ao sistema SAJ, conforme exposto no voto inaugural, no entanto, consta nos autos certidão de antecedentes do réu (p. 149-154).

8 SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 338.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não proveram o recurso decisão com o parecer com ressalva de fundamentos do vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 30 de novembro de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0830824-71.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS – BEM QUE AINDA INTERESSA À INVESTIGAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL – DÚVIDAS QUANTO A SUA COMPLETA IDENTIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DEFINITIVA – ENTREGA SOB O COMPROMISSO DE FIEL DEPOSITÁRIO – POSSIBILIDADE – PEDIDO PARCIALMENTE DEFERIDO.

Nos termos do art. 118 do CPP, "*Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo*".

No caso, como se pode verificar do boletim de ocorrência (fl.63), a máquina pá carregadeira objeto do boletim de ocorrência nº 297/2015 é a máquina Michigan 55c, motor Mercedez Turbinado 352, ano 1988, Série 424771122BRC. A máquina apreendida, conforme o laudo pericial é a máquina com número de série 4247S*1749*BRC e, segundo o mesmo laudo, "não foram notados vestígios de ação abrasiva na superfície de gravação (lateral esquerda)."

Desse modo, o pedido de restituição definitiva da máquina apreendida ao requerente não pode ser efetiva, mas, pelas circunstâncias dos fatos até agora apurados, há possibilidade de a máquina apreendida ser entregue mediante o compromisso de fiel depositário, até que sejam dirimidas as dúvidas pela autoridade policial na investigação e seja completa a identificação do veículo apreendido, diante do decurso do tempo da investigação instaurada – Boletim de ocorrência nº 297/2015/DEFURV em 30 de julho de 2015, sem que tenha havido até agora relatório do inquérito com conclusão da investigação até a presente data.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso

Campo Grande, 1 de fevereiro de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Silverlei Antônio Gimenes Fernandes, qualificado nos autos, contra a decisão proferida pela Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS no Incidente de restituição.

O pedido do reclamante foi indeferido, com fundamento do art. 118, do Código de Processo Penal.

Diante disso, em suas razões recursais, requer o apelante a reforma da decisão, com a determinação da restituição do bem móvel, com fundamento no art. 120, § 4º, do Código de Processo Penal, que determina a restituição ao terceiro de boa-fé até ulterior decisão judicial.

Sustenta o apelante que necessita da máquina para manutenção de sua propriedade rural.

O Ministério Público Estadual em contrarrazões de fls. 202-208 requer o conhecimento e improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo Parecer de fls. 219-223, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e improvimento do presente recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Silverlei Antônio Gimenes Fernandes, qualificado nos autos, contra a decisão proferida pela Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS no Incidente de restituição de bem apreendido.

O pedido do reclamante foi indeferido, com fundamento do art. 118 do Código de Processo Penal, pelos seguintes fundamentos:

> *"É sabido que o fundamento da apreensão e sua manutenção está no interesse da coisa para o procedimento/processo e afirmando o Parquet a utilidade dos objetos para as investigações em andamento, bem como considerando o teor do laudo pericial, a restituição não pode ser deferida.*
>
> *Posto isto, indefiro a pretensão inaugural do(a) requerente, com fundamento no artigo 118, do Código de Processo Penal."*

Diante disso, em suas razões recursais, requer o apelante a reforma da decisão, com a determinação da restituição do bem apreendido, com fundamento no art. 120, § 4º, do Código de Processo Penal, que determina a restituição ao terceiro de boa-fé até ulterior decisão judicial.

Sustenta o apelante que necessita da máquina para manutenção de sua propriedade rural.

Argumenta que o bem móvel - máquina pá carregadeira, marca Michigan, Modelo 55c, Ano 1998, séria nº 4247S*1479*BRC - foi apreendida indevidamente, sendo seu legítimo proprietário.

Afirma que o bem apreendido não tem qualquer relação com os fatos narrados no boletim de ocorrência nº 297/2015 DEFURV DE 06/04/2015.

Para o exame do pedido de restituição, primeiramente, é necessário se fazer um breve relato da ocorrência e apreensão da máquina objeto do presente incidente.

Verifica-se dos autos que pelo comunicante, Humberto Ferreira, como gerente comercial da vítima Brazil Máquinas Pesadas Ltda, no boletim de ocorrência acima referido, foi relatado, em síntese, o seguinte:

> *Narra o comunicante que o "Sr. Antônio Breno Dede de Souza, com intenção de comprar, retirou no mês de março de 2014, a Pá Carregadeira Michigan, 55c, motor Mercedez Turtinado-352, ano 1988, marca Michigan, série 42471122BRC, no valor de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), para realizar um teste quanto ao seu funcionamento. Continua o Comunicante informando que o referido veículo ficou na oficina e durante todo o período, de março de 2014 a abril de 2015, o Sr. Antônio Breno apenas informava ao Comunicante que o referido veículo aguardava peças para, em tese, ser consertado. Salienta o Comunicante que diante das suspeita foi até a oficina, no mês de abril de 2015, Só Máquinas- end. Av. Ana Rosa de Castilho Ocampo, 10725 – Jardim Montevidéu, Campo Grande-MS, CEP 79035-320 – e um indivíduo de alcunha "Alemão", informou que o Sr. Antônio Breno já havia retirado a máquina e disse, também, que a referida Pá Carregadeira fora vendida para o Sr. Silverlei, (...), dono da Fazenda Bahia das Conchas no município de Aquidauana."*

Consta ainda do boletim de ocorrência, que em razão dos fatos acima narrados, o requerente foi intimado e compareceu na Delegacia de Polícia, apresentando, segundo os autos do inquérito policial, uma nota fiscal de venda de uma máquina Pá carregadeira, Marca Michigan, modelo 55C, série 4247C1748BRC, no valor de R$ 70.000.00 (setenta mil reais) e informando que a máquina se encontrava na Av. Cel. Antonino, 5153, bairro Nova Lima, nesta Capital.

Segundo consta também do boletim de ocorrência, no local indicado foi encontrada uma máquina pá carregadeira, modelo 55C, motor Mercedez, 352, a qual apresentava um número de série 4247S1749BRC, gravado em sua estrutura, a qual não conferia com o número de série contido na nota fiscal apresentada. Por isso, segundo consta do inquérito policial, "*diante dos indícios de adulteração da máquina encontrada no local, apreenderam a máquina para a produção de perícia técnica*."

Foi salientado pela autoridade policial que o local onde se encontrava a máquina pertencia ao Sr. Antônio Breno de Dede de Souza, autor do ocorrência objeto do boletim acima identificado. Relataram que não souberam informar o paradeiro daquele e que este não aparecia há mais de quinze dias.

O requerente narra no pedido inicial que em 26 de setembro de 2014 negociou a compra de uma máquina pá carregadeira de propriedade de Alcides Ângelo Moratelli, mediante pagamento por meio de cheque e emissão de nota fiscal. Que para revisão técnica, teria deixado a máquina na oficina de Antônio Breno Dede de Souza, onde foi apreendida.

O requerente afirma que a máquina pá carregadeira do requerente apreendida não guarda relação com a máquina objeto da ocorrência 297/2015. Diz que a máquina noticiada como roubada e a máquina apreendida são completamente distintas, apesar de erro na emissão da nota na transcrição do número de série, o que já teria sido, segundo o requerente, corrigido.

Como bem se sabe, *"Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo"*.

Na hipótese dos autos, a máquina apreendida foi em decorrência de investigação da autoridade policial – autos de Inquérito policial nº 297/2015 (fls. 62-65).

O requerente se diz terceiro interessado de boa-fé na devolução do que julga pertence-lhe. Para isso, foram acostados aos autos os documentos de fls. 17-61.

O documento de fl. 17 comprova a compra e venda de uma máquina pá carregadeira, marca Michigan, modelo 55C, série 4147c1748BRC, ano 98, pelo requerente no dia 26 de setembro de 2014. O documento

de fl. 18 demonstra a incorreção no número de série, como afirma o requerente. Consta ainda à fl. 20 cópia da microfilmagem de cheque emitido no dia 24 de setembro de 2014 pelo requerente ao suposto vendedor.

Ocorre que, em razão da investigação pela autoridade policial foi determinada a realização de perícia, com o fim de "*fornecer todas as informações possíveis que possam contribuir para a identificação do veículo*", cujo laudo pericial está acostado aos autos às fls. 67-74, onde consta o seguinte:

> *No campo "5.1 Do sequencial identificador*
>
> *Quantos aos exames específicos no sequencial identificador encontrado, não foram notados vestígios de ação abrasiva na superfície de gravação (lateral esquerda).*
>
> *Com efeito, no campo 5.2 Do sequencial do motor*
>
> *Não foram encontradas as plaquetas superior e lateral com o sequencial identificador de motor. O bloco possui uma data de fabricação 21/06/97.*
>
> *Consta ainda na conclusão do referido laudo que:*
>
> *"c) A plaqueta de identificação do câmbio estava ausente."*
>
> *E, por fim, consta que:*
>
> *"Conforme demonstrado na resolução acima (comentário técnico) este tipo veicular excetua-se nas normativas de identificação veicular, sendo a fabricante a responsável e detentora da ficha cadastral. Caso a autoridade requisitante julgue necessário, sugere-se consulta ao fabricante, por intermédio da numeração identificadora dos componentes identificáveis, articulações dianteira e traseira e bomba injetora, solicitando a Ficha de Montagem (Garantia de Produto), através do sequencial do chassi primitivo para a complementação da identificação do veículo examinado."*

Pelo que se verifica do laudo pericial determinado pela autoridade policial, a perícia tinha como objetivo "fornecer todas as informações possíveis que possam contribuir para a identificação do veículo" (fl. 68, item 3 do laudo pericial).

Ocorre que, a própria perícia sugere a consulta junto ao fabricante da ficha de montagem (Garantia de Produto), para a complementação da identificação do veículo examinado.

Ora, percebe-se que o veículo apreendido não foi completamente identificado.

Diante disso, ainda possui utilidade para o processo, interessando à investigação da autoridade policial.

Assim, por ora, como ainda não foi esclarecida completamente a identificação do bem apreendido, ainda há interesse para a investigação e futura ação penal que poderá ser desencadeada. Portanto, por ora, não há como proceder à restituição do bem apreendido de forma definitiva ao requerente.

De outro lado, pelo que se verifica do boletim de ocorrência (fl.63), a máquina pá carregadeira objeto do boletim de ocorrência nº 297/2015 é a máquina Michigan 55c, motor Mercedez Turbinado 352, ano 1988, Série 424771122BRC.

A máquina apreendida, na forma do laudo pericial é a máquina com número de série 4247S*1749*BRC_e, segundo o laudo pericial, como acima já transcrito, *"não foram notados vestígios de ação abrasiva na superfície de gravação (lateral esquerda)."*

Desse modo, o pedido de restituição da posse da máquina apreendida ao requerente, na condição de fiel depositário, mediante compromisso, até que seja dirimidas as dúvidas pela autoridade policial na investigação e seja completa a identificação do veículo apreendido, é medida possível, diante do decurso do tempo da investigação instaurada – Boletim de ocorrência nº 297/2015/DEFURV em 30 de julho de 2015, sem relatório do inquérito com conclusão da investigação até a presente data.

Enfim, apesar da divergência quanto ao número de série da máquina apreendida e da máquina objeto de investigação, existe divergências ainda a serem esclarecidas, bem assim a completa identificação do bem apreendido.

Uma vez dirimidas essas divergências, poderá haver novo pedido de restituição, ou para a autoridade policial ou mesmo para o Magistrado que preside eventual ação penal ou com definição do próprio julgamento da ação penal, ou podendo ainda ser levada a dúvida ao Juízo Cível, para a eventual definição da efetiva propriedade, se não resolvida na investigação pela autoridade policial ou no curso do processo crime, nos termos do art. 118 e 120, ambos do Código de Processo Penal.

Todavia, por ora, a identificação incompleta do bem apreendido impede a restituição definitiva, porque, como já mencionado, ainda há divergências quanto a identificação da máquina apreendida, as quais poderão ser esclarecidas em diligências, no curso da investigação, como as que foram sugeridas pelo Perito, havendo, então, enquanto essa identificação não for completa e devidamente esclarecida, interesse à investigação e também ao processo se instalada a ação penal.

Desse modo, há apenas, neste momento, a possibilidade de se acolher a pretensão do requerente, de forma parcial, de deixar a máquina apreendida em sua posse, na condição de fiel depositário, com a assunção deste das responsabilidades e encargos inerentes, devendo mantê-la em sua posse, com conservação e sem qualquer alteração até o desate da investigação pela autoridade policial ou ação penal correspondente, quando não mais interessar a essas lides.

Por oportuno, a autoridade que preside a investigação deverá providenciar o que foi sugerido pelo Perito Criminal para a completa definição da investigação.

Por fim, incumbe ressaltar que o bem apreendido ainda interessa ao processo, de modo que não cabe a restituição definitiva e, como não há conclusão da investigação, a solução é que a máquina permaneça na posse do requerente, sob a condição de fiel depositário, na forma do art. 120, § 4º, do CPP, devendo zelar e manter a máquina sem qualquer alteração, como já dito, sob as penas do encargo de infiel depositário e demais cominações legais cabíveis ao encargo.

Diante do exposto, contra o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou parcial provimento ao recurso para autorizar a entrega do bem apreendido ao requerente, na condição de fiel depositário, na forma do art. 120, § 4º, do CPP, mediante compromisso, a ser prestado perante o Juízo de Origem do presente incidente de restituição, devendo zelar e manter a máquina sem qualquer alteração, informando nos autos da investigação o local onde a máquina permanecerá, sob as penas do encargo de infiel depositário e demais cominações legais cabíveis ao encargo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 01 de fevereiro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Representação Criminal/notícia de Crime nº 4013615-28.2013.8.12.0000
Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – REPRESENTAÇÃO PELA DECLARAÇÃO DE INCAPACIDADE DE PERMANECER NAS FILEIRAS DA CORPORAÇÃO – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR – CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE CRIME DE PECULATO – APENAMENTO CRIMINAL SUFICIENTE PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO – MILITAR QUE SATISFAZ REQUISITOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS À SUA PERMANÊNCIA NAS FILEIRAS DA CORPORAÇÃO – FATO ISOLADO NA VIDA DO MILITAR – COMPORTAMENTO COM ULTERIOR IRREPREENSÍVEL – RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO – IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

Ao examinar a conveniência da permanência ou não do Representado na Corporação Militar, deve-se analisar não só o crime praticado, mas todos os elementos que envolvam a conduta, antecedentes, postura ao longo do exercício da carreira, bem como os reflexos da manutenção na Instituição.

O desvio de 05 litros de combustível, é fato isolado na vida do militar e representa ilícito de pequena repercussão diante de sua Corporação e perante a sociedade civil. A punição criminal como meio de repressão do ilícito e prevenção a novas condutas criminosas é suficiente face ao desvalor de sua conduta, de maneira que estender os efeitos para a vida profissional e consequentemente, pessoal do representado, extrapolaria a medida do justo, considerando os reflexos no psique do policial militar, bem como na família e comunidade em que está inserido, acarretando prejuízo de tamanha grandeza a ferir a dignidade da pessoa humana. O delito foi cometido no ano de 2006, e, desde então, mesmo após a condenação, foi permitido ao condenado permanecer nas fileiras da corporação, sem notícias do cometimento de outras infrações penais ou administrativas, demonstrando a sua capacidade de recuperar o seu conceito tanto no meio social quanto entre seus pares. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar improcedente a representação criminal. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de representação pela perda da graduação de praça ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de Odair Benedito da Silva, objetivando a declaração de incapacidade do réu de permanecer nas fileiras da corporação militar e da perda de sua gradação, com a consequente exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Sustenta, em síntese, que o requerido praticou conduta incompatível com sua função, em razão de condenação em ação penal militar pelo crime de peculato, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão no regime inicial semiaberto.

Argumenta que com tal conduta, o requerido afetou a honra, o pundonor militar e até mesmo o decoro dos policiais militares, violando o art. 26 da Lei Complementar nº 53/90 (Estatuto das Corporações Militares Estaduais de Mato Grosso do Sul)

Juntou documentos às f. 27-51.

O Comandante da Polícia Militar informou às f. 71-78, que o requerido está na ativa desde 1997, ocupando o posto/graduação de Cabo de Polícia Militar.

O representado apresentou defesa às f. 104-117, instruída com os documentos de f. 119-156, combatendo integralmente as argumentações da acusação, requerendo a improcedência da representação.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de representação pela perda da graduação de praça ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de Odair Benedito da Silva, objetivando a declaração de incapacidade do réu de permanecer nas fileiras da corporação militar e da perda de sua gradação, com a consequente exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

O recurso deve ser improvido.

Ao examinar a conveniência da permanência ou não do representado na Corporação Militar, deve-se analisar não só o crime praticado, mas todos os elementos que envolvam a conduta, antecedentes, postura ao longo do exercício da carreira, bem como os reflexos da manutenção na Instituição.

Da análise dos elementos coligidos nos autos, conclui-se que a conduta praticada pelo requerido é reprovável, todavia, a expulsão dos quadros da Polícia Militar Estadual mostra-se medida exacerbada, desproporcional à gravidade da conduta criminosa cometida, mormente por ser fato isolado na carreira funcional do representado, conforme se comprova das certidões de antecedentes criminais de f. 66-70 e 79-80, bem como da certidão de não haver sofrido punição no exercício da função à f. 78.

Além disso, é integrante da carreira desde 1997, contando com 14 elogios ao longo do exercício da função, segundo consta dos documentos de f. 71-77, havendo recebido a Medalha Tiradentes do Governador do Estado no ano de 2002 (f.141).

É policial atuante, participativo em vários cursos (f. 152-156), de maneira que suas qualidades pessoais no seio da Corporação Militar de que faz parte, há de ser considerada.

Cabe ao julgador analisar os fatos pautado na razoabilidade e, no caso, a punição criminal como meio de repressão do ilícito e prevenção a novas condutas criminosas é suficiente face ao desvalor de

sua conduta, de maneira que estender os efeitos para a vida profissional e consequentemente, pessoal do representado extrapolaria a medida do justo, considerando os reflexos no *psique* do policial militar, vez que por vezes, vê ser aplicado o princípio da insignificância em condutas similares praticadas por pessoas comuns ou criminosos contumazes, bem como as consequências na família e comunidade em que está inserido, acarretariam prejuízo de tamanha grandeza a ferir a dignidade da pessoa humana.

Devo ainda consignar que o delito foi cometido no ano de 2006, e, desde então, mesmo após a condenação, foi permitido ao condenado permanecer nas fileiras da corporação, sem notícias do cometimento de outras infrações penais ou administrativas, demonstrando a sua capacidade de recuperar o seu conceito tanto no meio social quanto entre seus pares.

Neste sentido tem decidido esta Corte:

> *REPRESENTAÇÃO CRIMINAL - PERDA DE GRADUAÇÃO DE PRAÇA E EXCLUSÃO DAS FILEIRAS MILITARES - DESPROPORÇÃO DA MEDIDA - FATO CRIMINOSO QUE CONSTITUI INEDITISMO NA VIDA DO REQUERIDO - INDEFERIMENTO. A prática de peculato, a toda evidencia, fere a imagem da Corporação Policial Militar, além de causar perplexidade na população que, por sua vez, espera de seus membros proteção e segurança.* ***Todavia, se do exame das circunstâncias do caso in concreto o fato constitui um único e infeliz erro do militar e a pena privativa de liberdade, em regime semiaberto, fez surtir os efeitos esperados, a exclusão da tropa constitui medida desproporcional à gravidade da conduta praticada. Representação Criminal que se julga improcedente, ante a não caracterização da incompatibilidade para o exercício da função estatal.*** **(**Relator(a): Des. Carlos Eduardo Contar; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 29/08/2013; Data de registro: 15/05/2014).
>
> *REPRESENTAÇÃO PELA PERDA DA GRADUAÇÃO DE PRAÇA - PRELIMINARES DE ORDEM PROCESSUAL - REJEITADAS - MÉRITO - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE PECULATO (ART. 303, DO CPM) - MILITAR SEMI-IMPUTÁVEL E REFORMADO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO OU INDIGNIDADE O IMPROCEDÊNCIA. "O Ministério Público tem legitimidade para defender a ordem jurídica, onde se inclui promover a ação penal pública e sua execução que compreende os efeitos da condenação e a imposição de penas restritivas de direito, além de medidas assecuratórias, de segurança etc...* (TJMS. Declaração de Perda do Posto e Patente dos Oficiais e Grad. Praças - N. 2008.022350-9/0000-00 - Campo Grande. Relator: Des. Gilberto da Silva Castro,. Primeira Turma Criminal. J.18/11/2008. Publicação: DJMS 1881, de 09/01/2009)". *Afasta-se a preliminar de carência da ação por ausência de interesse processual, pois o representado ainda pertence ao quadro da PM/MS, na condição de reformado e a presente ação tem como escopo a sua exclusão.* ***O contexto fático dos autos aponta que não se mostra razoável afirmar que o fato delituoso cometido pelo representado acarretou repercussão para a corporação militar no meio social, uma ofensa de tal proporção a ponto de torná-lo indigno de ali permanecer, sendo desproporcional a aplicação de tal sanção.*** (Relator(a): Des. Manoel Mendes Carli; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador; 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 21/10/2013; Data de registro; 04/12/2013) - g.n.

O fato que ensejou o presente procedimento não se cuida de infração grave, nem tampouco hedionda, pelo contrário, embora lamentável a ocorrência em se tratando de policial militar, agente público, a ofensividade da conduta é pequena de modo que não se pode dizer que trouxe maiores consequências, seja no âmbito da Corporação, seja frente à sociedade civil.

Dos fatos narrados, inexistem elementos que indiquem a sua indignidade, mormente quando a pena aplicada se mostra suficiente para a punição do militar e este não demonstra postura vocacionada para a prática de infrações penais.

Diante do exposto, julgo improcedente a representação criminal da douta Procuradoria de Justiça, assegurando a manutenção do representado nas fileiras da Corporação da Polícia Militar deste Estado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente a representação criminal. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0011302-25.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INJÚRIA RACIAL – ART. 140 § 3º CP – RECURSO DEFENSIVO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DOLO DE INJURIAR COMPROVADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA DESACATO – INVIABILIDADE – OFENSAS PROFERIDAS EM RAZÃO DA COR/RAÇA – IMPROVIMENTO.

Se o conjunto probatório, especialmente a palavra firme e convincente do ofendido, respaldada por oitiva testemunhal, evidencia o *animus injuriandi*, pelas palavras proferidas pejorativas e preconceituosas relativas à raça e à cor deste, a condenação é medida impositiva, não havendo se falar em desclassificação do delito para desacato, uma vez que as ofensas não decorreram em razão da função de policial militar que a vítima exercia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação criminal interposta por Silvana Florentino Vieira contra a sentença de f. 97-100 que a condenou como incursa no crime do art. 140, § 3º c/c art. 141, II, ambos do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída pro duas restritivas de direitos e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Em suas razões recursais às f. 111-114 requer sua absolvição por insuficiência de provas ou desclassificação da conduta para o crime de desacato à autoridade.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual às f. 116-121, pelo improvimento do recurso interposto.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 127-133, no mesmo sentido

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Silvana Florentino Vieira contra a sentença de f. 97-100 que a condenou como incursa no crime do art. 140, § 3º c/c art. 141, II, ambos do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída pro duas restritivas de direitos e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Requer sua absolvição por insuficiência de provas ou desclassificação da conduta para o crime de desacato à autoridade.

A materialidade e autoria restaram demonstradas pelo auto de prisão em flagrante (f. 04-05); boletim de ocorrência (f. 20-21, 22-23) e oitiva testemunhal.

Ao ser interrogada perante a autoridade policial (f. 11), Silvana nega os fatos, dizendo que apenas aproximou-se para ver porque um amigo dela teria sido detido por policiais militares e que o "*policial de cor negra gritou com a declarante para que fosse embora e se retirasse do local",* e que apenas teria dito que se tratava de abuso de autoridade.

A vítima, o policial militar Josemar Batista de Souza, ao prestar depoimento na delegacia (f.06.07), disse que com sua guarnição foram prestar apoio a outros colegas que faziam abordagem num posto de gasolina onde havia várias pessoas ingerindo bebida alcoólica e cometendo ilícitos. Que aproximou-se dele a acusada Silvana , alegando saber o que estava acontecendo, sendo solicitado que ela se retirasse e que esta passou a injuriar os policiais, alegando que dirigia embriagada e que não era detida porque era mulher, pois a polícia não prendia mulheres. Nesse momento foi solicitado novamente que se afastasse, pois estaria obstruindo o serviço policial, uma vez que estavam efetuando a detenção de um amigo dela embriagado. Que a acusada persistia em dizer que se tratava de abuso policial e completou dizendo *"Depois que a gente fala da cor, acha ruim, e ainda quer prender porque está fardado",* momento em que lhe foi dado voz de prisão.

Em juízo, a vítima Josemar reiteira de forma harmoniosa e coerente o depoimento prestado na fase extrajudicial. Que realmente Silvana falou que "*depois que a gente fala da cor, acha ruim e só porque tá fardado acha que pode prender os outros*".

A testemunha judicial, PM Rodrigo da Silva, que presenciou o fato, corrobora o depoimento prestado pela vítima, que quando Silvana falou "*depois que a gente fala da cor, acha ruim*" para Josemar e ouviu ela falando isso.

A testemunha Maria Aparecidade de Abreu, amiga da acusada, ao prestar depoimento em juízo, diz que estava no local, mas não ouviu Silvana proferir ofensa ao policial vítima. Fala que Silvana foi defender o amigo que estava sendo preso e quando viu ela já estava sendo colocada no camburão. Portanto, não presenciou os fatos e não pode afirmar se ela proferiu a ofensa à vítima ou não.

A testemunha judicial Diones de Melo Batista, amigo da acusada, diz que estava perto do local onde ocorreram os fatos. Afirma que ouviu ela perguntando o que havia ocorrido com o rapaz que estava sendo detido e que o policial mandou ela sair. Logo em seguida já viu ela sendo colocada dentro do camburão e não sabe dizer porque disso. Diz que não ouviu ela proferir ofensa racial ao policial e que ela foi detida por nada. Diz que estava numa distância de cerca de seis metros da acusada.

Interrogada, Silvana, nega ter proferido ofensa racial, acreditando que somente teria desacatado os policiais porque atrapalharia o procedimento deles. Que no momento estava embriagada. Ao ser indagada pelo magistro se seria de cor, diz que acredita ser da cor parda.

O crime de injúria é aquele que "*macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesmo*"[1].

E sobre o delito de injúria qualificada ou racial, prevista no art. 140, §3º, do CP, Guilherme de Souza Nucci, ainda discorre que:

> *"Esta figura típica foi introduzida pela Lei n. 9.459/97 com a finalidade de evitar as constantes absolvições que vinham ocorrendo de pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei n. 7.716/89 (discriminação racial), porque não estavam praticando atos de segregação. Acabam, quando muito, respondendo por injúria - a figura do caput deste artigo - quando eram absolvidas por dizerem que estavam apenas expondo sua opinião acerca de determinado assunto. Assim, aquele que, atualmente, dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial, não podendo alegar que houve uma injúria simples, nem tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo 'judeu é corrupto' ou que 'negros são desonestos'), uma vez que há limite para tal liberdade. Não se pode acolher a liberdade que fira direito alheio, que é, no caso, o direito à honra subjetiva. Do mesmo modo, quem simplesmente dirigir a terceiro palavras referentes a 'raça', 'cor', 'etnia', 'religião' ou 'origem', com o intuito de ofender, responderá por injúria racial ou qualificada."* [2]

Assim, pelo conjunto probatório amealhado, especialmente a palavra firme e convincente da vítima em ambas as fases procedimentais, respaldada por oitiva testemunhal, tendo como devidamente comprovado que a apelante Silvana ofendeu a dignidade e o decoro da vítima Josemar por meio de elementos referentes a sua raça e cor, com a intenção de atingir-lhes a honra subjetiva, restando caracterizada a prática do crime de injúria racial ou preconceituosa.

Em que pese a acusada afirmar que não tinha o dolo específico de injuriar ou ofender a vítima, pois estavam no calor de uma discussão, tenho que não merece acolhida tal tese, posto que nitidamente demonstrando o *animus injuriandi,* pelas palavras proferidas pejorativas e preconceituosas relativas à raça e à cor do ofendido, situação que restou devidamente demonstrada nos autos.

Registre-se que o fato de a acusada ter ingerido bebida alcoólica voluntariamente e de estar irritada e com os ânimos exaltados no momento dos fatos, não retira o dolo de injuriar, sendo certo que os cidadãos não podem, quando contrariados, ofender a dignidade ou o decoro de outras pessoas, como no caso em apreço.

Ressalte-se que totalmente incabível a desclassificação para desacato à autoridade, posto que nitidamente demonstrado o dolo de ofender em razão da raça e cor e não da função de policial que a vítima exercia.

A propósito:

> *APELAÇÃO CRIMINAL. INJÚRIA QUALIFICADA OU RACIAL. ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. IMPOSSIBILIDADE. ANIMUS INJURIANDI DESMONSTRADO NOS AUTOS. OFENSAS À DIGNIDADE OU DECORO COM ELEMENTOS RELATIVOS À RAÇA E COR DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, I, DO CP. NECESSIDADE. ACUSADO MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS DE IDADE NA DATA DA SENTENÇA. CONCESSÃO DO SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 77, III, DO CP. Não há falar em absolvição por atipicidade da conduta, ante a ausência de dolo específico, se o animus injuriandi foi devidamente comprovado nos*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.770 e 775-776

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4 ed. São Paulo: RT. p. 471.

autos, tendo o acusado proferido ofensas à vítima que continham elementos relativos à sua raça e cor. Tratando-se de acusado com mais de 70(setenta) anos de idade na data da sentença, mister se faz o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, I, do CP. Impossível a concessão do benefício do sursis se o caso concreto permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme dispõe o art. 77, III, do CP. (TJMG; APCR 1.0240.14.000257-9/001; Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo; Julg. 07/10/2015; DJEMG 16/10/2015)

APELAÇÃO CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA DESCRITA NA INICIAL. MUTATIO LIBELI. INOCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE COM A REPRIMENDA CORPORAL. 1. Comprovado nos autos que foram proferidos insultos por meio de expressão pejorativa referente à raça do ofendido, com o intuito de ofender a sua honra subjetiva, resta caracterizado o crime de injúria qualificada previsto no § 3º do art. 140 do CP. 2. Não há falar em absolvição por ausência de dolo sob o argumento de estar o acusado embriagado, porquanto na hipótese de ingerir bebida voluntariamente não se encontra afastada a imputabilidade, conforme expressamente dispõe o art. 28, II, do CP. 3. Não há falar em mutatio libelli quando não houve alteração da definição jurídica dos fatos por circunstâncias não descritas na denúncia. 4. A pena de multa deve ser fixada de forma proporcional á reprimenda corporal. (TJMG; APCR 1.0559.09.006240-2/001; Rel. Des. Eduardo Machado; Julg. 06/10/2015; DJEMG 14/10/2015)

Apelação crime. Porte ilegal de munição de arma de fogo, injúria racial e resistência. Preliminar de inconstitucionalidade da Lei de armas rejeitada. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas. Atipicidade por ausência de perigo concreto do porte de munição. Provimento. Conduta incapaz de gerar perigo. Princípio da proporcionalidade. Absolvição que se impõe. Desclassificação da injúria racial para injúria simples. Inviabilidade. Utilizados termos relativos à raça e cor do policial ofendido. Apenamento. Redução da pena carcerária. Acolhimento. Isenção da multa. Impossibilidade. Sanção prevista cumulativamente com a carcerária, conforme artigos de Lei infringidos, contudo necessária sua redução. Recurso defensivo parcialmente provido. (TJRS; ACr 0105711-62.2015.8.21.7000; Alvorada; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Newton Brasil de Leão; Julg. 23/07/2015; DJERS 10/08/2015)

Sendo assim, no caso em tela, presente o *animus injuriandi*, vez que a intenção de ofender a dignidade ou o decoro da vítima, restou clara nos autos, mantendo-se a condenação nos moldes da sentença prolatada.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto, mantendo inalterada a sentença combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso. Decisão com o parecer.

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, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0028695-63.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – GUARDA MUNICIPAL – AÇÃO ANTERIOR AO ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS – INFORMAÇÃO SOBRE TRÁFICO DE DROGAS – ORIENTAÇÃO PARA ENCONTRO – POSTERIOR ABORDAGEM E PRISÃO DE TRAFICANTE – PRÁTICA DE ATOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA – ILEGALIDADE DA PRISÃO – PROVA ILÍCITA – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Guarda municipal não detém poder de policial judiciária, não podendo efetivar diligências e investigação que terminam em prisão de traficante em flagrante, devido a informação anteriores, sendo que a agente somente foi abordada devido a orientação dada a usuária de marcar encontro para a entrega da droga, culminando em prisão ilegal e prova ilícita.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação criminal (f. 222-229) interposta por Andréia Cardoso Nogueira, condenada pela prática de tráfico de drogas, à prática de 6 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 620 dias-multa (f. 194-209).

Para tanto, entende que deve haver a desclassificação do delito, pois é mera usuária de drogas ou, ainda, houve o uso compartilhado de droga com Gleice Kelli, delitos de menor potencial ofensivo. Pugna pelo provimento de seu apelo.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f. 231-237) e Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.246-251) pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal (f. 222-229) interposta por Andréia Cardoso Nogueira, condenada pela prática de tráfico de drogas, à prática de 6 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 620 dias-multa (f. 194-209).

Versa o apelo sobre a desclassificação do delito.

Contudo, em análise da descoberta da droga com Andréia verifico que a mesma foi feita de forma ilícita em diligência realizada por guarda municipal, que não tem poder de polícia, ou seja, não poderia ter feito diligência para atender telefone de usuário de drogas, se deslocar para outro local e prender traficante, uma vez que o fato ocorreu antes da vigência do Estatuto Geral das Guardas Municipais, de 8 de agosto de 2014.

Verifica-se que guardas municipais de Campo Grande-MS flagraram, em 27 de julho de 2014**,** Gleice Kelli Pessoa Lopes, fazendo uso de drogas em via pública, mais especificamente na Orla Ferroviária de Campo Grande-MS.

De acordo com o depoimento do guarda municipal Rafael Antônio de Araujo, na fase policial (f. 11-12):

> *"Gleice informou ter acabado de adquirir droga de uma pessoa de prenome Andrea, qual era conhecida por permanecer na região da antiga rodoviária fornecendo substância entorpecente, do tipo pasta-base de cocaína. O depoente relata que durante a abordagem, Andréia efetuou ligação telefônica para Gleice informando que estaria de posse da droga para fornecimento, razão pela qual o depoente orientou a Gleice a marcar encontro com Andréia próximo ao 'Gugu' lanches, tendo Gleice se dirigido para tal local, em companhia do depoente. No aludido local, o depoente e seus companheiros de guarda abordaram a Andréia, sendo realizada revista pessoal pela guarda Michelle, ocasião em que foi localizada na parte de trás do interior da calça de Andréia três trouxinhas de pasta-base de cocaína, sendo que a droga estava embalada em sacola de cor branca. O depoente informa que Andréia, na ocasião confirmou trazer consigo a droga para fins de comercialização e acresceu que um indivíduo de prenome Bira, residente nas proximidades da Vila Nhá Nhá, mas que ante residia na Ernesto Geisel forneça droga para a mesma [...] acrescenta que Andréia relatou que, além da mesma, havia um adolescente de prenome Douglas, que revendia droga para o Bira na região da rodoviária antiga ea da orla ferroviária [...] Momentos após ter abordado Andréia o depoente visualizou Douglas bem em frente ao Gugu Lanches, razão pela qual foi abordado e com o menor foi localizado uma trouxinha inteira de pasta-base de cocaína"*

Em juízo, Rafael narrou que Gleice Kelli era usuária conhecida e foi detida fazendo uso de drogas e indagada onde comprou, a mesma afirmou que havia comprado de Andréia e Gleice Kelli se prontificou a mostrar onde a apelante estava. Disse que foram até o local e Andréia estava com outros usuários, sendo abordada e encontrada com ela os papelotes. Disse que foi chamado pelo Dr. Rodrigo, Delegado da Denar para "*dar um tempo nas prisões de tráfico",* pois estavam em investigações que envolviam o Bira, não estando mais atrás disso. Afirmou que Andréia era conhecida.

O guarda-municipal Marcelo Soares de Freitas, na fase policial, narrou que (f.13):

> *Se encontrava realizando patrulhamento a fim de guarnecer o patrimônio público da região central da cidade quando foi avistada uma pessoa, após identificada como sendo Gleice Kelli Pessoa Lopes, na orla ferroviária fazendo uso de droga em via pública. O depoente se encontrava em companhia do condutor/1ª testemunha, porém se encontrava na viatura GM03, onde também se encontravam outros dois guardas municipais, são eles: Pizani e Michele, sendo que a Gleice foi aborda e, na ocasião, se desfez da droga [...]*

Gleice informou ter acabado de adquirira droga de uma pessoa de prenome Andréia, a qual era conhecida por permanecer na região da antiga rodoviária fornecendo substância entorpecente, do tipo pasta-base de cocaína. O depoente relata que durante a abordagem, Andréia efetuou ligação telefônica para Gleice informando que estaria de posse da droga para fornecimento, razão pela qual o depoente orientou a Gleice a marcar encontro com Andréia próximo ao 'Gugu' lanches, tendo Gleice se dirigido para tal local. No aludido local, o depoente e seus companheiros de guarda abordaram a Andréia, sendo realizada revista pessoal pela guarda Michelle, ocasião em que foi localizada na parte de trás do interior da calça de Andréia três trouxinhas de pasta-base de cocaína, sendo que a droga estava embalada em sacola de cor branca".

Em juízo, Marcelo afirmou que em ronda pelo Pontilhão da Maracaju abordaram Gleice Kelli, fazendo uso de drogas e esta disse que havia comprado droga de Andréia se prontificando a mostrar onde a mesma estava. Disse que foi até o local onde estava Andréia e outros usuários de drogas e com a apelante foi encontrada a droga. Narrou que Andréia e Douglas trabalhavam para BIRA e dias depois o pessoal da Denar pediu "*para gente segurar".*

Verifico no Sistema Integrado de Gestão Operacional -Sigo, Registro 9759/2014, que além de Andréia, no dia dos fatos, somente houve abordagem de Douglas, o menor infrator.

De acordo com a Lei Municipal 4.520, de 19 de setembro de 2007, compete à Guarda Municipal de Campo Grande-MS:

Art. 2º Compete à Guarda Municipal planejar, coordenar e desenvolver as seguintes atividades:

I - proteger os bens, serviços e instalações do Município, visando prevenir a ocorrência de atos ilícitos, danos, vandalismo e sinistros, mediante vigilância:

a) dos bens de uso comum do povo, assim entendidos as praças, os parques, os jardins, os monumentos e quaisquer outros bens de domínio público municipal;

b) das escolas, das unidades de saúde, dos ceinfs, dos museus e dos prédios utilizados na prestação de serviços públicos pela Administração Municipal;

c) das áreas de preservação do patrimônio natural do Município, para proteção e conservação do meio ambiente e defesa da fauna e da flora; II - fiscalizar a utilização adequada dos parques, jardins, praças, cemitérios, mercados públicos e feiras-livres, além de outras atividades voltadas para o bem-estar dos munícipes;

III - prestar apoio às atividades dos agentes de fiscalização de posturas e dos serviços prestados nos mercados públicos e nas feiras-livres;

IV - realizar o monitoramento dos prédios ocupados por órgãos, entidades e serviços da Prefeitura Municipal, mediante utilização de meios eletrônicos;

V - planejar e executar os serviços de vigilância ostensiva e preventiva, visando assegurar a proteção dos bens públicos municipais e o cumprimento da lei;

VI - implementar ações e operações de defesa civil no território do Município de Campo Grande, especialmente, nas situações de calamidade pública e ocorrências de sinistros que importem em danos a bens e pessoas;

VII - organizar, coordenar e executar, por determinação do Prefeito Municipal, a segurança de autoridades municipais e de dignitários em visita à cidade de Campo Grande;

> *VIII - apoiar, quando solicitado e autorizado pelo Prefeito Municipal, os órgãos de segurança pública federal e estadual, dentro de suas atribuições específicas, no território do Município de Campo Grande;*
>
> *IX - colaborar com campanhas de interesse público e demais atividades de órgãos e entidades municipais no desenvolvimento de trabalhos correlatos com a missão da Guarda Municipal.*

A Lei Municipal 4.520/2007 está em consonância com o artigo 144, da Constituição Federal , ou seja: a) a Guarda Municipal é destinada à proteção e bens e serviços do Município, b) a Guarda Municipal não tem poder de polícia.

Diante da legislação vigente, a Guarda Municipal, como qualquer pessoa, pode realizar prisões no caso de flagrante delito, conforme autorização do artigo 301, do Código de Processo Penal - *"Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".*

Aliás:

> *"Embora a Guarda Municipal não possua a atribuição de polícia ostensiva, mas apenas aquelas previstas no art. 144, § 8o. da Constituição da República, sendo o delito de natureza permanente, pode ela efetuar a prisão em flagrante e a apreensão de objetos do crime que se encontrem na posse do agente infrator, nos termos do art. 301 do CPP.* (STJ. HC 109.592/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/02/2010, DJe 29/03/2010)"

Contudo, a Guarda Municipal, por não ter poder polícia, não pode realizar rondas, campanas, diligências e investigação criminal, muito menos determinar encontro com pessoa portando droga, para abordá-la, sem nenhum pretexto e achar a droga, já sabendo de antemão que a mesma estava com o entorpecente, pois houve a orientação dos guardas municipais para que Gleice Kelli pedisse para Andréia levar a droga para as proximidades do Gugu Lanches.

Ora, tendo os policiais abordado Gleice Kelli, sabendo que Andréia fornecia droga para a mesma deveria ter levado a usuária para a Denar ou acionado a polícia militar ou a polícia civil.

Verifica-se que a Guarda Municipal tinha como objetivo, naquele dia, guarnecer o patrimônio público da região central de Campo Grande-MS e, por acaso, flagrou Gleice Kelli, usando drogas, sendo que o desdobramento posterior, qual seja, a prisão de Andréia, se deu de forma ilícita, uma vez que os guardas municipais não foram na região da lanchonete Gugu Lanches guarnecer o patrimônio público, mas sim, especificamente a procura de Andréia, somente para abordá-la, sem motivos, pois já sabiam que a mesma portava droga, o que afasta a aplicação do artigo 301, do Código de Processo Penal.

Sem referida informação, não existia o mínimo indício de que Andréia estava com os papelotes de pasta-base de cocaína.

Tal investigação criminal compete à polícia, conforme artigo 144, da Constituição Federal.

Aliás:

> *AÇÃO PENAL. ENTORPECENTE. Ação policial efetivada por Guarda Municipal que recebe informação sobre eventual crime de tráfico e pratica atos de polícia judiciária. Investigação e prisão. Nulidade da ação policial. Guarda Municipal não detém poderes*

para realização de investigação. Absolvição decretada. (TJSP; APL 990.08.172086-8; Ac. 4445967; Tatuí; Segunda Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Almeida Sampaio; Julg. 22/03/2010; DJESP 09/06/2010) Grifo nosso

AÇÃO PENAL. ROUBO. GUARDA MUNICIPAL. ILEGALIDADE DA PRISÃO. Impedimento constitucional da Guarda Municipal realizar atos de investigação. Apelo provido para absolver o réu. (TJSP; APL 990.09.186464-1; Ac. 4272127; São Paulo; Segunda Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Almeida Sampaio; Julg. 14/12/2009; DJESP 07/04/2010) Grifo nosso

A Guarda Municipal não tem competência para realizar ronda ostensiva e abordar veículo para realizar fiscalização neles, visto que esta conduta é de competência exclusiva das polícias, como determina o art. 144 da Constituição Federal. (TJMS; ACr-Recl 2011.012492-6/0000-00; Dourados; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJEMS 04/07/2011; Pág. 24). Grifo nosso

Guarda Municipal competência definida no artigo 144, § 8º da Constituição da República e confinada à proteção de bens, serviços e instalações da Municipalidade detenção de cadeirante poder de polícia inexistente. Desvio de finalidade vias de fato, maus tratos e imperícia na condução do detido à Delegacia de Polícia. Ofendido que, por sua condição de tetraplégico, se faz detentor de proteção integral e prioridade absoluta. Dano extrapatrimonial configurado sentença reformada recurso de apelação do autor provido, negado provimento ao da autora. (TJSP; APL 0013719-86.2012.8.26.0565; Ac. 8024850; São Caetano do Sul; Décima Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Souza Meirelles; Julg. 12/11/2014; DJESP 18/12/2014). Grifo nosso

Porte ilegal de arma de fogo e dano qualificado Sentença que absolveu o acusado quanto ao crime de porte de arma, considerando a ilegalidade da apreensão da peça, decorrente de busca realizada por guarda municipal Recurso da acusação que busca a condenação Impossibilidade Situação de flagrância não configurada Arma localizada no interior do carro do réu após perseguição por conta de fiscalização de transporte ilegal de passageiros Ilegalidade da busca Apreensão que ocorreu de forma fortuita Presença de policiais militares no local dos fatos que não legitima a busca Crime de dano qualificado Dolo não demonstrado Absolvição mantida Recurso não provido Extinção da punibilidade decretada pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva entre o recebimento da denúncia e o julgamento que ora se realiza (observada a sentença absolutória mantida). (TJSP; APL 9000012-12.2005.8.26.0477; Ac. 6777464; Praia Grande; Segunda Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Ivo de Almeida; Julg. 03/06/2013; DJESP 10/06/2013). Grifo nosso

APELAÇÃO-CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA. RÉU DENUNCIADO COMO INCURSO NO ART. 14 DA LEI 10.862. PROVA ILÍCITA. ALEGAÇÃO DO APELANTE DE QUE OS INDÍCIOS QUE SUSTENTAM A CONDENAÇÃO DERIVAM DE PROVA ILÍCITA. GUARDA MUNICIAL EXCEDE COMPETÊNCIA REALIZANDO BUSCA PESSOAL MESMO SEM HAVER FLAGRANTE DELITO. RECURSO PROVIDO 1. No caso em tela o que observamos é diligência de guarda municipal em realizar busca pessoal no acusado, o que levou à prisão em flagrante deste. Questiona-se se tal prática excede a constitucionalmente atribuída competência da guarda municipal ou se trata de ação legalmente aparada pelo caso excepcional do flagrante delito. 2. Ocorre que a busca pessoal realizada pela guarda municipal, embora frutífera em encontrar arma de fogo na posse do acusado, se deu sem que houvesse fundada suspeita ou certeza visual de que o acusado estivesse a praticar delito. Dessa sorte, tal abordagem se deu em descompasso ao disposto no art. 144 da Constituição Federal, sendo prática ilícita, e, por assim ser, consequentemente, apenas capaz de gerar prova ilícita. 3. Não houve a prisão em flagrante e depois a busca pessoal com a apreensão da arma, mas, ao contrário, primeiro houve a revista pessoal e apreensão da arma e, posteriormente, a prisão em flagrante - inclusive

> *porque nenhum dos guardas municipais perseguia o réu em razão de prática de ilícito, mas apenas "desconfiaram" do mesmo e em razão de tal desconfiança houve a busca pessoal com apreensão da arma na mochila daquele, que, então, gerou a prisão em flagrante do acusado por portar ilegalmente arma de fogo. 4. Acertado afirmar que guarda municipal, a teor do disposto no § 8º, do art. 144, da Constituição Federal, tem como tarefa precípua a proteção do patrimônio do município, limitação que não exclui nem retira de seus integrantes a condição de agentes da autoridade, legitimados, dentro do princípio de autodefesa da sociedade, a fazer cessar eventual prática criminosa, prendendo quem se encontra em flagrante delito, como de resto facultado a qualquer um do povo pela norma do art. 301 do Código do Processo Penal. Contudo, no caso em tela não houve atuação em defesa da sociedade para fazer cessar eventual prática criminosa, mas sim busca pessoal imotivada. 5. se toda a prova reunida no processo e que deu sustentação à procedência da acusação, foi obtida mediante infração a normas de natureza constitucional e processual, essa ilicitude torna o conjunto probatório inutilizável, decorrendo daí a necessidade de absolvição do apelante, senão a restrição constitucional da prova ilícita de nada valeria*. (TJ-PR , Relator: Wellington Emanuel C de Moura, Data de Julgamento: 22/03/2012, 2ª Câmara Criminal) Grifo nosso

Observa-se ainda que dispõe o art. 144, § 8º, da Constituição Federal que *"§ 8º - Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei"*, o que deixa claro que a Guarda municipal não tem função de polícia.

Esclarece Uadi Lammêgo Bulos[1] que é "*a polícia judiciária, que empreende tarefas investigatórias, para apuração dos delitos penais, fornecendo ao Ministério Público os elementos necessários à repressão das condutas criminosas , através da ação penal pública*"

Acresce referido doutrinador que o § 8º do artigo 144 da Constituição Federal "*permite aos municípios criarem guardas municipais , às quais não competem atribuições da polícia judiciária, nem da polícia ostensiva. Cabe á guarda municipal realizar o policiamento administrativo da cidade para proteger o patrimônio público*[2]"

Nesse sentido, destaco trecho do voto do Desembargador Palma Bisson, do E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da ADIN n° 147.983-0/8-00:

> *"Guarda municipal não é órgão policial e nem detém atribuição que tal. Tanto é assim, que José Afonso da Silva incisivamente garante haverem os constituintes recusado 'várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária. A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí certamente está uma área que é de segurança: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais,, mas não é de polícia ostensiva, que é função exclusiva da Polícia Militar" (ob. cit., pág. 781 e seguinte)"* (In:TJSP; APL 0013236-28.2010.8.26.0597; Ac. 6658140; Sertãozinho; Quarta Câmara de Direito Público; Relª Desª Ana Luiza Liarte; Julg. 08/04/2013; DJESP 23/04/2013) .

Mais recentemente, o Des. Newton Neves, relator do Agravo de Execução Penal nº 0053592-71.2014.8.26.0000 do TJSP, rememorou em seu voto doutrina sobre a questão do exercício de poder de polícia por guardas municipais:

1 BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.1.175.

2 Op,cit., p.1.180

> *"E mais: 'As guardas municipais escrevem dois estudiosos da matéria só podem existir se destinadas à proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Não lhes cabem, portanto, os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, e da Polícia Judiciária e de apuração das infrações penais. Aliás, essas competências foram essencialmente atribuídas à polícia militar e à polícia civil' (Lesley Gasparini Leite e Diógenes Gasparini, Guarda municipal criação e implementação Constituição Federal Constituição Estadual Lei orgânica do Município, in Boletim de Direito Municipal, ano IV, n.º 3, pág. 203)."* (TJ-SP . Agravo de Execução Penal nº 0053592-71.2014.8.26.0000. Registro: 2014.0000749942. Relator: Newton Neves, Data de Julgamento: 18/11/2014, 16ª Câmara de Direito Criminal)

No caso concreto, guardas municipais agiram como polícia ostensiva ao realizarem ronda e revistarem a apelante , sem que a mesma estivesse cometendo nenhum crime, pois já sabiam previamente que a mesma portava drogas.

Agiram também como polícia judiciária, indagando a usuária sobre quem vendia a droga, determinando encontro com a traficante para a prisão em flagrante.

O fato da Guarda Municipal estar orientado encontro com traficante não a exonera do dever de observar os limites impostos pelo artigo 144, da Constituição Federal.

No caso, houve o flagrante preparado, uma vez que não havia razão para os guardas municipais abordarem Andréia e só fizeram porque , de acordo com o exposto no inquérito, tinham a informação prévia de que a mesma transportava a droga.

Vale dizer, para revistar Andréia os guardas municipais deveriam ter visto a mesma com a droga e não ao contrário.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso interposto por Andréia Cardoso Nogueira, em maior extensão, para absolvê-la, da imputação constante na denúncia, com fundamento no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

Sendo porventura este o voto vencedor e transitado em julgado o acórdão, cabe ao juiz *a quo* a aplicação do artigo 157, § 3º, do Código de Processo Penal.

Expeça-se o alvará de soltura, se por *al* não estiver presa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

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, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000096-57.2014.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relatora Designada Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL EM CONCURSO MATERIAL COM O ARTIGO 244-B DO ECA – ROUBO – PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO – DESCABIMENTO – CORRUPÇÃO DE MENORES – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CRIME FORMAL – PENA-BASE – REDIMENSIONAMENTO – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO ANTE À AUSÊNCIA DE PERÍCIA – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO PARA O MÍNIMO COMINADO – SÚMULA 443 DO STJ – PARCIAL PROVIMENTO.

I. Impõe-se a condenação do agente, quando as provas acostadas no caderno processual são firmes e hábeis quanto a materialidade e autoria do delito de roubo qualificado;

II. Inviável a absolvição do agente pela prática do delito de corrupção de menores, pois de acordo com a Súmula nº 500, do STJ. "*a configuração do crime do artigo 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal*". (Súmula nº 500, terceira seção, julgado em 23/10/2013, dje 28/10/2013, dje 26/06/2013);

III. A pena-base do crime de roubo deve ser reduzida, quando as circunstâncias judiciais desfavoravelmente consideradas estão fundadas em dados inerentes à própria espécie penal ou possuem fundamentação genérica e abstrata;

IV. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da prescindibilidade da perícia na arma de fogo para o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que a utilização da arma reste comprovada por outros meios probatórios, como o ocorrido *in casu*, pelas declarações da vítima;

V. O simples número de causas de aumento (critério quantitativo), é insuficiente para majorar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 (um terço), posto que necessário fundamentação qualitativa em relação a cada uma delas, consoante orientação da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso defensivo, ao qual se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da revisora, vencido o relator, parcialmente. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora Designada

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação interposta por J. G. P. da S. contra a sentença de f. 186-200, que o condenou à pena total de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, como incurso nos artigos 157, § 2º, I e II do Código Penal e 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, em concurso material, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Em suas razões recursais, às f. 220-237, a defesa requer, em síntese: a absolvição com relação ao crime de roubo majorado por insuficiência de provas; a absolvição por atipicidade da conduta com relação ao crime de corrupção de menor; a redução da pena-base; o afastamento da majorante do emprego de arma, bem como a redução do patamar da causa de aumento do § 2º do artigo 157 do Código Penal. Elabora prequestionamento.

Contrarrazões, às f. 240-261 e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 274-291 pelo improvimento do recurso. Elabora prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por J. G. P. da S. contra a sentença de f. 186-200, que o condenou à pena total de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, como incurso nos artigos 157, § 2º, I e II do Código Penal e 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, em concurso material, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Narra a denúncia:

> *"(...) no dia 10 de dezembro de 2013, por volta das 13h40, no estabelecimento comercial denominado Sorveteria Conveniência Paraná, ...(sic), o denunciado, em concurso e unidade de designios com terceiras pessoas (adolescentes L.M.A. e W.H.S.G.)... (sic), subtraiu para si coisa alheia movel de propriedade da vítima A. S. dos S., mediante grave ameaça e violência a pessoa, com emprego de arma...(sic). Segundo se apurou ...(sic) adentraram no citado estabelecimento comercial, onde se encontrava a vítima T. P. R. dos S., filha do proprietário, a qual o acusado anunciou assalto e, mediante ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtrairam das vítimas a importância de R$ 224,10... Ante as circunstâncias, deduz se que o denunciado corrompeu os adolescentes, pois em comunhão com eles, subtraíram coisas alheias móveis pertencentes à vítima (...)"*

Do pedido de absolvição com relação ao crime de roubo

Da análise dos autos, sobressai prova suficiente para a condenação do apelante, senão, vejamos.

A materialidade do delito encontra-se caracterizada pelo Auto de prisão em flagrante de f. 06, boletim de ocorrências, f. 52, Auto de Apreensão f. 56, auto de entrega, às f. 72; 75, bem como pelas provas orais colhidas nos autos.

Na polícia, o apelante, às f. 17-18, declarou que:

> *"(...) estava andando na rua no momento que encontrou os adolescentes L. e W.; que o interrogando estava portando uma arma tipo revolver calibre 22; que o interrogando afirma que estavam andando com os adolescentes nesta cidade, sendo que o interrogando combinou com L. e W. fazer um assalto para levantar dinheiro; que o interrogando afirma*

> *que L. estava com uma pistola de pressão, sendo certo que ao avistarem uma mulher sozinha em um estabelecimento comercial o interrogando decidiu adentrar com os adolescentes L. e W. no estabelecimento comercial, tendo em vista a facilidade encontrada naquele local; que o interrogando afirma que já tinha passado naquele estabelecimento com a finalidade de cuidar o momento certo de entrar; que o interrogando afirma que o menor L. entrou e apontou a arma para a cabeça da vítima, sendo que o interrogando e W. foram até o caixa e subtraíram certa quantia em dinheiro; que o interrogando após praticar o roubo juntamento com os adolescentes L. e W. fugiram de bicicleta; que após a prática do delito o interrogando e seus comparsas foram até o "Bar da Baixinha", sendo que naquele local o interrogando começou a dividir o dinheiro; que o interrogando afirma que com ele ficou a quantia de R$ 160,00 reais, dinheiro este produto do roubo; que com o adolescente L. o interrogando repassou a quantia de R$ 40,00 reais e com o adolescente W. repassou a quantia de R$ 40,00 reais; que o interrogando estava no bar juntamente com seus comparsas momento que policiais militares aboradaram o interrogando e seus comparsas; que o interrogando após ser abordado foi localizado em sua posse a quantia de R$ 160,00 reais, um revolver calibre 22 com 07 munições intactas e um aparelho de telefone celular marca LG (...)".*

Em juízo, conforme sistema áudio visual extraído do SAJ, o apelante, muda a versão dada na fase policial, afirmando, em síntese, que:

> *"(...) confirma o roubo praticado; que os 'moleques' é que chamaram o interrogando para o assalto; que no dia o réu havia fumado maconha; que nega que foi o réu quem convidou os adolescentes para o assalto; que o réu estava com arma, que havia comprado antes do menor; que L. estava com uma pistola de pressão e o W. com a arma, sendo que os dois entraram no estabelecimento, enquanto o réu ficou do lado de fora, nas bicicletas; que os adolescentes já são conhecidos na cidade e foram até internados na UNEI; que L. é o mais alto dentre todos(...)".*

Ocorre que a negativa de autoria, encontra-se dissociada do conjunto probatório, não passando de meras alegações, nos termos do que dispõe o art. 156, do CPP.

Aliás, Eugênio Pacelli de Oliveira[3] doutrina que "*se o acusado prefere oferecer a sua versão dos fatos, esta, a autodefesa ativa, se submeterá ao exame de sua pertinência e validade probatórias, em confronto com os demais elementos de convicção constantes nos autos*".

Assim, a defesa não se desincumbiu de seu ônus.

O adolescente L., na fase investigativa a f. 30, declara :

> *"(...) que estava andando na rua momento em que encontrou com J. e o adolescente W.; que o declarante estava portando uma pistola de pressão; que o declarante estava andando juntamente com L. e W., momento que J. convidou o declarante e W. para fazer um assalto e levantar dinheiro; que o declarante afirma que Junior estava com um revolver calibre 22, sendo certo que J. ao avistar uma mulher sozinha em um estabelecimento comercial chamou e decidiu adentrar no comércio com o declarante e com o adolescente W. no estabelecimento comercial tendo em vista a facilidade encontrada naquele local... (sic); que Junior anunciou o assalto(...)".*

No mesmo sentido, com poucas divergências é o depoimento do menor W., na fase policial a f. 38.

3 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 302.

A vítima, ouvida em juízo a f. 143, foi categórica em imputar a autoria delitiva imputada ao acusado, estando este acompanhado de dois adolescentes (L. e W.). Afirma a vítima, de forma categórica, que reconheceu o réu e os adolescentes, na DEPOL, logo após os fatos, por fotografias. Assevera que não tem dúvidas de que foi o denunciado quem anunciou o assalto e ficou com a vítima, apontando a arma para sua cabeça, pois este assaltante era quem tinha a cor do olhos e a pela mais clara. Que, inclusive, identificou os dois adolescente, posto que um foi até o caixa pegar o dinheiro e o outro, que entrou na casa da vítima, anexa ao estabelecimento comercial, era o mais moreno dentre eles. Menciona em juízo que:

> *"(...) no dia dos fatos estava sozinha no estabelecimento comercial (sorveteria), quando viu os três passando pela frente, olharam e retornaram, passando novamente; que o maior (de idade) entrou apontando a arma e anunciou o assalto; que além dele haviam mais dois adolescentes; que todos os três entraram no estabelecimento comercial; que o réu ficou com a depoente, apontando a arma; que L. pegava o dinheiro e W. entrou na casa da depoente; que pegaram o dinheiro e saíram do local; que a depoente saiu em seguida e viu os três fugindo de bicicleta; que ligou para o seu pai; que na DEPOL reconheceu os três, sem sombra de dúvidas; que quem estava com a pistola de pressão era o réu; que a arma menor (calibre 22) estava com L.; que encerraram as atividades do estabelecimento, em razáo do roubo; que o maior (de idade) tem olho claro e pelo clara; que reconheceu L. porque foi ele quem pegou o dinheiro do caixa; que reconheceu W., pois era o mais moreno (...)".*

A vítima Thaila Poliana, às f. 14-15, afirma:

> *"(...) que reconheceu a pessoa de J. como sendo a pessoa que anunciou o assalto; que após anunciar o assalto a pessoa de J. ficou com a declarante sob sua mira (...)".*

O proprietário do estabelecimento, em juízo, à f. 143, declara:

> *"(...) era por volta das 13:00 horas; que sua filha ligou dizendo que houve assalto; que ligou para Depol e a PM saiu para procurar; que encontraram os três em um bar; que sua filha reconheceu os três na Depol; que sua filha disse que o réu era quem apontava a arma; que o mais moreno entrou na casa e o outro pegou o dinheiro; que em razão do roubo o depoente fechou o seu comércio; que no assalto foi utilizado uma pistola de pressão e uma arma pequena (...)".*

O policial militar Deusdete, em juízo, sistema audiovisual, afirma que:

> *"(...) foram acionados e passaram as características dos assaltantes; que a viatura foi para a região da ZBM; que na frente do bar da baixinha encontrou três pessaos, cujas características coincidiam; que fizeram a abordagem e encontraram com o réu a arma calibre 22 e mais o dinheiro, produto do roubo; que a vítima reconheceu o réu, sem sombra de dúvidas; que os adolescentes já tem passagens; que o réu também é conhecido do meio policial por homicídio, porte de arma de fogo e direção perigosa; que dos três elementos abordados no bar, dois estavam armados (...)".*

Portanto, a alegação da defesa, às f. 230, de que em juízo o apelante J. " *foi claro sobre o fato de que não entrou no estabelecimento, permanecendo na porta, e não utilizou arma de fogo", não encontra respaldo nos autos, pois demonstrada a relevância da conduta de cada um dos autores para a consecução do resultado almejado, mediante comunhão de esforços e divisão de tarefas, incide a majorante do concurso de pessoas. Desta forma, à luz da teoria do domínio funcional do fato, não há se falar em participação de menor importância*. (TJMS; APL 0011543-72.2009.8.12.0002; Dourados; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 10/04/2013; Pág. 53)

Como bem destacado pelo magistrado:

"Portanto, percebe-se que os depoimentos colacionados nos autos, todos corroboram para o veredicto de que o réu, juntamente com os dois adolescentes, entraram no estabelecimento comercial para a prática do crime, caindo por terra a versão do acusado, em juízo, de que apenas ficou do lado de fora da conveniência, enquanto que foram os dois adolescentes que, armados, entraram no local.

Via de consequência, a argumentação defensiva de que as qualificadoras do uso de arma de fogo e concurso de pessoa deve ser afastada, não merece prosperar.

Como se vê, o réu narra versão que não é crível, imputando toda a responsabilidade penal aos adolescentes, o que não se coaduna com as provas produzidas nos autos.

A versão dada pelo réu de que apenas ficou do lado de fora do estabelecimento, sem portar arma de fogo, enquanto os adolescentes praticavam o assalto não é verídica, ante o reconhecimento contundente por parte da vítima, apontando o denunciado como sendo aquele que estava armado e anunciou o assalto, ficando sob sua mira, como se vê de seus depoimentos, tanto na fase policial, quanto em juízo, bem como pelas demais provas orais colhidas.

A vítima, inclusive, menciona que reconheceu o réu na DEPOL, pois a pessoa que anunciou o assalto e ficou com a arma apontada em sua cabeça tinha os olhos claros e a pela clara, sendo que tal característica amolda-se somente à pessoa do denunciado (e não a dos adolescentes, conforme fotografias de f. 35 e 45).

Para arrematar este ponto, tem-se o relatório policial de f. 80, referente ao aparelho celular apreendido com o réu J., constando neste celular que na noite anterior ao crime, o réu enviou mensagem para o aparelho celular 9816-0088, dizendo "amanhã vo faze uma cena" (roubo) e a sua "ferramenta" (arma) ta ai e eu tenho as bala de 22".

Em outra passagem, o réu envia mensagem: "Eae parcero amanha cedo eu vo precisa de vc mulekot liga aki kuando tu acorda leandrinho aki".

Deste modo, patente que o réu premeditou a empreitada criminosa, solicitando o empréstimo da arma de fogo calibre 22.

A versão do réu, de que encontrou com os adolescentes, por acaso, é desmentida pela mensagem de seu celular.

Ainda, o fato da vítima declarar que o réu estava na posse da pistola de pressão e o adolescente com a arma menor (calibre 22), sendo que, no momento da abordagem policial, tais armamentos foram encontrados de forma invertida, ou seja, o denunciado com a arma e o menor infrator com a pistola de pressão, não tem o condão de desmistificar o depoimento da vítima. Independentemente de quem tenha utilizado a arma ou a pistola, fato é que configurar está o delito de roubo qualificado (...)

O delito em tela foi praticado quando a vítima encontrava-se sozinha em seu estabelecimento, o que justifica a não existência de testemunhas presenciais. Ademais, a palavra da vítima encontra-se impregnado de elementos de convicção, não havendo motivos justificáveis a desmerecer o seu depoimento, porquanto narrou o fato de modo contundente, reconhecendo, sem sombra de dúvidas, de que foi o réu o autor do roubo, portando a arma e anunciando o assalto, estando acompanhado de dois adolescentes (sendo um armado). Repito. A vítima apontou o réu como sendo aquele que portava a arma, versão esta corroborada pelo próprio acusado, na fase policial. Ressalte-se que o réu, quando abordado pela polícia militar, confessou a autoria delitiva".

Com efeito, impende ainda destacar que a palavra da vítima merece plena credibilidade, porquanto não restou demonstrado que tivesse qualquer motivo para imputar falsamente a prática da infração ao apelante.

No tocante à alegação de inobservância ao disposto no artigo 226 do CPP, já está consolidado o posicionamento nesta corte, em alinhamento ao das cortes superiores, de que o referido dispositivo legal é recomendação de procedimento, ou seja, deverá ser cumprido quando possível (TJRS; ACr 110803-55.2014.8.21.7000; Porto Alegre; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza; Julg. 07/08/2014; DJERS 20/08/2014)

A propósito:

> *(...) A ausência das formalidades do artigo 226 do CPP quando do reconhecimento realizado pela vítima não é motivo suficiente para tornar ilícita a prova assim obtida (precedentes). Com tal observação, a palavra do ofendido que, além de reconhecer os réus como três dos quatro autores do delito, ainda narra os fatos com riqueza de detalhes, constitui prova suficiente da autoria. Afinal, o único interesse da vítima é apontar os culpados e não prejudicar injustamente pessoas inocentes.* (TJMG; APCR 1.0694.09.054567-4/001; Rel. Des. Eduardo Brum; Julg. 13/08/2014; DJEMG 19/08/2014)

Neste contexto, o acervo dos autos, não deixou dúvidas a respeito da veracidade da imputação feita pelo órgão ministerial, encontrando-se os elementos de prova colhidos nos autos aptos a embasar a condenação do apelante, razão pela qual não subsiste seu argumento de insuficiência probatória.

Da Corrupção de Menores

Aduz a defesa, às f. 230, que:

> *"O crime em questão, de uma breve leitura do seu dispositivo regulador, é de natureza material, pois, para sua configuração, além do agente ter que realizar uma das condutas descritas no tipo, necessária se mostra a comprovação de que o envolvimento do menor na ação delitiva tenha o corrompido de tal forma que pudesse alterar suas características morais. (...) In casu, entretanto, por mais que esmiúce os autos não é possível aferir qualquer prova capaz de comprovar que o acusado corrompeu ou mesmo tenha facilitado a corrupção dos menores relacionado nos autos, em suas próprias declarações, fls. 30/31 e fls. 38/39, quando perguntado na Delegacia de Policia se é a primeira vez que tem processo, disseram não ser, que já possuem outras passagem. E ainda, os documentos (antecedentes) dos menores juntados aos autos Pela Delegacia de Policia comprovam claramente não ter sido esta a primeira vez que os menores se envolvem na pratica de ilícito penal".*

Malgrado a argumentação expendida pelo apelante tenho que a condenação deve ser mantida, uma vez que é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando a participação do menor de dezoito anos para que se verifique a subsunção da conduta do réu imputável ao tipo descrito no artigo 1º, da Lei nº 2.252/54 - atual artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90, introduzido pela Lei nº 12.015/2009.

Importante salientar que o artigo 1º, da Lei nº 2.252/54, que visa a proteção do menor, deve ser interpretado conjuntamente com os supervenientes direitos e garantias menoristas inseridos na Constituição Federal, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo o dispositivo 3º, da Lei nº 8.069/90, à criança e ao adolescentes são asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social.

Neste contexto, infere-se que o fim a que se destina a tipificação da corrupção de menores, é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso.

Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora abrange tanto à inocência moral do menor como à formação moral da criança e do adolescente, consistente na abstenção da prática de infrações penais.

É cediço que a criança e o adolescente estão em plena formação de caráter e personalidade e, por essa causa, a repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida.

Considerar não configurado o crime de corrupção de menores pelo simples fato de o adolescente ter ingressado na seara infracional equivale a qualificar irrecuperável o caráter do inimputável, pois não pode mais ser corrompido, em razão da prática de atos infracionais, razão pela qual a mantença da condenação não viola o por infração ao artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Tanto é que Súmula 500, do STJ - *"A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal*. (Súmula 500, Terceira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013, DJe 26/06/2013)*"*.

Por tal razão, mantenho a condenação do apelante como incurso no art. 244-B, do Estatuto da Criança e Adolescente.

Da Pena-Base

Insurge o apelante contra a pena fixada pelo magistrado singular, à f. 197-198, *in verbis*:

> *Culpabilidade é o grau de censura. No caso em questão, o réu demonstrou grau de reprovabilidade maior que a comum, posto que ostentava a arma, apontando incessantemente contra a cabeça da vítima, sendo esta uma adolescente, causando maior temor a sua pessoa.*
>
> *Ostenta antecedentes, conforme indicado a f. 99/101, tendo sido condenado, com sentença condenatória transitada em julgado. Assim, tal apontamento será considerado como reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena, tudo em conformidade com a súmula 444 do STJ.*
>
> *A Conduta Social do réu não foi aferida nos autos, razão pela qual não o prejudica; quanto a personalidade, esta é desvirtuada, pois denota-se que o réu possui personalidade desvirtuada, contrário ao convívio harmônico em sociedade, em face da quantidade e da natureza dos crimes praticados desde a menoridade (homicídio, porte de arma, direção perigosa etc), assim como pela sua insistência em possuir arma de fogo, não sendo esta a primeira vez. A personalidade, portanto, é prejudicial.*
>
> *Os motivos do crime são normais à espécie, ou seja, a locupletação, o enriquecimento sem causa. Como consta da mensagem de celular, para levantar dinheiro .*
>
> *As circunstâncias são prejudiciais, eis que utilizou-se e de arma de fogo (calibre 22 e pistola de pressão) para a empreitada criminosa, lembrando que havendo duas qualificadoras, uma (a do uso de arma de fogo) está sendo considerada como circunstância da primeira fase, sendo a outra (concurso de agentes) servindo para qualificar, tal como anotado acima.*

> *As consequencias do crime são prejudiciais, pois, como consta dos autos, a vítima e sua família decidiram por encerrar a atividade comercial, diante da brutalidade vivenciada, o que denota o prejuízo que a cidade sofreu, com diminuição no recolhimento de impostos e taxas;*
>
> *Não se pode arguir que o comportamento da vítima favoreceu para a prática do delito. Atento às circunstâncias judiciais analisadas, sendo estas intensamente desfavoráveis ao réu, com fulcro no artigo 157, § 2, incisos I e II, Código Penal, fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.*
>
> *Na segunda fase da dosimetria. Presente a atenuante da confissão e da menoridade (menor de 21 anos) à época dos fatos. Mas presente a agravante da reincidência, eis que já condenado definitivamente, antes do fato ora em julgamento. Deste modo, compenso a atenuante da confissão com a reincidência, fazendo diminuição no tocante a menoridade, passando a pena para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 40 dias-multa. Por derradeiro, há de se verificar a causa especial de aumento da pena, prevista no § 2° do art. 157, qual seja, o aumento de 1/3 até a metade da pena. Em que pese haja a presença de duas qualificadoras, apenas a do concurso de agentes está sendo considerada nesta fase, posto que a do uso de arma foi apreciada na primeira fase. Considerando que o réu premeditou o delito, enviando mensagem via celular, desde a noite anterior ao crime, solicitando o empréstimo da arma e convidando os adolescentes a praticar o roubo, denota-se maior reprovabilidade da conduta, exigindo aumento da pena nesta fase, o que elevo em ½, tornando-a, em definitiva, em 08 anos (oito) e 03 (três) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa. "*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é assente no sentido de que "*a fixação da pena-base, com fulcro nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não obedece a critério objetivo ou matemático, sendo conferido certo grau de discricionariedade ao julgador na valoração desses elementos, respeitando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e considerando as circunstâncias concretas do caso*". (HC 219.953/MS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, Julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013)

A culpabilidade, de acordo com Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) Trata-se da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do delito (onde, além da reprovação social, analisou-se a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito). Entretanto, volta o legislador a exigir do juiz a avaliação da censura que o crime merece - o que, aliás, demonstra que esse juízo não incide somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu -, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida. Frisando que culpabilidade incide tanto sobre o fato, quanto sobre o seu autor (...). Levar em consideração um mesmo fator em diferentes estágios não é incomum: o próprio art. 59 é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de sursis, concessão do regime aberto etc.). A culpabilidade, acertadamente, veio a substituir as antigas expressões "intensidade do dolo" e "graus da culpa". Para compor o fato típico, verifica o magistrado se o dolo foi "intenso" ou não, se a culpa foi "grave" ou não. O elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, pois, nesse contexto, o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso. Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista neste artigo, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + conseqüências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso".* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 422)

Desta forma, a culpabilidade deve ser normal ao tipo.

O apelante possui condenação transitada em julgado em data anterior (Processo: 0001992-72.2013.8.12.0020 26/11/2013 Trânsito em julgado – Defesa - Art. 16 único, IV do(a) LEI 10.826/03 c/c Art. 69 *caput* do(a) CP e Art. 303 único do(a) LEI 9.503/1997; Reclusão: um ano e seis meses Detenção: um ano e seis meses Total geral: três anos; Regime para reclusão: Aberto, às f. 100) aos presentes fatos narrados na denúncia (10 de dezembro de 2013), a qual foi considerada como reincidência.

A personalidade não pode ser considerada como negativa, eis que não foram produzidos elementos de prova que pudessem propiciar a análise acerca desta circunstância, devendo ser consideradas como neutras, porquanto a condenação transitada em julgado foi considerada como reincidência.

Some-se a isso, considero os registros de atos infracionacionais, praticados pelo réu quando menor de idade, não podem ser considerados para agravar a pena-base.

À guisa de exemplo, são os precedentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE ABUSO DE CONFIANÇA. IMPOSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE DESVALORAÇÃO DA PERSONALIDADE COM BASE EM ATOS INFRACIONAIS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *1. Não há in casu como reavaliar as premissas que levaram o Tribunal de origem a concluir pela incidência da qualificadora de abuso de confiança, sob pena de reexame minucioso de questões fático-probatórias, que é atividade vedada na estreita via do habeas corpus.*
>
> *2. "Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base "* (HC 190.569/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 12/09/2012).
>
> *3. É de se reconhecer a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, quando a confissão do agente é utilizada pelo magistrado como fundamento para sustentar a condenação. Precedentes.*
>
> *4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para o fim de, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente, nos termos do voto da Relatora.* (HC 175.280/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11/04/2013, DJe 17/04/2013)"

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que "*não se pode utilizar a mesma circunstância (maus antecedentes) e distribuí-la para valorar três circunstâncias judiciais desfavoravelmente (...) (antecedentes, personalidade e conduta social), sob pena de incidir-se na vedação ao bis in idem*". (HC 269.634/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014)

As circunstâncias devem ser consideradas normais à espécie, pois a causa de aumento referente a arma de fogo não pode ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena. Aliás, conforme Ricardo Augusto Schmitt:

> *"as qualificadoras não podem ser confundidas com as causas de aumento de pena, uma vez que alteram a própria pena em abstrato prevista ao delito, dando-lhe maior importância, maior gravidade e relevo. As causas de aumento são aplicáveis tão somente na terceira fase da dosimetria pena em valor um intervalor predeterminado pelo legislador"*[4].

4 SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p.248.

Como esclarece a Ministra Laurita Vaz, do STJ, relatora do HC 213.561/DF:

> *"As causas de aumento do roubo - indevida e comumente chamadas de qualificadoras - não formam delito autônomo e não podem ser consideradas na primeira fase de fixação da reprimenda como circunstâncias do delito. As circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal, como especificado pela doutrina, correspondem a elementos acidentais, periféricos, que, de alguma forma, possam influir na dosagem da pena. Já as majorantes promovem um acréscimo na pena prevista para o tipo básico, estabelecido em valores fixos ou em certos limites quantitativos. A utilização de majorante do crime de roubo para aumentar a pena-base, a título de circunstância judicial desfavorável, não se coaduna com a inteligência da Súmula n.º 443 deste Superior Tribunal de Justiça, pois eleva a pena de modo desproporcional, causando maior prejuízo ao condenado".* (STJ. HC 213.561/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012).

No caso concreto, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, considerar as circunstâncias judiciais relativas as conseqüências do crime como desfavoráveis, haja vista que a vítima e sua família decidiram por encerrar a atividade comercial, diante do roubo.

Anoto que existindo uma única incidência negativa dentre as circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal, já é suficiente para que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, pois inexiste patamar fixo para elevação da reprimenda, relacionado à quantidade de circunstâncias desfavoráveis, eis que o magistrado, no exercício de seu livre convencimento motivado, poderá exasperar a pena na proporção que entender mais adequada à prevenção e repreensão do delito.

Portanto, ante as consequências negativas fixo a pena-base em 4 anos e 6 meses de reclusão e 15 dias-multa.

Da majorante referente ao emprego de arma

Verifica-se dos autos que as armas utilizadas no roubo foram apreendidas (conforme auto de exibição e apreensão, às f. 56-57), contudo embora solicitado às f. 63, o exame pericial na arma de fogo, a mesma não foi anexada aos autos.

Depois de longa reflexão a respeito da questão, tenho que uma vez apreendida a arma utilizada no roubo, necessária a perícia na mesma, pois conforme artigo 158, do Código de Processo Penal o exame de corpo de delito direto é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido, o que não ocorreu no caso telado.

No caso concreto era possível a realização da perícia e esta não foi feita, ou seja, a prova testemunhal não supre sua ausência.

Assim, afasto a causa de aumento prevista no inciso I, do artigo 157, do Código Penal e passo à nova dosimetria da pena do apelante por infração ao artigo 157, § 2º, inciso II, do CP.

Do *quantum* referente à causa de aumento

No que tange à terceira fase da dosimetria da pena, consigno que a jurisprudência dominante posiciona-se no sentido de que o simples número de causas de aumento (critério quantitativo), é insuficiente para majorar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 (um terço), posto que necessário fundamentação qualitativa em relação a cada uma delas, sob pena de violação ao princípio constitucional de individualização da pena previsto no art. 5º, inciso XLIV, na Constituição Federal.

Não bastasse isso, a Súmula n. 443 do STJ pacificou o assunto, no sentido de que "*O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.*"

Assim, o aumento acima do mínimo legal reserva-se para situações especiais de criminalidade mais intensa e violenta.

Nesse mesmo sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA. EXASPERAÇÃO DA PENA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) COM BASE UNICAMENTE NO NÚMERO DE MAJORANTES. ILEGALIDADE . ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. REGIME PRISIONAL MANTIDO COM BASE EM EMPREGO DE ARMA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.*
>
> *- No caso, houve a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos) com base tão somente no número de causas de aumento, o que vai de encontro ao enunciado n. 443 da Súmula do STJ, que assim dispõe: o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.* (HC 265.745/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TT/SE), Quinta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 26/04/2013)

Portanto, no caso em concreto, majoro a reprimenda em 1/3 (um terço).

Corrupção de Menores

Acerca da dosimetria da pena do crime de corrupção de menores anoto que apesar da personalidade ser considerada normal ao caso em apreço, a culpabilidade negativa *per si* já justifica o aumento da pena-base em 6 (seis) meses de reclusão, pois devidamente fundamentada.

Outrossim, "*a despeito de algumas impropriedades na fixação da pena-base, verifica-se que o aumento implementado se revela proporcional e razoável, pois as instâncias ordinárias consideraram, concretamente, elementos acidentais que extrapolam consideravelmente o tipo penal imputado ao Paciente*". (STJ. HC 130.701/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012)".

Da dosimetria da pena do crime de roubo

Por conseguinte, obedecidas as diretrizes fixadas pela instância inferior e considerando a modificação realizada no presente recurso, diante dos fundamentos supra mencionados, reestrutura-se a pena imposta ao apelante, que passa a ser a seguinte:

Na primeira fase da aplicação da pena, ante as consequências negativas fixo a pena base em 4 anos e 6 meses de reclusão e 20 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade e da confissão espontânea, e presente a agravante da reincidência. Compenso a confissão com a reincidência e diminuo a pena em 6 meses ante a menoridade, fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na terceira fase, incidindo a majorantes prevista no inciso II (concurso de agentes), do artigo 157, CP, aumento a pena em 1/3, fixando-a em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Ante o concurso material com a corrupção de menores, resta a pena final de 6 anos e 7 meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

O regime prisional inicial é o fechado, porquanto as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP não lhe são totalmente favoráveis, a teor do artigo 33, § 3º, do Código Penal e ante a reincidência.

Inviável, no caso em apreço, a substituição da pena por restritiva de direito, pois não preenchidos os requisitos constantes no artigo 44, do Código Penal.

No que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo desnecessária a indicação pormenorizada de normas legais, em razão de ter sido amplamente debatido nos autos.

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa para reduzir a pena-base do crime de roubo, afastar a causa de aumento prevista no inciso I, do artigo 157, do Código Penal, ficando a pena do delito de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes definitivamente fixada em 6 anos e 7 meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, em concurso material com o crime de corrupção de menores, a serem cumpridos no regime inicial fechado, ante a reincidência.

Comunique-se de imediato ao juízo da execução penal.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Revisora)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por J. G. P. da S. manifestando inconformismo pela sentença que julgou procedente a denúncia, condenando-o à pena total de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 60 (sessenta) dias-multa, por infração aos artigos 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e 244-B, do ECA.

Irresignado com a sentença, o apelante requer sua a absolvição; a redução da pena-base; o afastamento da majorante do emprego de arma para o crime de roubo; a redução do patamar da causa de aumento do § 2º do art. 157 do CP.

O Ilustre relator dá parcial provimento ao apelo para reduzir a pena-base do crime de roubo (expurgando a culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime) e afastar a causa de aumento do art. 157, I, do CP, ficando a pena do delito de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes definitivamente fixada em 6 anos e 7 meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Acompanho o ilustre relator para afastar a personalidade, mas peço vênia para divergir quando aos demais termos do voto. Explico:

Da aplicação da causa de aumento trazida no inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Entendo que para a incidência da referida causa de aumento, dispensável a submissão à perícia técnica da arma do crime.

Ao meu ver basta a palavra da vítima, T. P.**,** que, como na hipótese, retrata a ameaça sofrida em decorrência do emprego de arma de fogo narrando que (f.143):

> *"(...) no dia dos fatos estava sozinha no estabelecimento comercial (sorveteria), quando viu os três passando pela frente, olharam e retornaram, passando novamente; que o maior (de idade) entrou apontando a arma e anunciou o assalto; que além dele haviam mais dois adolescentes; que todos os três entraram no estabelecimento comercial; que o réu ficou com a depoente, apontando a arma; que L. pegava o dinheiro e W. entrou na casa da depoente; que pegaram o dinheiro e saíram do local (...)".* Grifei.

A realização de perícia para atestar sua potencialidade lesiva é dispensada, já que a vítima confirmou a utilização do artefato, mediante depoimentos seguros e claros acerca do emprego de arma de fogo. E no caso a arma, independentemente de sua potencialidade lesiva, só por si é capaz de impor medo e ameaçar a vítima, o que é suficiente para configurar o ilícito penal.

O sentenciante, ao analisar o tema, assim pontuou (f. 190/191):

> *Via de consequência, a argumentação defensiva de que as qualificadoras do uso de arma de fogo e concurso de pessoa deve ser afastada, não merece prosperar.*
>
> *Como se vê, o réu narra versão que não é crível, imputando toda a responsabilidade penal aos adolescentes, o que não se coaduna com as provas produzidas nos autos.*
>
> *A versão dada pelo réu de que apenas ficou do lado de fora do estabelecimento, sem portar arma de fogo, enquanto os adolescentes praticavam o assalto não é verídica, ante o reconhecimento contundente por parte da vítima, apontando o denunciado como sendo aquele que estava armado e anunciou o assalto, ficando sob sua mira, como se vê de seus depoimentos, tanto na fase policial, quanto em juízo, bem como pelas demais provas orais colhidas.*
>
> *A vítima, inclusive, menciona que reconheceu o réu na DEPOL, pois a pessoa que anunciou o assalto e ficou com a arma apontada em sua cabeça tinha os olhos claros e a pela clara, sendo que tal característica amolda-se somente à pessoa do denunciado (e não a dos adolescentes, conforme fotografias de f. 35 e 45).*
>
> *Para arrematar este ponto, tem-se o relatório policial de f. 80, referente ao aparelho celular apreendido com o réu J., constando neste celular que na noite anterior ao crime, o réu enviou mensagem para o aparelho celular 9816-0088, dizendo "amanhã vo faze uma cena (roubo) e a sua ferramenta (arma) ta ai e eu tenho as bala de 22".*
>
> *Em outra passagem, o réu envia mensagem: "Eae parcero amanha cedo eu vo precisa de vc mulekot liga aki kuando tu acorda leandrinho aki".*
>
> *Deste modo, patente que o réu premeditou a empreitada criminosa, solicitando o empréstimo da arma de fogo calibre 22.*
>
> *(...) Ainda, o fato da vítima declarar que o réu estava na posse da pistola de pressão e o adolescente com a arma menor (calibre 22), sendo que, no momento da abordagem policial, tais armamentos foram encontrados de forma invertida, ou seja, o denunciado com a arma e o menor infrator com a pistola de pressão, não tem o condão de desmistificar o depoimento da vítima. Independentemente de quem tenha utilizado a arma ou a pistola, fato é que configurar está o delito de roubo qualificado.*

> *(...) Ainda que sustenta-se a versão dada pelo réu em juízo, de que ficou apenas do lado de fora do estabelecimento comercial, enquanto os menores praticavam o roubo, ainda assim, necessária a aplicação das qualficiadoras, pois " o emprego de arma por um dos agentes importa no aumento da pena para todos os que do crime participaram* (TJRJ AC- Rel. ª P. Albuquerque Júnior RT 504/407).
>
> *Por fim, cuida-se de duas qualificadoras. (...).*

Em que pese não ter ocorrido a perícia, mister aplicar a causa de aumento, porque a aferição da eficácia lesiva da arma empregada afigura-se irrelevante para a incidência dessa causa de aumento, bastando que tenha sido utilizada para intimidar a vítima.

Do depoimento da vítima de f. 147 ficou claro que a exibição da arma, por si só, é capaz de impingir na(s) vítima(s) o temor necessário para que o agente alcance a subtração, intensificando a intimidação e assim tornando ainda mais provável o resultado pretendido diante da aniquilação quase que absoluta da capacidade de resistência.

A orientação consolidada das Cortes Superiores apresenta o mesmo norte. A título ilustrativo, colaciono precedente:

> *"(...) 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da prescindibilidade da perícia na arma de fogo para o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que a utilização da arma reste comprovada por outros meios probatórios. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 04/04/2013, cuja repercussão geral foi reconhecida, decidiu, por unanimidade, que o instituto da reincidência, previsto no art. 61, I, do Código Penal, não ofende os princípios do non bis idem e da individualização da pena (art. 5º, XXXVI e XLVI, CF). 4. Ordem denegada.* (STJ. HC 94236. Rel Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Julgado em 03/09/2013)
>
> *"Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II. Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa. III. A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo na arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V. A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI. Hipótese que não guarda correspondência com arma de brinquedo. VII. Precedente do STF. VIII. Ordem indeferida" (HC 96.099/RS, Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 05/06/09).* (STJ. HC 213.069/RJ. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 03/09/2013)"
>
> *"A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.* (STJ. HC 213.069/RJ. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 03/09/2013)"

Assim, divirjo do Relator, para manter a incidência da causa de aumento prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, pois foi comprovada a utilização das armas no delito.

Da pena-base.

Ao efetuar a dosimetria o sentenciante pontou que (f. 197/199):

> *"(...) Quanto ao crime de roubo.*
>
> *Culpabilidade é o grau de censura. No caso em questão, o réu demonstrou grau de reprovabilidade maior que a comum, posto que ostentava a arma, apontando incessantemente contra a cabeça da vítima, sendo esta uma adolescente, causando maior temor a sua pessoa.*
>
> *Ostenta antecedentes, conforme indicado a f. 99/101, tendo sido condenado, com sentença condenatória transitada em julgado. Assim, tal apontamento será considerado como reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena, tudo em conformidade com a súmula 444 do STJ.*
>
> *a Conduta Social do réu não foi aferida nos autos, razão pela qual não o prejudica;*
>
> *quanto a personalidade, esta é desvirtuada, pois denota-se que o réu possui personalidade desvirtuada, contrário ao convívio harmônico em sociedade, em face da quantidade e da natureza dos crimes praticados desde a menoridade (homicídio, porte de arma, direção perigosa etc), assim como pela sua insistência em possuir arma de fogo, não sendo esta a primeira vez. A personalidade, portanto, é prejudicial.*
>
> *os motivos do crime são normais à espécie, ou seja, a locupletação, o enriquecimento sem causa. Como consta da mensagem de celular, para "evantar dinheiro.*
>
> *as circunstâncias são prejudiciais, eis que utilizou-se de arma de fogo (calibre 22 e pistola de pressão) para a empreitada criminosa, lembrando que havendo duas qualificadoras, uma (a do uso de arma de fogo) está sendo considerada como circunstância da primeira fase, sendo a outra (concurso de agentes) servindo para qualificar, tal como anotado acima.*
>
> *as consequencias do crime são prejudiciais, pois, como consta dos autos, a vítima e sua família decidiram por encerrar a atividade comercial, diante da brutalidade vivenciada, o que denota o prejuízo que a cidade sofreu, com diminuição no recolhimento de impostos e taxas;*
>
> *não se pode arguir que o comportamento da vítima favoreceu para a prática do delito.*
>
> *Atento às circunstâncias judiciais analisadas, sendo estas intensamente desfavoráveis ao réu, com fulcro no artigo 157, §2, incisos I e II*, Código Penal, fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.
>
> *Na segunda fase da dosimetria. Presente a atenuante da confissão e da menoridade (menor de 21 anos) à época dos fatos. Mas presente a agravante da reincidência, eis que já condenado definitivamente, antes do fato ora em julgamento. Deste modo, compenso a atenuante da confissão com a reincidência, fazendo diminuição no tocante a menoridade, passando a pena para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 40 dias-multa.*
>
> *Por derradeiro, há de se verificar a causa especial de aumento da pena, prevista no § 2° do art. 157, qual seja, o aumento de 1/3 até a metade da pena.*

Em que pese haja a presença de duas qualificadoras, apenas a do concurso de agentes está sendo considerada nesta fase, posto que a do uso de arma foi apreciada na primeira fase. Considerando que o réu premeditou o delito, enviando mensagem via celular, desde a noite anterior ao crime, solicitando o empréstimo da arma e convidando os adolescentes a praticar o roubo, denota-se maior reprovabilidade da conduta, exigindo aumento da pena nesta fase, o que elevo em ½, tornando-a, em definitiva, em 08 anos (oito) e 03 (três) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa.

Quanto ao crime de corrupção de menores.

Atento às circunstâncias do artigo 59 do CP, verifico que o grau de Culpabilidade do réu é censurável, eis que é o mentor intelectual do roubo, convidando não apenas um, mas dois adolescentes, e orientando estes na prática do delito, o que explica o motivo pelo qual coube ao réu a maior parte do dinheiro subtraído; Antecedentes maculados de acordo com as folhas 99/101, já sendo condenado definitivamente. Assim, tal apontamento será considerado como reincidência na segunda fase, à luz da súmula 444 do STJ; Quanto a sua Conduta Social, não aferida; os Motivos são comuns à espécie, quanto à Personalidade como dito alhures, é prejudicial, porquanto, desde a adolescência, o réu vem insistindo na prática de atos infracionais, como homicídio, porte de arma de fogo, direção perigosa etc. Tem-se que foi este acusado quem apontava a arma contra a cabeça da vítima, causando maior temor a sua pessoa, o que reputa maior periculosidade; As Circunstâncias e as Consequências são as relatadas, levando-se em conta o tipo do delito ora em julgamento; Não se fala em conduta da vítima.

Denota-se que há leve preponderância de circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual fixo a pena base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase, vislumbra a presença de circunstâncias atenuantes da confissão e da menoridade, bem como a agravante da reincidência. Deste modo, compenso a atenuante da confissão com a reincidência, fazendo diminuição no tocante a menoridade, ficando em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão.

Sem causas especiais de aumento ou diminuição, ficando em definitiva em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão.

Em face do concurso material de crimes, a teor do artigo 69 do Código Penal, as penas resultam em 09 (nove) anos, 06 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa. (...)".

Observa-se que foram consideradas desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias e consequências do crime (estas duas últimas). No caso, observa-se que foram consideradas desfavoráveis a culpabilidade, as circunstâncias (esta apenas para os crimes de roubo).

O douto relator afastou a moduladoras da culpabilidade, da personalidade e das circunstâncias do crime, mantendo como negativa apenas as consequências do delito.

Também entendo que as consequências do delito são desfavoráveis e que a circunstância judicial da personalidade deve ser expurgada, entretanto, mantenho negativadas a culpabilidade e as circunstâncias do crime.

Culpabilidade: a culpabilidade deve ser sopesada à luz de elementos concretos que demonstrem o grau de reprovabilidade a conduta do agente. Representa a intensidade de dolo ou grau de culpa.

No caso, tal como pontuou o sentenciante, o grau de reprovabilidade da conduta do réu realmente é maior, pois durante a empreitada criminosa ameaçou a vítima, uma adolescente, ostentando contra a cabeça dela uma arma, além disso, o fato do apelante ser o mentor intelectual do roubo, tendo este chamado dois adolescentes para participar do ato criminoso, demonstra ser altamente reprovável sua conduta.

É inegável que a preparação do crime demandou tempo e esforço, demonstrando que o apelante não agiu ao acaso, mas ao contrário, teve tempo para refletir a respeito dessa conduta e ainda assim persistiu no intento criminoso.

Neste contexto, inegável que a premeditação delitiva, a malícia e a estratégia para o cometimento do ilícito são elementos idôneos para negativar a culpabilidade do réu, tal como consta na decisão impugnada.

Assim, mostra-se justa e razoável a fundamentação constante na sentença, logo, justificada a exasperação da pena-base em razão da culpabilidade.

Das circunstâncias do crime (utilizada apenas no crime de roubo):

As circunstâncias do crime dizem respeito aos meios empregados na prática delitiva, que não constituem o tipo penal em si, mas influenciam em sua gravidade, tais como ânimo do agente, local da ação, condições de tempo ou objeto utilizado.

No caso em tela, a circunstância do crime foi considerada desfavorável ao argumento de que *"utilizou-se de arma de fogo (calibre 22 e pistola de pressão) para a empreitada criminosa, lembrando que havendo duas qualificadoras, uma (a do uso de arma de fogo) está sendo considerada como circunstância da primeira fase, sendo a outra (concurso de agentes) servindo para qualificar, tal como anotado acima"*. (f. 197).

Não vejo nenhum equívoco ao ter o sentenciante, com propriedade, considerado o uso de arma de fogo, para fixação da pena-base, isso porque, havendo duas causas de aumento, uma delas pode perfeitamente ser considerada, como foi, para os efeitos do cálculo da pena-base.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, pontuando que havendo duas causas de aumento é possível utilizar uma delas como circunstância negativa na 1ª fase da dosimetria, e a outra, na 3ª fase, veja-se:

> *HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. UTILIZAÇÃO DE UMA COMO QUALIFICADORA E OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. ARMA NÃO APREENDIDA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.*
>
> *1 - Existindo duas qualificadoras no roubo, pode o Magistrado utilizar uma delas como circunstância do crime para majorar a pena-base e valer-se da outra para a caracterização da causa de aumento na terceira fase da dosimetria. Precedentes.*
>
> *2 - A Sexta Turma desta Corte firmou a compreensão de que, para a caracterização da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, faz-se necessário que a arma de fogo seja apreendida e periciada, ressalvado o ponto de vista do Relator em sentido contrário.*
>
> *3 - Ordem concedida em parte para, afastada a qualificadora do uso de arma, utilizada como circunstância judicial desfavorável na majoração da pena-base, reduzir a pena aplicada para 5 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa, mantido*

*os demais termos do acórdão. (*STJ. HC 178.982/Df. Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE). Sexta Turma. Julgado em 09/11/2010)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA.CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO. UTILIZAÇÃO DE UMA CAUSA DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL, E A OUTRA NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO STJ. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. AUMENTO DA PENA-BASE POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS E 8 MESES) DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. BENEFÍCIO AO APENADO, POIS A PRIMEIRA DEVERIA PREPONDERAR SOBRE A SEGUNDA (ART.67 DO CPB). AUMENTO DE APENAS 1/3 PELO CONCURSO DE AGENTES E 1/6 PELA CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAIS MÍNIMOS (ART. 157, § 2o., I e 71, CAPUT, AMBOS DO CPB). PENA CONCRETIZADA EM 7 ANOS DE RECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base acima do mínimo legal, pois o Julgador se utilizou de uma das causas de aumento da pena no crime de roubo (utilização de arma de fogo) como circunstância judicial do art. 59 do CPB (a revelar maior censura de sua conduta), relegando a outra (concurso de agentes) para a terceira fase da dosimetria da pena, inocorrendo, assim, bis in idem, como alega a impetração, pois foram considerados aspectos distintos em fases igualmente diversas.

2. A jurisprudência desta Corte e do colendo STF admite que, reconhecidas duas ou mais qualificadoras, uma enseje o tipo qualificado e a outra circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (REsp.831.730/DF, Rel. Min. Félix Fischer, 5T, DJU 09.04.07 e HC 71.293/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 18.08.95).

3. É importante frisar que a pena-base foi majorada em patamar absolutamente razoável, correspondente a 1/6 da pena mínima cominada ao crime. (...) (HC 70.594/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 25/10/2007, DJ 19/11/2007, p. 252).

Não vislumbro, assim, qualquer erro técnico, ou mesmo injustiça, na aplicação da pena, tampouco houve *bis in idem* na dosimetria da pena, eis que tanto na primeira quanto na terceira fases houve fundamentação adequada na exasperação da pena, observando o contexto probatório.

Assim, passou ao redimensionamento das penas:

Para o crime descrito no art. 157, §2º, I e II do CP.

Na 1ª. fase, sendo desfavoráveis a culpabilidade, as circunstâncias e consequências do crime fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 38 (trinta e oito) dias-multa.

Na 2ª. fase, tal como feito na sentença à f. 198, opero a compensação entre a atenuante da confissão e agravante da reincidência. Também incide a atenuante da menoridade, o que autoriza a redução da pena no patamar de 06 meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, assim, fixo a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa.

Na 3ª. fase, presente a causa de aumento do concurso de pessoas (art. 157, § 2º, II, do CP) aumento a pena em 1/3 (patamar fixado na sentença -f. 198, e mantido pelo Relator), restando a pena definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa.

Para o crime descrito no art. 244-B, do ECA.

Na 1ª. fase, sendo desfavoráveis apenas a culpabilidade, as circunstâncias e consequências do crime fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão.

Na 2ª. fase, seguindo o constante na sentença à f. 199 opero a compensação entre a atenuante da confissão e agravante da reincidência. E, fazendo incidir a atenuante da menoridade, fixo a pena intermediária em 1 (um) ano de reclusão, pena esta que torno definitiva pois ausentes causas de aumento ou diminuição a incidir.

Do art. 69, do CP.

Nos termos do art. 69 do Código Penal, o apelante fica condenado definitivamente em 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Do regime prisional.

Quanto a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, não devemos ignorar que "*quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das pena*", tal como determina o art. nos termos do art. 111, da LEP (Lei 7210/84).

Sobre o tema, assim decidiu o STJ:

> *PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇAO E TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONDENAÇAO POR MAIS DE UM CRIME NO MESMO PROCESSO. ART 111 DA LEP. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *(...) 3. Nos termos do art. 111 da Lei de Execução Penal, quando houver condenação por mais de um crime no mesmo processo, a determinação do regime inicial de cumprimento será feita pelo resultado da soma das penas.*
>
> *(...) 5. Ordem parcialmente concedida apenas para fixar a pena final do paciente em 8 anos de reclusão e 1.200 dias-multa.* (STJ. HC 158.802/PR. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. DJe de 24/05/2010.)
>
> *REPRIMENDA. REGIME DE EXECUÇAO. MODO FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE. FIXAÇAO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, 2º, E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. COAÇAO ILEGAL EVIDENCIADA. ALTERAÇAO PARA O MODO SEMIABERTO.*
>
> *1. O art.33, 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semi-aberto, observando-se os critérios do art.59 do aludido diploma legal.*
>
> *(...) 4. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime semiaberto como modo inicial de cumprimento da sanção aplicada, bem como para anular o acórdão no ponto em que fixou o aumento em razão do reconhecimento das causas de especial majoração apenas com base no critério objetivo, mantendo, contudo, a elevação em 3/8 (três oitavos), diante das circunstâncias em que ocorreram os fatos criminosos.* (STJ. HC 116.714/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. DJe de 09/11/2009.)

No caso, o apelante foi condenado, em concurso material, à pena que não ultrapassa 08 (oito) anos de reclusão, entretanto, devemos considerar que as circunstâncias judiciais do artigo 59, do CP lhe prejudicam, bem como estamos diante de réu reincidente.

Assim, considerando o montante da pena corpórea e a teor do art. 33, § 2º, "a" e "b", do CP, o regime inicial para cumprimento da pena é o fechado

Ante o exposto, divirjo parcialmente do relator e dou parcial provimento, em menor extensão, ao recurso de J. G. P. da S., tão somente, para afastar da pena-base a moduladora da personalidade, ficando a pena redimensionada para 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Vogal)

Acompanho o voto da Revisora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da revisora, vencido o relator, parcialmente. Decisão contra o parecer.

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, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0002094-75.2014.8.12.0015 - Miranda
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA O TRABALHO NOTURNO E EM FINAIS DE SEMANA E FERIADOS – PEDIDO DE DISPENSA DE RECOLHIMENTO NO PERÍODO NOTURNO E EM FERIADOS E FINS DE SEMANA – REEDUCANDO PESCADOR PROFISSIONAL – CIDADE PANTANEIRA COM PESCA E TURISMO PESQUEIRO – INVIABILIDADE DE FISCALIZAR ESSA ATIVIDADE – CUMPRIMENTO DE PENA DE IMPOSSÍVEL FISCALIZAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Mesmo se o reeducando comprova que é pescador profissional, e que cumpre pena em cidade em que a pesca e turismo pesqueiro são a principal atividade, sua dispensa de recolhimento em período noturno, feriados e finais de semana inviabilizaria qualquer fiscalização do cumprimento de sua pena, e na prática equivaleria a ele ficar em total liberdade sem qualquer restrição.

O direito ao trabalho do apenado tem de se conciliar com os moldes mínimos obrigatórios do cumprimento de sua pena, por isso deverá o agravante cumprir condições mínimas do regime aberto com trabalho externo, que impõem seu recolhimento em horários noturnos e dias de descanso e folga.

Com o parecer, agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

H. J. L. interpõe o presente agravo criminal contra decisão singular que lhe indeferiu o pedido de autorização para trabalho noturno e em finais de semana e feriados.

O agravante alega que é pescador profissional, e que grande parte de sua renda vem do turismo e captura de peixes no período noturno (anzol de galho) e que, por isso, deve os critérios da admonitória serem revistos a lhe permitir o exercício de sua profissão.

O *parquet* contra-arrazoa, às f.91-98, pelo improvimento recursal.

A decisão foi mantida às f.81.

O parecer ministerial opina, às f.104-110, pelo improvimento recursal.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Inicialmente cumpre relatar que, pelo que consta às f. 01-02, e f. 25-36, o agravante foi condenado a uma pena total de 01 ano, 03 meses e 07 dias pela prática dos crimes de ameaça, porte de arma de uso permitido e lesão corporal, a ser cumprida no regime aberto.

Às f. 54 consta a audiência admonitória que determinou, dentre outras imposições, que o reeducando deve *"(...) Recolher-se à sua residência de segunda a sexta-feira, das 20:00 horas de um dia às 06:00 horas do outro, e manter-se recolhido aos sábados, domingos e feriados (...)"*.

O magistrado singular, às f. 71-72, indeferiu o pedido nos seguintes termos:

> *"(...) Na jurisprudência, há entendimento de que o cumprimento de 1/6 da pena aplica-se apenas ao reeducando em regime fechado, havendo, contudo, entendimento de que tal requisito aplica-se independentemente do regime prisional fixado.*
>
> *No caso, ainda que adotado este último entendimento, menos favorável ao reeducando, não há razão para realização de cálculo da pena, tendo em vista que, tendo o ora sentenciado iniciado seu cumprimento em 04.02.2015 (f. 54), atingiu o lapso exigido em 20.04.2015.*
>
> *No entanto, apesar de cumprido mais de um sexto da pena pelo reeducando, reputo que sua pretensão não prospera, por ser expressamente vedada pelo art. 36, § 1º, do Código Penal, ao determinar que o preso do regime aberto deverá permanecer recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.*
>
> *Outrossim, é entendimento da jurisprudência ser desaconselhável o trabalho externo noturno, in litteris:*
>
> *'Agravo. Trabalho externo. Horário noturno. Embora não disciplinado em lei, não é recomendável a concessão de trabalho externo a apenado em período noturno, posto que evidente a impossibilidade de uma fiscalização adequada e efetiva pelos órgãos de execução penal sobre as atividades do condenado. A concessão do benefício do serviço externo, nessas condições, funcionaria mais como fator estimulante da delinquência do que como fator ressocializante, com o completo desvirtuamento do relevante instituto. Decisão denegatória confirmada. Agravo improvido'* (RJTJERGS 192/74).
>
> *A pretensão do reeducando também não prospera na medida em que implicaria na obtenção de tratamento diferenciado e privilegiado em detrimento de todos os demais reeducandos da comarca, que cumprem pena no regime aberto, medida esta apta a caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade.*
>
> *Por fim, insta salientar que é o reeducando quem deve adequar-se a forma do cumprimento da pena, e não esta a seus anseios privados, por ser o interesse público que deve prevalecer.*
>
> *Posto isso, indefiro o pedido do reeducando de autorização para trabalho externo noturno e finais de semana e feriados (...)".*

A decisão deve ser mantida.

É certo que há nos autos uma especial particularidade que merece atenção, cabendo analisar se pode ocorrer uma flexibilização no modo de cumprir a pena pelo reeducando, explico:

Restou inconteste nos autos que o reeducando é pescador profissional, através da declaração do Presidente da Colônia de Pescadores, às f.67, e através da denúncia encartada às f. 03-05 dos autos, devidamente cadastrado perante as autoridades ambientais estaduais e federais

Reside ele e cumpre a pena em Miranda-MS, local cuja atividade principal é a pesca e o turismo pesqueiro, que se intensifica nos finais de semana e feriados, inclusive há possibilidade de pesca em horários noturnos.

Porém, temos de um lado o art. 36, § 1º do CP que determina que o preso do regime aberto deverá permanecer recolhido durante o período noturno e nos dias de folga, e do outro lado, a CF que determina no inciso XIII do art. 5º que *"(...) é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (...)"*.

Como conciliar os dois mandamentos?

Bom, a verdade é que pena não pode perder seu caráter de resposta penal, sob pena de não ser mais uma pena (...)

E os direitos, mesmos os que estão previstos na CF, podem sofrer limitações em situações especiais, como é o caso da pessoas que cumprem pena.

Então, o trabalho de alguém pode ser incompatível com regras mínimas de cumprimento de pena (pois a pena privativa de liberdade priva mesmo a liberdade total ou parcial do indivíduo), e neste caso prevalecem as regras cogentes quanto a requisitos mínimos de cumprimento das penas.

O condenado deve então procurar prestar o seu trabalho de molde a adaptar-se à pena que lhe foi imposta, e, se forem incompatíveis horários e locais, é evidente que prevalece a necessidade de cumprir a pena atendendo aos seus requisitos mínimos obrigatórios.

Ora, as regras basilares ao sistema de execução penal são a apresentação diária ao estabelecimento prisional e o recolhimento durante o período noturno, e isto vale mesmo para o apenado que está no regime aberto e exerce atividade autorizada, também este deve permanecer recolhido no período noturno e nos dias de folga, pois, caso contrário, se excluída a necessidade de recolhimento noturno, simplesmente estarão sendo dispensados os requisitos mínimos do cumprimento da pena.

Se atendido o benefício pleiteado, por certo haveria maior possibilidade de reintegração do agravante, porém no caso concreto isso acarretaria verdadeira dispensa do recolhimento noturno, e não mera flexibilização de horário ou observância do princípio da individualização da pena.

Simplesmente o agravante deixaria de cumprir qualquer pena, pois não haveria qualquer mínima restrição a sua liberdade, pois manteria a liberdade de frequentar qualquer local em qualquer horário, e não só de locomoção, pois seria inviável qualquer mínima fiscalização de suas atividades noturnas.

Como ponderado pelo parecer da PGJ:

> *(...) Ademais, o agravante já cumpre pena em prisão domiciliar, haja vista que não há Casa de Albergado na região onde mora. E, a prisão domiciliar somente é possível mediante o cumprimento de certas condições, caso concedido o pedido do agravante não*

existirá a única restrição de liberdade que lhe foi imposta, qual seja, recolher-se à sua residência de segunda a sexta feira, das 20:00 horas de um dias às 06:00 horas do outro, e manter-se recolhido aos sábados, domingos e feriados.

Aliás, cumpre dizer que o reeducando deve adequar-se à pena a cumprir, e não esta ao interesse daquele.

Outrossim, prescreve o artigo 115 da Lei de Execuções Penais que:

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;

IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Analisando-se o artigo 115 da LEP percebemos que existem condições gerais obrigatórias que deve o Juiz seguir quando for estabelecer condições especiais de regime aberto ao preso, dentre elas esta a de permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga e sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados. " (...)

O reeducando deve adequar-se à pena cumprir, e não esta ao interesse daquele. Quando for possível a conciliação, tal deve ser autorizado pelo juiz, mas, se tal não for possível, prevalece o interesse público de que a pena seja cumprida, até por razões de isonomia com os demais reeducandos da pequena cidade, que não teriam o mesmo beneficio.

O atendimento do pedido geraria a total dispensa de requisitos obrigatórios para cumprimento de pena, acima citados, pelo que o pedido não pode ser atendido.

Então, com o parecer, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão agravada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0010242-80.2015.8.12.0002 - Dourados
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – DECRETO PRESIDENCIAL 8.380/2014 – CONDENAÇÃO CONCOMITANTE POR CRIME HEDIONDO E COMUM – PEDIDO DE INDULTO EM RELAÇÃO AO CRIME COMUM – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 8º AFASTADA – POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE INDULTO SOMENTE PARA O CRIME COMUM – REQUISITOS OBJETIVOS PREENCHIDOS – CRITÉRIOS DE ORDEM SUBJETIVA A SEREM ANALISADOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – RECURSO PREJUDICADO.

Afasta-se a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 8º, Decreto 8.380/2014, uma vez que existe a previsão para comutação de pena ou indulto somente para crimes comuns, mesmo quando a condenação também foi por crime hediondo, desde que preenchidos critérios de ordem objetiva e de ordem subjetiva.

Para obter o benefício do indulto pelo crime comum, o reeducando tem de demonstrar a presença dos requisitos de ordem objetiva (cumprimento de 2/3 do delito impeditivo + cumprimento de 1/3 da pena do crime comum), que tem de estar associada à presença dos requisitos de ordem subjetiva, e eles devem ser avaliados pelo Juízo da Execução, segundo precedentes da Corte Superior.

Em parte com o parecer, recurso prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de agravo em execução interposto por Márcio Silva Gialdi, contra a decisão singular proferido pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (f. 30-31), que indeferiu seu pedido de indulto considerando ausente o requisito objetivo para tanto.

Alega a defesa que o agravante foi condenado definitivamente tanto pela prática de crime equiparado ao hediondo como também por crime comum, a um total de pena de 11 (onze) anos, 05 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Afirma que cumpriu mais de 2/3 do crime hediondo e 1/3 pela prática do crime comum, o que lhe garante o direito de comutar a pena em relação ao crime comum.

Nesses termos, requer a reforma da decisão para que lhe seja concedido o indulto em relação ao crime simples, determinando-se a elaboração de novo cálculo de pena. Em caso de improvimento do recurso, pugna pela observância da Súmula vinculante n. 10, bem como seja apreciado de modo expresso no acórdão a negativa de vigência ao Decreto Presidencial n. 8.380/2014 para fins de prequestionamento.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual requer o improvimento do agravo, prequestionando violação ao art. 5º, inciso XLIII, da CF bem como art. 2º da Lei n. 8.072/90.

Em sede de retratação, restou mantida a decisão impugnada por seus próprios fundamentos (f. 55).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso (f. 61-63).

VOTO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de agravo em execução interposto por Márcio Silva Gialdi, contra a decisão singular proferido pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (f. 30-31), que indeferiu seu pedido de indulto considerando ausente o requisito objetivo para tanto.

Almeja o agravante a reforma da decisão, alegando que estão presentes os requisitos necessários à concessão do indulto, eis que já cumprira a fração de tempo necessária à concessão do benefício, em relação ao crime comum.

Conheço do recurso pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Consta dos autos que o agravante foi condenado definitivamente tanto pela prática de crime equiparado ao hediondo como também por crime comum, a um total de pena de 11 (onze) anos, 05 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, por infração ao art. 14 da Lei n. 10.826/03 e art. 213, c/c art. 69, ambos do Código Penal.

O benefício do indulto foi negado ao agravante, nos seguintes termos (fls. 30-31):

> *"Em dezembro de 2013, a Presidente da República expediu o Decretos n.º 8.380/2014, artigo 8º, fere a Constituição Federal ao permitir a concessão de indulto (total e parcial comutação) aos crimes comuns (não impeditivos) após o cumprimento de 2/3 dos hediondos ou equiparados (impeditivos).*
>
> *Crível portanto que o indulto, e nele se compreende a comutação como graça coletiva, por força do disposto no inciso XLIII, do artigo 5º, da Carta Magna, está vedado aos crimes hediondos. Ademais, o artigo 2º, inciso I, da Lei n.º 8.072/90, igualmente proíbe a graça presidencial.*
>
> *Verifica-se pelo cálculo de pena de f. 361-3 que o reeducando em 25.12.14 não cumpriu integralmente a pena referente ao crime hediondo equivalente a pena de 8 anos e 10 meses e nem o exigido com relação ao crime comum (2 anos, 7 meses e 20 dias), pois cumpriu até a referida data 6 anos, 5 meses e 7 dias, logo, impossível a benesse.*
>
> *Diante do exposto, com fundamento no artigo 1º, inciso XV, do Decreto n.º 8.380/14, indefiro o pedido de indulto formulado por Márcio Silva Gialdi, por ausência do requisito objetivo".*

O magistrado de instância singela, por entender que o Decreto Presidencial n. 8.380/2014 é inconstitucional, negou o pedido do agravante, aduzindo que só seria possível tal análise quando cumprida integralmente a pena do crime hediondo.

Inicialmente, a questão cinge-se em definir se no concurso de penas de naturezas diversas (hediondo e comum) é possível a aplicação do indulto previsto no Decreto Presidencial nº 8.380/2014.

O Decreto nº 8.380/2014 disciplina a concessão de indulto natalino e de acordo com o seu art. 1º, I, conceder-se-á o indulto àquelas pessoas *"condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes"*.

Em seu artigo 8º, parágrafo único, o referido Decreto informa que *"na hipótese de haver concurso com crime descrito no art. 9º, não será declarado o indulto ou a comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto a pessoa condenada não cumprir dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios"*.

Assim, verifica-se que na hipótese de concurso entre crimes hediondo e comum é possível a concessão do indulto a este último, desde que o réu tenha cumprido 2/3 (dois terços) da pena correspondente ao delito hediondo (condição especial) e mais 1/4, se não reincidentes, ou 1/3 se reincidentes, do crime comum, requisito objetivo previsto no art. 1º, inciso XV, do Decreto n. 8.380/14, *in verbis*: *"XV - condenadas a pena privativa de liberdade, que estejam em livramento condicional ou cumprindo pena em regime aberto, cujas penas remanescentes, em 25 de dezembro de 2014, não sejam superiores a oito anos, se não reincidentes, e a seis anos, se reincidentes, desde que tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes"*.

Portanto, longe de permitir a concessão da benesse presidencial aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, o aludido dispositivo apenas estabeleceu critério temporal diferenciado e mais severo para concessão do benefício em relação à reprimenda do crime comum ou não impeditivo. Resta claro, portanto, que não se estendeu a indulgência ao crime hediondo.

Tal decisão encontra-se em perfeita consonância com o ordenamento jurídico pátrio, bem como a mais abalizada orientação jurisprudencial, não havendo que falar em inconstitucionalidade do Decreto.

Sobre o tema, o STJ assim já se manifestou em outros indultos presidenciais:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO 7.873/2012. COMUTAÇÃO. CONCURSO DE CRIMES COMUM E HEDIONDO. POSSIBILIDADE. ART. 76 DO CP. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA RELATIVA AO DELITO HEDIONDO. DESNECESSIDADE.*
>
> *1. O artigo 7° do Decreto 7.873/2012 dispõe que, havendo concurso entre crimes comuns e hediondos, não será declarado o indulto ou a comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto a pessoa condenada não cumprir, no mínimo, dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios.*
>
> *2. A disposição do art. 76 do CP, referente à ordem de cumprimento das penas, não se incompatibiliza com a regramento do Decreto, principalmente porque a finalidade do instituto é beneficiar o apenado, servindo, ainda, como instrumento de Política Criminal.*
>
> *3. Na hipótese em apreço, o recorrido cumpriu a fração de dois terços da pena pelo crime impeditivo, além de um terço da reprimenda do delito não impeditivo, preenchendo, portanto, os requisitos estabelecidos no Decreto acima mencionado.*

> *4. Agravo regimental a que se nega provimento".* (AgRg no REsp 1486461/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)
>
> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. 1. INDULTO. CONCURSO DE CRIMES. POSSIBILIDADE EXPRESSAMENTE PREVISTA NO DECRETO N.º 7.873/2012. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE DOIS TERÇOS DA PENA RELATIVA AO CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO, BEM COMO DE METADE DA REPRIMENDA IMPOSTA PELO DELITO COMUM. SEGUNDO REQUISITO NÃO SATISFEITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 2. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso de concurso de crimes comum e hediondo ou equiparado, será possível a concessão do benefício de indulto somente às infrações comuns, desde que preenchidos os requisitos previstos no Decreto Presidencial. Na espécie, embora o recorrente tenha cumprido as exigências relacionadas ao crime hediondo, não implementou o requisito objetivo no tocante ao delito comum - cumprimento de 1/2 (metade) da reprimenda, fração exigida aos condenados reincidentes.*
>
> *2. Recurso ordinário a que se nega provimento".* (RHC 41.654/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 02/12/2013)

Em caso análogo, esta Corte também já firmou entendimento pela constitucionalidade do Decreto, *verbis*:

> *"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – COMUTAÇÃO DE PENA – CONDENAÇÕES POR CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO E DELITO COMUM – EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA INFRAÇÃO HEDIONDA – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.380/2014 – AFASTAMENTO – PARCIAL PROVIMENTO.*
>
> *Pelas regras estabelecidas no Decreto Presidencial nº 8.380/2014, não há possibilidade de comutação de pena ou concessão de indulto aos crime hediondos e ao tráfico de drogas. Assim, a exigência de que o condenado cumpra 2/3 (dois terços) da pena do delito equiparado a hediondo em nada infringe as disposições constitucionais e legais, não havendo de se cogitar na inconstitucionalidade do art. 8º, parágrafo único, do referido Diploma Legal. Agravo de Execução Penal defensivo a que se dá parcial provimento, para o fim de afastar a inconstitucionalidade reconhecida pela instância singela, e determinar que a mesma analise o cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo para a concessão da benesse pleiteada."* (TJ-MS - Agravo em Execução nº 0005454-23.2015.8.12.0002, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 13/07/2015, 2ª Câmara Criminal)

Assim, em caso de concurso de crimes, sendo um comum e o outro hediondo, será concedido o indulto somente para os crimes comuns, desde que cumpridos 2/3 (dois terços)da pena do crime impeditivo, no caso, estupro, em conformidade com o art. 8º do aludido Decreto Presidencial.

Contudo, não há como analisar no caso presente a pretensão do agravante, uma vez que o juízo de origem não analisou se o sentenciado satisfez o requisito subjetivo para obter o benefício, e isto a ele cabe, ou seja, é necessário que o juízo da Execução Penal verifique se foram preenchidos os critérios de ordem ordem subjetiva, sob pena de supressão de instância.

Portanto, o pedido não pode ser apreciado sem essa prévia análise do juiz *a quo.*

Ante o exposto:

Afasto a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 8º, do Decreto 8.380/2014 feita pelo juízo da Execução Penal nos autos n. 0013006-20.2007.

Julgo prejudicado o agravo em execução penal interposto por Márcio Silva Gialdi.

Determino que o juízo da Execução Penal de Dourados-MS, nos autos da Execução Penal n. 0013006-20.2007 examine o pedido de indulto formulado por Márcio Silva Gialdi quanto ao crime não hediondo, verificando se foram preenchidos os critérios de ordem subjetiva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram prejudicado o recurso. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exmª. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000581-71.2008.8.12.0051 - Itaquiraí
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DISPARO DE ARMA DE FOGO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – DÚVIDAS QUANTO À AUTORIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Inexistindo nos autos provas firmes e seguras quanto ao verdadeiro autor dos disparos de arma de fogo, deve-se prestigiar a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, decretando-se a absolvição do réu pela prática do crime previsto no art. 15 da Lei n. 10.826/03. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O acusado Claudiney Venceslau Beraldo foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, posteriormente substituída por duas penas restritivas de direitos, como incurso no art. 15 da Lei n. 10.826/03, porque, segundo consta, no dia 22 de março de 2008, por volta de 17h10, na Rua Dourados, n. 589, Jardim Primavera, na cidade de Itaquiraí, efetuou disparos de arma de fogo dentro do estabelecimento comercial de Ronaldo Alves da Silva.

Irresignado com a sentença condenatória, o acusado apela a este Sodalício pleiteando sua absolvição por insuficiência de provas.

Em sede de contrarrazões, o representante do parquet requer o improvimento do apelo defensivo.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo desprovimento do recurso interposto por Claudiney Venceslau Beraldo.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O acusado Claudiney Venceslau Beraldo foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, posteriormente substituída por duas penas restritivas de direitos, como incurso no art. 15 da Lei n. 10.826/03, porque, segundo consta, no dia 22 de março de 2008, por volta de 17h10 horas, na Rua Dourados, n. 589, Jardim Primavera, na cidade de Itaquiraí, efetuou disparos de arma de fogo dentro do estabelecimento comercial de Ronaldo Alves da Silva.

Irresignado com a sentença condenatória, o acusado apela a este Sodalício pleiteando sua absolvição por insuficiência de provas.

Assiste razão ao apelante.

Após analisar detidamente todo o caderno de provas, não se extrai com a certeza absoluta, tal como se exige para a condenação, que o apelante foi o autor dos disparos de arma de fogo dentro do estabelecimento comercial de Ronaldo Alves da Silva.

Inexiste dúvida sobre a materialidade, tanto que sequer está sendo contestada pela defesa. Apenas não se têm provas seguras de que o apelante foi o autor dos disparos efetuados no estabelecimento de Ronaldo.

O apelante negou categoricamente a prática do crime de disparo de arma de fogo em ambas as fases (f. 54 e 158-159), afirmando que no horário dos fatos encontrava-se nas redondezas da borracharia do Calango, embora não tenha negado ser credor de Ronaldo da quantia de R$ 400,00, dívida contraída a título de empréstimo.

Por sua vez, Ronaldo Alves da Silva apresentou em juízo (f. 174), a mesma versão dada na fase investigativa, relatando que: *"... O réu chegou com uma espingarda calibre 12 no estabelecimento do réu (diga-se: vítima), tendo o depoente corrido pela porta dos fundos. O réu deu um tiro nos litros de pinga e refrigerantes que ficavam no estabelecimento..."*.

Se por um lado a defesa não comprovou que o apelante no momento dos fatos estava nas redondezas da borracharia, por outro, o que se tem é apenas o depoimento de Ronaldo Alves da Silva, vulgo Jhony ou Dione, relatando que, em razão da dívida de R$ 400,00 (quatrocentos reais) contraída com Claudiney e não quitada, ele foi até o seu estabelecimento comercial e efetuou diversos disparos de arma de fogo com o objetivo de intimida-lo e coagi-lo.

Por sua vez, os policiais militares Paulo José de Lima e Nelson Francisco de Paula informaram que foram acionados através do telefone 190, dando conta da ocorrência de disparos de arma de fogo em um bar, de modo que se deslocaram até o lugar indicado e encontraram alguns cartuchos deflagrados (3 ou 4), tendo o proprietário do estabelecimento indicado a pessoa de Claudiney como sendo o autor dos disparos.

Logo, os milicianos também não presenciaram os fatos, de modo que nada sabem sobre o verdadeiro autor dos disparos de arma de fogo efetuados no bar de Ronaldo, apenas informando o que fora por ele relatado.

A testemunha Moisés Lopes Ferreira, ouvida tão somente na fase inquisitorial (f. 69), afirmou: *"... Que, o declarante esclarece que ao chegar no local não soube em que estariam disparando aqueles tiros, e que também não sabe dizer que tipo de arma foi usada para aqueles disparos, e nem conseguiu saber qual o motivo que levaria aquela confusão e nem quem era os envolvidos, que somente viu os buracos na parede dos disparos da arma as garrafas quebradas e não soube o porque da confusão e nem quem eram os envolvidos, e que tinha muitos curiosos no local admirados com a situação que estavam vendo"*.

Nota-se que a testemunha Moisés também não presenciou os fatos, chegando ao local após os disparos de arma de fogo, razão pela qual seu depoimento em nada contribuiu para a elucidação da autoria do delito.

Ademais, se havia outras pessoas no local no momento dos fatos, como afirmou Moisés, por qual razão a acusação não as arrolou como testemunhas?

Além disso, não se pode desconsiderar o fato de que não foi apreendido qualquer armamento ou munição na residência do apelante Claudiney Venceslau Beraldo, conforme se observa do cumprimento de mandado de busca e apreensão (f. 52).

Analisando as provas encartadas no bojo dos autos, tenho que se mostram insuficientes para embasar juízo condenatório. Não se está aqui afirmando que não há indícios de que o delito tenha ocorrido, no entanto, fundamentar uma condenação com base tão somente no depoimento da testemunha Ronaldo Alves da Silva, proprietária do bar onde os disparos de arma de fogo ocorreram, seria extremamente temerário.

Em síntese, não se pode embasar a condenação em meras hipóteses ou suposições sem que haja um juízo de certeza, sob pena de serem cometidos equívocos irreparáveis em momento posterior.

Nesse sentido, colhem-se do TJRS:

> *"APELAÇÃO-CRIME. DISPARO DE ARMA DE FOGO. A autoria sinalizada como mera possibilidade não é o bastante para condenação criminal, exigente de certeza plena e prova judicializada. Não havendo firme e boa reconstituição fática e havendo dúvida razoável sobre a participação do réu no cometimento do delito de disparo de arma de fogo, impositiva a absolvição. Apelo provido." Unânime.* (Apelação Crime Nº 70057840340, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 20/03/2014)
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. EM HAVENDO FUNDADAS DÚVIDAS ACERCA DA AUTORIA DO DELITO POR PARTE DO ACUSADO, HÁ DE SER ABSOLVIDO, FORTE NO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. IMPROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL."* (Apelação Crime Nº 70057162406, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 12/12/2013)
>
> *"APELAÇÃO-CRIME. DISPARO DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. AFASTAMENTO. O delito de disparo de arma de fogo prescinde da demonstração de efetivo risco de lesão à incolumidade pública, justamente por ser de perigo abstrato. Este crime representa opção política do legislador, buscando proteção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado, não havendo que se falar em inconstitucionalidade. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. OCORRÊNCIA. Não havendo provas estremes de dúvidas acerca da autoria delitiva, em obediência ao princípio do in dubio pro reo, a absolvição do acusado é medida impositiva. Preliminar afastada e apelo provido."* (Apelação Crime Nº 70051032423, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 06/02/2013)

Ante ao exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso defensivo, para absolver Claudiney Venceslau Beraldo da prática do crime do artigo 15, da Lei 10.826/03 (disparo de arma de fogo), com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. Em prevalecendo o voto desta relatoria, comunique-se imediatamente o juízo de origem para as providências cabíveis.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Manoel Mendes Carli e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2016.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002322-69.2013.8.12.0020/50000
Rio Brilhante
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – PRETENDIDA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE REDUZIU A PENA-BASE EM MAIOR EXTENSÃO EM FACE DO AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE DO AGENTE – POSSIBILIDADE – EMBARGOS PROVIDOS.

Conforme a concepção garantista do Direito Penal, é incorreta a exasperação da reprimenda mediante reprovação de conduta social e personalidade do acusado, pois este deve responder pelo fato criminoso imputado. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento aos Embargos Infringentes, nos termos do voto do Relator, vencidos o Revisor, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Ausente, por férias, o Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 25 de novembro de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tratam-se os presentes autos de embargos infringentes interpostos por Sandro Portilho em face do acórdão, não unânime, proferido pela 2ª Câmara Criminal, nos autos de apelação criminal n. 000232269.2013.8.12.0020, f. 404/416, que, nos termos do voto do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques negou provimento ao recurso defensivo, vencido o Des. Ruy Celso Babosa Florence dava parcial provimento para, na primeira fase da dosimetria, afastar a valoração negativa da conduta social e personalidade do réu, redimensionando a pena do recorrente.

Busca a defesa prevalência do voto vencido da lavra do Des. Ruy Celso Babosa Florence.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O recurso deve ser acolhido.

Por oportuno, transcrevo o voto condutor do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e o voto dissidente do Des. Ruy Celso Baborsa Florence, respectivamente:

Voto condutor do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques:

> *"(...)*
>
> *Peço vênia para divergir do Relator para manter a valoração negativa das referidas circunstâncias judiciais e negar provimento ao recurso defensivo.*
>
> *Para melhor análise recursal, destaco o trecho da sentença condenatória objeto da divergência:*
>
> *"Quanto ao crime de latrocínio.*
>
> *Culpabilidade normal; antecedentes imaculados (f. 169, 172 e 235), conforme súmula 444 do STJ; quanto a conduta social do réu, ou seja, o seu comportamento no meio da sociedade e da família, tem-se como prejudicial. A testemunha Leandro Moreira Espinosa narra a f. 87 que "em Amabaí/MS Sandro era cheio de rolos, e vivia brigando com outras pessoas". Por sua vez, Edinaldo Portilho, irmão do réu, narra em juízo "Que achou normal o sumiço porque seu irmão é problemático; Que Sandro é usuário de droga e por isto algumas vezes já furtou objetos da família, porém não registraram a ocorrência"; personalidade desvirtuada, pois mesmo diante de tamanha brutalidade cometida solicitou ao seu irmão, por telefone, que entrasse em contato com o seu empregador para receber o dinheiro de seu acerto (f. 45), demonstrando personalidade fria, incomum ao caso; os motivos crime são normais à espécie. Subtração de bem alheio para enriquecimento próprio; as circunstâncias e as consequências do crime em nada sobressaem ao tipo penal; bem como o comportamento da vítima em nada favoreceu para a prática dos delitos. Ainda, nos termos do artigo 60 do Código Penal, a situação econômica do réu é favorável, eis que trabalhava em empreita à época.*
>
> *(...)*
>
> *Quanto ao crime de ocultação de cadáver.*
>
> *Culpabilidade normal; antecedentes imaculados (f. 169, 172 e 235), conforme súmula 444 do STJ; quanto a conduta social do réu, ou seja, o seu comportamento no meio da sociedade e da família, tem-se como prejudicial. A testemunha Leandro Moreira Espinosa narra a f. 87 que "em Amabaí/MS Sandro era cheio de rolos, e vivia brigando com outras pessoas". Por sua vez, Edinaldo Portilho, irmão do réu, narra em juízo "Que achou normal o sumiço porque seu irmão é problemático; Que Sandro é usuário de droga e por isto algumas vezes já furtou objetos da família, porém não registraram a ocorrência"; personalidade desvirtuada, pois mesmo diante de tamanha brutalidade cometida solicitou ao seu irmão, por telefone, que entrasse em contato com o seu empregador para receber o dinheiro de seu acerto (f. 45), demonstrando personalidade fria, incomum ao caso; os motivos do crime são normais à espécie. as circunstâncias e as consequências do crime em nada sobressaem ao tipo penal; bem como o comportamento da vítima em nada favoreceu para a prática dos delitos. Ainda, nos termos do artigo 60 do Código Penal, a situação econômica do réu é favorável, eis que trabalhava em empreita à época.*
>
> *Com relação à conduta social, observa-se que o juiz de primeira instância, como dito, para os delitos de latrocínio e ocultação de cadáver, considerou tal circunstância judicial como desfavorável ao réu, o fazendo sob o entendimento de que o réu, segundo provas testemunhais," "em Amabaí/MS Sandro era cheio de rolos, e vivia brigando com outras pessoas" (...) "Que achou normal o sumiço porque seu irmão é problemático; Que*

Sandro é usuário de droga e por isto algumas vezes já furtou objetos da família, porém não registraram a ocorrência".

Considero que análise desta circunstância judicial está devidamente fundamentada. Isto porque, por "conduta social" deve ser considerado o "comportamento do agente no seio social familiar e profissional", isto é, "o relacionamento do acusado no meio em que vive".[1] *Segundo Schimitt, a "conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita".*[2]

No presente caso, o comportamento social do réu foi adequadamente analisado, tendo em vista que os elementos apontados pelo magistrado de primeira instância são capazes de refletir o comportamento do réu no meio social em que vive.

No que pertine à personalidade, também reputo também adequada a análise do magistrado de primeira instância acerca dessa circunstância judicial, para ambos os delitos. É que, além de tê-la por prejudicial por considerá-la "desvirtuada", o magistrado sentenciante ainda asseverou que "diante de tamanha brutalidade cometida solicitou ao seu irmão, por telefone, que entrasse em contato com o seu empregador para receber o dinheiro de seu acerto".

Trata-se, pois, de um fundamento concreto capaz de dar credibilidade a tal afirmação. Tratou-se, portanto, de afirmativa adequada pelo contexto em que foi apresentada, devendo ser mantida em desabono do apelante, apta a subsidiar a manutenção da prejudicialidade de tal circunstância judicial.

Assevero que o juiz, ao considerar negativa qualquer das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve fazê-lo com base em elementos sólidos que se fazem presentes no caso concreto.

Logo, a circunstância judicial da personalidade deve ser mantida em desfavor do réu.

Assim, deve ser mantida a valoração negativa das circunstâncias judiciais "conduta social" e "personalidade do réu" nos termos da sentença, vez que se encontram fundamentadas com base em elementos concretos, nos termos do art. 93, IX da CF.

(...)"

Voto dissidente do Des. Ruy Celso Baborsa Florence:

"(...)

Relativamente à individualização da pena, entendo que na primeira fase as penas-bases devem ser reduzidas ao mínimo legal, dada a incorreta exasperação mediante reprovação da conduta social e personalidade do réu. Conforme tenho reiteradamente decidido, o agente deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor).

O ilustre jurista Luigi Ferrajoli, adverte, aliás, que:

"O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros. Em segundo lugar, se aplicado ao processo, e consequentemente aos problemas da jurisdição,

1 SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 130.

2 Ibid. Pág. 131.

> *o princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados pela lei. Um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é"* (Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 208).
>
> *A jurisprudência já exarou o seguinte:*
>
> *"PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5° da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato senso') for lícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o.* (Apelação Crime Nº 70000907659, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 15/06/2000)
>
> *(...)"*

Observa-se dos votos acima transcritos que o eminente relator originário afastou as circunstâncias negativas da conduta social e da personalidade do do embargante.

Com razão o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, isto porque a conduta social e a personalidade do embargante não podem ser aferidas em seu desfavor, pois como bem destacou a dissidência *"o agente deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor)"*.

In casu, entendo que foi corretamente afastada a circunstância judicial da conduta social e da personalidade do agente, pois essas circunstâncias judiciais não se amoldam mais ao direito penal na concepção garantista.

Aliás, já acompanhei tal entendimento em outros julgados. Confira-se:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – FURTO SIMPLES E FURTO SIMPLES TENTADO - DOSIMETRIA DAS PENAS – INCORRETA REPROVAÇÃO CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE DO AGENTE, COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – PENAS-BASES REDIMENSIONADAS – CONTINUIDADE DELITIVA – RECONHECIDA – REGIME PRISIONAL – ABRANDAMENTO PARA O SEMIABERTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE.*
>
> *(...)*
>
> *Conforme a concepção garantista do Direito Penal, é incorreta a exasperação da reprimenda mediante reprovação de conduta social e personalidade do acusado, pois este deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo*

> *seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor). (...)* (Apelação - Nº 0014305-25.2013.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence – TJ/MS)

Alias, nesse mesmo sentido esta Seção Criminal recentemente decidiu:

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – PRETENDIDA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE REDUZIU A PENA-BASE EM MAIOR EXTENSÃO EM FACE DO AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CONDUTA SOCIAL E ALTEROU O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO – POSSIBILIDADE – EMBARGOS PROVIDOS.*
>
> *Conforme a concepção garantista do Direito Penal, é incorreta a exasperação da reprimenda mediante reprovação de conduta social e personalidade do acusado, pois este deve responder pelo fato criminoso imputado.*
>
> *O regime semiaberto é o adequado ao réu reincidente condenado a pena inferior ou igual a quatro anos, quando só há uma circunstância judicial Desfavorável."* (Embargos Infringentes e de Nulidade - Nº 0003923-40.2013.8.12.0011/50000 – Coxim; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes; Data do Julgamento: 22 de julho de 2015; Órgão Julgador: Seção Criminal)

Assim, conclui-se, pois, que os fundamentos expostos para embasar a exasperação por meio da conduta social e a personalidade do agente não podem ser considerada apta para a individualização da pena.

Logo, a pena-base deve ser fixada nos termos do voto dissidente.

À vista destas considerações, e com o parecer, dá-se provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto minoritário da lavra do Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Revisor)

É certo que "*o ordenamento jurídico brasileiro repudia o chamado 'direito penal do autor', prestigiando a correta apuração dos fatos.*" [3] Ocorre que tal questão se refere ao juízo de culpabilidade, ao qual se deve a análise da condenação do acusado pelo crime que cometeu e não pelos percalços de sua vida *ante acta*.

Estender os efeitos do repúdio ao Direito Penal do autor para inviabilizar a averiguação da conduta social e da personalidade do agente seria o mesmo que sepultar o princípio da individualização da pena, bem como negar vigência a parte do art. 59, do Código Penal.

O voto que se pretende fazer prevalecer, como posto, inviabiliza a avaliação de tal circunstância para a fixação de qualquer pena.

O Supremo Tribunal Federal Enunciou que "*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*" (Súmula Vinculante 10).

In casu, a conduta social foi negativada do acusado ser dado a brigas, bem como ser usuário de drogas, elementos mais do que suficientes para justificar a manutenção deste vetor desfavorável.

3 TJMG, Ap 6041782-39.2001.8.13.0024, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Matheus Chaves Jardim, j. 13/01/2011, DJ 24/01/2011.

De igual modo, a personalidade de Sandro afigura-se deturpada, na medida em que, após cometer um crime de latrocínio, foi capaz de telefonar para seu irmão, solicitando que este entrasse em contato com o patrão daquele a fim de cobrar valores da rescisão de contrato de trabalho.

Assim, a frieza demonstrada pelo acusado evidencia que a personalidade é psicótica na medida em que enxerga como normal cometer um crime de tamanha brutalidade.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Sandro Portilho.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (4ª Vogal)

Tratam-se os presentes autos de embargos infringentes interposto por Sandro Portilho visando a prevalência do voto vencido o Des. Ruy Celso Babosa Florence dava parcial provimento para, na primeira fase da dosimetria, afastar a valoração negativa da conduta social e personalidade do réu, redimensionando a pena do recorrente.

O ilustre relator dá integral provimento ao recurso.

O revisor, Des. Carlos Eduardo Contar, nega integral provimento ao recurso.

Divirjo do ilustre relator para dar parcial provimento ao recurso.

Em relação à circunstância da personalidade, negativamente avaliada em 1º grau e em sede de apelação para os delitos de latrocínio e ocultação de cadáver, voto com o Des. Romero para afastar tal ponto negativo da pena inicial.

Entretanto, em relação à conduta social do recorrente, tenho que esta deve permanecer má, explico:

O magistrado singular justificou que a:

> *"....conduta social do réu, ou seja, o seu comportamento no meio da sociedade e da família, tem-se como prejudicial. A testemunha Leandro Moreira Espinosa narra a f. 87 que "em Amambaí/MS Sandro era cheio de rolos, e vivia brigando com outras pessoas". Por sua vez, Edinaldo Portilho, irmão do réu, narra em juízo "Que achou normal o sumiço porque seu irmão é problemático; Que Sandro é usuário de droga e por isto algumas vezes já furtou objetos da família, porém não registraram a ocorrência...".*

Ora, do acima exposto pode-se concluir que, se a conduta do embargante perante sua própria família é desabonadora, de igual forma o é no contexto social *lato sensu*, justificando a elevação da reprimenda acima do mínimo legal.

Dessa forma, apresento voto intermediária para:

Afastar a circunstância da personalidade, tal como feito pelo relator, Des. Romero Osme Dias Lopes e;

Manter a circunstância negativa da conduta social do recorrente, tal como feito pelo Revisor, Des. Carlos Eduardo Contar.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencidos o revisor, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Ausente, por férias, o Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

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, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 25 de novembro de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0005610-91.2014.8.12.0019 - Dourados
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – ALEGADA SUFICIÊNCIA DE PROVAS – INOCORRÊNCIA – DELAÇÃO DE CORRÉU NÃO RATIFICADA EM JUÍZO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A exclusiva confissão do corréu na fase policial não ratificada em juízo e sem mais provas no caderno processual que demonstrem a coautoria delitiva não é prova suficiente para lastrear um édito condenatório. Recurso ministerial que se nega provimento mantendo-se a sentença absolutória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencida a vogal, contra o parecer.

Campo Grande, 24 de novembro de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O Ministério Público interpõe recurso de apelação da sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando Dvanir Guedes da Silva e absolvendo Fernando Sarat Pereira dos fatos narrados na inicial acusatória, constando que, no dia 03.11.2014, por volta das 10h, na Fazenda Bonfim, situada nas proximidades do Rio Guaibé, Município de Laguna Carapã, na comarca de Dourados, os acusados teriam sido surpreendidos efetuando o transporte de 30,62 kg (trinta quilos e seiscentos e dois gramas) de cocaína, ocultado em compartimento do veículo Fiat/Uno Mile, placa NRH-0668, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Não conformado com a absolvição de Fernando Sarat Pereira, busca a reforma da sentença para o fim de condená-lo como incurso no delito de tráfico ilícito de drogas, ao argumento de que há provas suficientes.

Contrarrazões pelo improvimento, às f. 402-415.

Parecer pelo provimento, às f. 427-432.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público em face da sentença que absolveu Fernando Sarat Pereira do crime de tráfico ilícito de drogas.

Narra a denúncia de f. 01-05:

> *"(...) que no dia 03.11.2014, por volta das 10h, na Fazenda Bonfim, situada nas proximidades do Rio Guaibé, município de Laguna Caarapã (MS), nesta comarca, Fernando Sarat Pereira e Dvanir Guedes Da Silva foram surpreendidos transportando/trazendo consigo, 30,62 Kg (trinta quilos e seiscentos e vinte gramas) de pasta base de Cocaína, tudo em desacordo com determinações legais e Regulamentares.*
>
> *Conforme restou apurado, no dia 03.11.2014, por volta das 10h, Policiais Militares integrantes do DOF, realizavam fiscalização de rotina entre o Posto de Combustíveis Tagi e a Vila Bocajá, na cidade de Laguna Caarapã/MS, quando receberam solicitação de apoio de policiais militares do GAECO, os quais informavam que haviam abordado dois veículos, um FIAT/Uno Mile e outro FIAT/Strada, em uma propriedade rural nas imediações da ponte sobre o Rio Guaibé.*
>
> *Chegando ao local, os policiais do DOF tomaram ciência de que os policiais do GAECO abordaram o veículo FIAT/Uno Mile, de cor prata, placa NRH-0668 de Dourados (MS), que era conduzido pelo denunciado Dvanir Guedes da Silva, o qual transportava em compartimento oculto (mocó) 34 (trinta e quatro) tabletes de pasta-base de cocaína, e outro veículo FIAT/Strada, de cor azul, placa BCJ-799 do Paraguai, este conduzido pelo denunciado Fernando Sarat Pereira, o qual seria o proprietário da droga e estaria no momento realizando a função de batedor de estrada.*
>
> *Ao ser indagado a respeito da substância encontrada em seu veículo, o denunciado Dvanir informou aos policiais que foi contratado por Fernando para transportar a droga até a cidade de Campo Grande (MS), sendo que receberia pelo serviço a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais); recebeu também de Fernando o veículo (Fiat Uno) e R$ 1.400,00 quando saiu desta cidade.*
>
> *Formalmente interrogados, o denunciado Dvanir confessou o crime mantendo sua versão inicial alegando que foi contratado por Fernando para transportar a droga até Campo Grande/MS (f.10-11).*
>
> *Já o denunciado Fernando exerceu o direito de permanecer em silêncio (f.12). A substância foi apreendida e pesada, totalizando 30,62 Kg (trinta quilos e seiscentos e vinte gramas). Realizado Exame Preliminar de Constatação na substância, foi constatada a presença de "Cocaína" (fls. 35-36 e 41).*
>
> *Frise-se que Fernando Sarat Pereira, além de concorrer para o transporte da droga "batendo estrada", financiou o transporte do entorpecente, eis que forneceu a droga, caro e dinheiro para Dvanir efetuar tráfico, assim, incidiu na causa de de aumento da pena prevista no artigo 40, inciso VI, da lei 11.343/06."*

Após acurada análise dos elementos reunidos nos autos, e salvo melhor juízo, tenho que razão não assiste ao *Parquet*.

Fernando utilizou seu direito de ficar calado no interrogatório policial (f. 17-18) e, em juízo (f. 211), negou veementemente a autoria do crime, afirmando que estava a trabalho no local onde foi preso

em flagrante, que não conhece Dvanir e que nenhuma droga estava em seu poder, além de que nada fora confirmado que ambos estivesse por meio de rádio ou telefone móvel.

Dvanir, na fase policial, confessou a prática e disse que Fernando o contratara (f. 15-16), porém, em juízo (f. 211), alegando que fora forçado imputar a autoria a alguém, disse que, de fato, Fernando não participara do crime. Afirma que foi contratado por pessoa chamada Marcelo que conhecera em Ponta Porã, onde combinaram o transporte da droga no carro que foi preparado para esse fim.

Da análise do magistrado *a quo* extrai-se os seguintes fundamentos (f. 351-360):

> *"Pois bem, ao manusear os autos, denoto que a materialidade do delito de trafico restou provada por meio do boletim de ocorrência (f. 34-7); auto de exibição e apreensão (f. 24-5); laudo preliminar de constatação (f. 46); laudo de exame toxicológico e pericial em veículos automotores (f. 138-41 e 161-173).*
>
> *Seguindo, com relação ao transporte de drogas, somente a autoria do réu Dvanir está confirmada, pois apesar de ter confessado a prática da traficância, tal fato por si só, não é capaz de atribuir a autoria do crime ao réu Fernando. Isso porque o réu Fernando não fora preso de posse de nenhum ilícito. Também não fora apreendido nenhum objeto (celular) que confirmasse a ligação ou comunicação entre os réus durante o trajeto. Inclusive, o réu Dvanir não confirmou a participação do réu Fernando nos crimes (tráfico e associação). Desse modo, não há provas que justifiquem a condenação do réu Dvanir pela associação e nem a do réu Fernando pela associação e tráfico.*
>
> *Nesse pensar, em juízo (f. 211/áudio), o réu Dvanir confessou a prática do tráfico. Disse ter sido contratado por um terceiro conhecido como "Marcelo Antônio da Silva", para levar a droga de Ponta Porã até Campo Grande. Conheceu referida pessoa num encontro de motoqueiros, em Ponta Porã. Dias depois fora contratado por ele para transportar a pasta base de cocaína. Pelo serviço receberia R$ 2.000,00. Porém, negou a participação do réu Fernando. Contou ser coagido pelas pessoas que o abordaram na rodovia (policiais à paisana), razão pela qual indicou o veículo azul que, momentos antes, passou na sua frente. Inclusive, achou que tais pessoas eram "capangas" do próprio Marcelo, pois não estavam fardados e não se identificaram. Depois, descobriu que eram policiais.*
>
> *Não sabia quem era o condutor do carro azul. Somente o indicou, pois estava com medo. Seguindo, juntamente com os policiais foram até uma fazenda e localizaram o motorista do Fiat/Strada azul, o corréu Fernando. Por sua vez, o policial Sidnei Natal ouvido, em juízo (f. 215/áudio), destacou ter participado da prisão dos réus. Foi acionado pelo Gaeco para dar apoio à ocorrência. Não participou das investigações, somente conduziu os réus até a delegacia. Declarou ouvir do réu Dvanir ter sido contratado pelo réu Fernando para transportar a droga pelo valor de R$ 2.000,00.*
>
> *No mesmo sentido, o policial militar Aurelino Pereira Souza discorreu, judicialmente (f. 215/áudio), se deslocar até o local dos fatos para apoiar os policiais do Gaeco. Não participou das investigações. Discorreu que o réu Dvanir confessou o transporte do ilícito e que a droga pertencia ao corréu Fernando. Por sua vez, o réu Fernando, em juízo (f. 211/áudio), negou a prática dos delitos. Foi preso na fazenda Bonfim - seu local de trabalho, ao se preparar para realizar a aplicação de veneno na lavoura. Narrou não conhecer o corréu Dvanir, nem ter celular com sinal que possibilitasse a comunicação. Ademais, informou ser coagido pela policia para confessar o crime.*
>
> ***Desse modo, denoto inexistir provas concretas da participação do réu Fernando nos delitos em voga e, por conseguinte, do réu Dvanir quanto à associação para o tráfico, como bem explanaram as defesas (f. 264-75 e 276-88).***

> *Acresça-se a isso, os policiais do DOF chegaram na fazenda depois que os policiais do Gaeco já tinham efetuado as prisões. Logo, não presenciaram os fatos, nem fizeram parte das investigações.*
>
> *Nesse diapasão, considerando a fraqueza das provas, resta evidente que o juízo condenatório, por óbvio, não pode se fundar em meras suposições.*
>
> ***Assim, in casu, vige o brocardo in dubio pro reo quanto ao réu Fernando e, somente pelo crime de associação para o tráfico, quanto ao réu Dvanir**.(...)"* destacamos

Conquanto tenha indícios de autoria, o corréu afirmou em juízo com segurança que o apelado não estaria na empreitada criminosa, retirando qualquer delação inicialmente efetuada na fase extrajudicial.

Os policiais Sidnei Natal e Aurelino Pereira Souza afirmaram que não participaram da abordagem inicial, chegando posteriormente ao local da prisão efetuada por policiais do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado - GAECO. Afirmaram, ainda, que Fernando fora conduzido à delegacia exclusivamente pela informação de Dvanir.

Nesse sentido, é a lição do professor Fernando da Costa Tourinho Filho:

> *"Por aí se vê que a confissão, sem embargo de ser excelente e valioso meio de prova, não tem força probatória absoluta. Por isso mesmo dispõe o CPP, no art. 197, que o valor da confissão se aferirá pelo critérios adotados para outros elementos de prova, e para a sua apreciação o Juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.*
>
> *Nem poderia de outra forma. O Estado não quer que um inocente pague pelo verdadeiro culpado. Há, pois, interesse público em jogo, devendo o Juiz confrontar a confissão com as demais provas, pesquisando possível compatibilidade ou concordância, para não incidir no erro de aceitar como verdadeira uma auto-acusação falsa.*
>
> *Além disso, confessada a autoria, deverá ainda o Magistrado, nos termos do art. 190 do CPP, indagar dos motivos e das circunstâncias em que ocorreu o fato. Deverá apreciar o animus confitendi, se é livre ou não, as qualidades psíquicas do imputado, os motivos da confissão etc."* (Processo penal. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.298. v. 3)

Vale ressaltar que as provas colhidas e a confissão devem guardar uma relação harmônica, que se unam num nexo lógico bastante a demonstrar a seriedade – e veracidade - da confissão.

No caso vertente, não existem provas razoáveis, quer orais ou técnicas, que demonstrem a participação de Fernando Sarat Pereira.

Com efeito, as provas amealhadas nos autos não são suficientes para demonstrar cabalmente o crime imputado ao apelado.

Assim, em que pese a irresignação ministerial diante dos fundamentos apresentados na sentença, a tese não merece prosperar, impondo-se sua manutenção.

Ante o exposto, e contra o parecer, nega-se provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo-se a sentença absolutória *in totum*.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor)

O Ministério Público Estadual denunciou Dvanir Guedes da Silva e Fernando Sarat Pereira como incursos nas penas do artigo 33, *caput* e 35, *caput*, da Lei 11.343/2006.

A sentença foi julgada parcialmente procedente, sendo Dvanir Guedes da Silva condenado pela prática do delito descrito no artigo 33,*caput* , da Lei 11.343/2006 , à pena de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, razão do inconformismo do Ministério Público Estadual.

Entende o *parquet* que Fernando Sarat Pereira deve ser condenado pela prática de tráfico de drogas.

A questão é que a confissão isolada do corréu Dvanir, na fase extrajudicial, não confirmada em juízo, de que Fernando o contratou para transportar droga e exercia a função de batedor resta isolada nos autos e não ampara uma condenação.

Não foi juntada nos autos a origem da informação prévia do Gaeco de que Fernando e o corréu Dvanir traficavam drogas juntos, bem como, não há perícia em telefones que comprovem ligação prévia.

Como consignou o julgador singular:

"O réu Fernando, em juízo (f. 211/áudio), negou a prática dos delitos. Foi preso na fazenda Bonfim - seu local de trabalho, ao se preparar para realizar a aplicação de veneno na lavoura. Narrou não conhecer o corréu Dvanir, nem ter celular com sinal que possibilitasse a comunicação. Ademais, informou ser coagido pela polícia para confessar o crime. Desse modo, denoto inexistir provas concretas da participação do réu Fernando nos delitos em voga e, por conseguinte, do réu Dvanir quanto à associação para o tráfico, como bem explanaram as defesas (f. 264-75 e 276-88). Acresça-se a isso, os policiais do DOF chegaram na fazenda depois que os policiais do Gaeco já tinham efetuado as prisões. Logo, não presenciaram os fatos, nem fizeram parte das investigações. Nesse diapasão, considerando a fraqueza das provas, resta evidente que o juízo condenatório, por óbvio, não pode se fundar em meras suposições" (f. 355).

Ante o exposto, com tais considerações, acompanho o relator.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Vogal)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, contra a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando Dvanir Guedes da Silva e absolvendo Fernando Sarat Pereira da prática do crime do art. 33, *caput*, e art. 33, *caput*, c/c art. 40, art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, VII, todos da Lei n.º 11.343/06, e, absolvendo também os dois do crime do art. 35, da Lei de Drogas, por insuficiência de provas.

Irresignado, o órgão ministerial pugna pela reforma da sentença, para o fim de condenar o apelado Fernando Sarat como incurso no delito do art. 33, *caput,* da Lei de Drogas, eis que entende haver provas suficientes para sustentar a condenação.

O ilustre relator conheceu do recurso, negando-lhe provimento, nos termos a seguir:

> *"No caso vertente, não existem provas razoáveis, quer orais ou técnicas, que demonstrem a participação de Fernando Sarat Pereira.*
>
> *Com efeito, as provas amealhadas nos autos não são suficientes para demonstrar cabalmente o crime imputado ao apelado.*
>
> *Assim, em que pese a irresignação ministerial diante dos fundamentos apresentados na sentença, a tese não merece prosperar, impondo-se sua manutenção.*
>
> *Ante o exposto, e contra o parecer, nega-se provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo-se a sentença absolutória in totum.*
>
> *É como voto."*

Peço vênia para divergir do ilustre relator, pois, entendo ser o caso de prover o recurso interposto pelo *Parquet,* para que seja condenado também o apelado pela prática do crime do art. 33, *caput,* da Lei de Drogas.

Consta da Denúncia (f. 01/05):

> *"FATO 01:*
>
> *Consta dos autos de inquérito policial nº 0005610-91.2014 que, em data anterior ao dia 03 de novembro de 2014, em local e horários ignorados, os denunciados Dvanir Guedes da Silva e Fernando Sarat Pereira associaram-se entre si, para o fim realizar tráfico de drogas, especialmente o transporte de 30,62 kg (trinta quilos e seiscentos e vinte gramas) de pasta base de cocaína, fato descrito a seguir.*
>
> *FATO 02:*
>
> *Consta, ainda, que no dia 03.11.2014, por volta das 10h, na Fazenda Bonfim, situada nas proximidades do Rio Guaibé, município de Laguna Caarapã (MS), nesta comarca, Fernando Sarat Pereira e Dvanir Guedes da Silva foram surpreendidos transportando/trazendo consigo, 30,62 Kg (trinta quilos e seiscentos e vinte gramas) de pasta base de cocaína, tudo em desacordo com determinações legais e regulamentares.*
>
> *Conforme restou apurado, no dia 03.11.2014, por volta das 10h, Policiais Militares integrantes do DOF, realizavam fiscalização de rotina entre o Posto de Combustíveis Tagi e a Vila Bocajá, na cidade de Laguna Caarapã/MS, quando receberam solicitação de apoio de policiais militares do GAECO, os quais informavam que haviam abordado dois veículos, um FIAT/Uno Mille e outro FIAT/Strada, em uma propriedade rural nas imediações da ponte sobre o Rio Guaibé.*
>
> *Chegando ao local, os policiais do DOF tomaram ciência de que os policiais do GAECO abordaram o veículo FIAT/Uno Milee, de cor prata, placa NRH-0668 de Dourados Chegando ao local, os policiais do DOF tomaram ciência de que os policiais do GAECO abordaram o veículo FIAT/Uno Milee, de cor prata, placa NRH-0668 de Dourados (MS), que era conduzido pelo denunciado Dvanir Guedes da Silva, o qual transportava em compartimento oculto (mocó) 34 (trinta e quatro) tabletes de pasta-base de cocaína, e outro veículo FIAT/Strada, de cor azul, placa BCJ-799 do Paraguai, este conduzido pelo denunciado Fernando Sarat Pereira, o qual seria o proprietário da droga e estaria no momento realizando a função de batedorde estrada.*
>
> *Ao ser indagado a respeito da substância encontrada em seu veículo, o denunciado Dvanir informou aos policiais que foi contratado por Fernando para transportar a droga até a cidade de Campo Grande (MS), sendo que receberia pelo serviço a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais); recebeu também de Fernando o veículo (Fiat Uno) e R$ 1.400,00 quando saiu desta cidade.*
>
> *Formalmente interrogados, o denunciado Dvanir confessou o crime mantendo sua versão inicial, alegando que foi contratado por Fernando para transportar a droga até Campo Grande/MS (f.10-11). Já o denunciado Fernando exerceu o direito de permanecer em silêncio (f.12).*
>
> *A substância foi apreendida e pesada, totalizando 30,62 Kg (trinta quilos e seiscentos e vinte gramas). Realizado Exame Preliminar de Constatação na substância, foi constatada a presença de "cocaína" (fls. 35-36 e 41).*

Frise-se que Fernando Sarat Pereira, além de concorrer para o transporte da droga "batendo estrada", financiou o transporte do entorpecente, eis que forneceu a droga, carro e dinheiro para Dvanir efetuar tráfico, assim, incidiu na causa de aumento da pena prevista no artigo 40, inciso VII, da lei 11.343/06.

Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Fernando Sarat Pereira como incurso nas penas do artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso VII, e artigo 35, caput, todos da Lei de Drogas e Dvanir Guedes da Silva como incurso nas penas do artigo 33, caput e artigo 35, caput, da lei 11.343/06."

O magistrado sentenciante, assim decidiu (f. 351/360):

"Trata-se de ação penal pública incondicionada em que os réus foram denunciados pela prática dos delitos de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, por transportar, para fins de comercialização, as substâncias entorpecentes apreendidas (pasta base de cocaína), sem autorização legal.

Pois bem, ao manusear os autos, denoto que a materialidade do delito de trafico restou provada por meio do boletim de ocorrência (f. 34-7); auto de exibição e apreensão (f. 24-5); laudo preliminar de constatação (f. 46); laudo de exame toxicológico e pericial em veículos automotores (f. 138-41 e 161-173).

Seguindo, com relação ao transporte de drogas, somente a autoria do réu Dvanir está confirmada, pois apesar de ter confessado a prática da traficância, tal fato por si só, não é capaz de atribuir a autoria do crime ao réu Fernando.

Isso porque o réu Fernando não fora preso de posse de nenhum ilícito. Também não fora apreendido nenhum objeto (celular) que confirmasse a ligação ou comunicação entre os réus durante o trajeto. Inclusive, o réu Dvanir não confirmou a participação do réu Fernando nos crimes (tráfico e associação). Desse modo, não há provas que justifiquem a condenação do réu Dvanir pela associação e nem a do réu Fernando pela associação e tráfico.

Nesse pensar, em juízo (f. 211/áudio), o réu Dvanir confessou a prática do tráfico. Disse ter sido contratado por um terceiro conhecido como "Marcelo Antônio da Silva", para levar a droga de Ponta Porã até Campo Grande. Conheceu referida pessoa num encontro de motoqueiros, em Ponta Porã. Dias depois fora contratado por ele para transportar a pasta base de cocaína. Pelo serviço receberia R$ 2.000,00. Porém, negou a participação do réu Fernando. Contou ser coagido pelas pessoas que o abordaram na rodovia (policiais à paisana), razão pela qual indicou o veículo azul que, momentos antes, passou na sua frente. Inclusive, achou que tais pessoas eram "capangas" do próprio Marcelo, pois não estavam fardados e não se identificaram. Depois, descobriu que eram policiais.

Não sabia quem era o condutor do carro azul. Somente o indicou, pois estava com medo. Seguindo, juntamente com os policiais foram até uma fazenda e localizaram o motorista do Fiat/Strada azul, o corréu Fernando.

Por sua vez, o policial Sidnei Natal ouvido, em juízo (f. 215/áudio), destacou ter participado da prisão dos réus. Foi acionado pelo Gaeco para dar apoio à ocorrência. Não participou das investigações, somente conduziu os réus até a delegacia. Declarou ouvir do réu Dvanir ter sido contratado pelo réu Fernando para transportar a droga pelo valor de R$ 2.000,00.

No mesmo sentido, o policial militar Aurelino Pereira Souza discorreu, judicialmente (f. 215/áudio), se deslocar até o local dos fatos para apoiar os policiais do Gaeco. Não participou das investigações. Discorreu que o réu Dvanir confessou o transporte do ilícito e que a droga pertencia ao corréu Fernando.

Por sua vez, o réu Fernando, em juízo (f. 211/áudio), negou a prática dos delitos. Foi preso na fazenda Bonfim - seu local de trabalho, ao se preparar para realizar a aplicação de veneno na lavoura. Narrou não conhecer o corréu Dvanir, nem ter celular com sinal que possibilitasse a comunicação. Ademais, informou ser coagido pela polícia para confessar o crime.

Desse modo, denoto inexistir provas concretas da participação do réu Fernando nos delitos em voga e, por conseguinte, do réu Dvanir quanto à associação para o tráfico, como bem explanaram as defesas (f. 264-75 e 276-88).

Acresça-se a isso, os policiais do DOF chegaram na fazenda depois que os policiais do Gaeco já tinham efetuado as prisões. Logo, não presenciaram os fatos, nem fizeram parte das investigações.

Nesse diapasão, considerando a fraqueza das provas, resta evidente que o juízo condenatório, por óbvio, não pode se fundar em meras suposições.

Assim, in casu, vige o brocardo in dubio pro reo quanto ao réu Fernando e, somente pelo crime de associação para o tráfico, quanto ao réu Dvanir. Neste norte: (...). Quando os elementos de provas constantes da instrução processual não permitem ao julgador aferir indene de dúvidas que o apelado praticou o fato nos moldes da acusação contida na denúncia, persistindo a dúvida, a manutenção da absolvição é medida de rigor. (TJMS; APL 0001811-40.2006.8.12.0045; Sidrolândia; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 17/03/2015; Pág. 27).

Nesse aspecto ensinam:

Guilherme de Souza Nucci in Código de Processo Penal Comentado, 13ª, ed. Forense, 2014, p. 795-96: Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação de seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição.

Júlio Fabbrini Mirabette leciona in Código de Processo Penal Interpretado, 9ª, ed. Atlas, 2001, p. 1004: Absolvição por falta de provas: Por último, deve ser absolvido o réu se "não existir prova suficiente para a condenação". Refere-se a lei genericamente aos casos em que, excluídas todas as hipóteses anteriores, não pode ser a ação julgada procedente por falta de provas indispensáveis à condenação. Assim, é cabível quando houver dúvida quanto à existência de uma causa excludente da ilicitude ou culpabilidade alegadas e que, embora não comprovadas, levam à absolvição pelo princípio in dubio pro reo.

Adiante, como mencionado, somente quanto ao tráfico restou provada a autoria do réu Dvanir, pois confessou a prática do transporte do entorpecente. Ademais, foi preso em flagrante com uma quantidade considerável de pasta base de cocaína (33,62kg) acondicionados em 34 tabletes em compartimento escondido no veículo que dirigia. Ainda a droga seria transportada até a cidade de Campo Grande/MS.

Quanto ao tráfico privilegiado, não merce acolhida. Isso porque está claro que o réu integra organização criminosa, haja vista servir de elo para disseminar os entorpecentes de alta potencialidade lesiva e muito valor de mercado.

Em frente, não há que se falar em delação premiada, porquanto o réu não colaborou voluntariamente com as investigações, apenas confessou a forma de execução do delito.

Nesse contexto, está demonstrado que o réu Dvanir praticou o crime de tráfico de drogas ao transportar no interior de um veículo em via pública, drogas ilícitas para comercialização.

Diante do exposto, acolho parcialmente a denúncia para:

a) absolver o réu Fernando Sarat Pereira das penas dos artigos 33, caput, c.c. artigo 40, inciso VII e 35, caput, da Lei 11.343/06, na esteira do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

b) absolver o réu Dvanir Guedes da Silva das penas do artigo 35, caput, da Lei 11.343/06, na esteira do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

c) condenar o réu Dvanir Guedes da Silva, nas penas do artigo 3, caput, da Lei 11.343/06, observando-se a Lei 8.072/90."

Ouso discordar do singelo julgador, eis que entendo serem suficientes as provas para a condenação de Fernando.

Ouvido em juízo, o Policial Militar Sidnei Natal declarou que (arquivo audiovisual – SAJ 1º grau):

"Ministério Público: *Com relação a esse fato envolvendo o Dvanir Guedes da Silva e Fernando Sarat Pereira, o senhor participou da apreensão da droga e da prisão dos dois réus?*

Policial: *Sim, senhor! Fomos acionados pelo GAECO, que já tinha abordado eles, pra gente fazer a condução. Eles estavam sendo monitorados, entraram nesta fazenda e foram abordados. Nós estávamos ali próximo, fomos acionados via rádio, pra dar o apoio. Chegando lá, vimos a droga no veículo, que estava com o Dvanir, e o Dvanir falou que tava ganhando R$ 2.000,00 (dois mil reais), e que a droga era do Fernando, que tava 'batendo estrada' pra ele, numa Strada, placa do Paraguai.*

Ministério Público: *Então, na verdade, o senhor participou da operação depois da prisão de ambos?*

Policial: *Depois da prisão. Isso.*

Ministério Público: *Acionado pelos policiais do GAECO?*

Policial: *Do GAECO.*

Ministério Público: *Essa versão que o senhor acabou de nos narrar, que o Dvanir confessa o transporte, a ciência da droga, contratada pelo Fernando, o senhor ouviu deles?*

Policial: *Ele falou pra mim! O Dvanir falou pra mim!*

Ministério Público: *Pro senhor?*

Policial: *É, pra mim. A hora que eu cheguei lá ele: 'não, o dono da droga é o que está no Fiat Strada azul, placa do Paraguai. Eu vou ganhar 2.000,00 (dois mil reais) pra levar até na Estação Rodoviária de Campo Grande'.*

Ministério Público: *E indicou o Fernando, expressamente, como sendo aquele que o contratou?*

Policial: *Fernando. Expressamente!*

Ministério Público: *O senhor chegou a conversar com o Fernando também?*

Policial: *O Fernando falou que só ia fazer declaração em juízo. Na hora lá, ele se negou a falar qualquer coisa. Quem falou foi o Dvanir, que tava conduzindo a droga. Que a droga era do Fernando, que ele ia ganhar dois mil reais, e que o Fernando ia 'batendo estrada' na frente pra ele.*

Ministério Público*: Em relação a essa informação do monitoramento, enfim, do acompanhamento pelo GAECO o senhor ouviu dos policiais do GAECO?*

Policial: *Sim, deles! Lá na hora, no local.*

Ministério Público: *Que já estavam sendo monitorados? Que já tinha investigação anterior, em relação a esses dois?*

Policial: *Já. Sim, senhor!*

Ministério Público: *O senhor sabe de onde eles saíram com essa droga?*

Policial: *De Ponta Porã!*

Ministério Público: *De Ponta Porã, e indo para Campo Grande?*

Policial*: Indo pra Campo Grande, pegando o desvio ali por Laguna, Bocajá...*

(...)

Defesa: *Eu gostaria de saber, em relação a se existia algum mecanismo de comunicação, entre o Dvanir e o Fernando.*

Juiz: *Se havia um rádio amador dentro do carro?*

Defesa: *Sim.*

Policial*: Não, eu não fiquei sabendo! Se era o telefone ou rádio, eu não fiquei sabendo.*

Defesa: *Senhor Sidnei, narra aqui o seu depoimento prestado na Delegacia, nas linhas 18 e 19, que o senhor ao chegar no local, o senhor foi informado em conversa com os policiais da GAECO, que o senhor tomou ciência dos fatos naquele momento, então, só pra deixar bem claro Excelência, então o senhor não estava fazendo parte dessa investigação?*

Policial: *Não, só fui dar o apoio! Mas, no local, o Dvanir acabou por falar o que os policiais tinham falado pra mim.*

Defesa: *Também na narrativa, na folha 21, o senhor informa que (...) Tem assim, várias perguntas que estão em 3ª pessoa do plural, e, a meu ver dá um sujeito oculto e indeterminado, eu queria só deixar claro quem seria esse sujeito. O senhor disse assim: esclareceram que o condutor do veículo Fiat Uno seria o Dvanir da Silva e o do Fiat Strada, o senhor Fernando Sarat, sendo que a droga e o veículo seriam deixados na estação rodoviária. Quem é que esclareceu esses fatos pro senhor?*

Policial: *Quem me falou foram os policiais do local, e também depois o Dvanir.*

Defesa*: Logo na sequência, na linha 24, o senhor disse: 'salientaram que o Fernando era o proprietário da droga, e que teria servido como batedor, e só foi possível identificá-los através do laudo de investigação pela prática do tráfico de drogas.' Quem salientou pro senhor? Foram os policiais também?*

Policial: *Foram os policiais!*

Defesa: *Tá. Posteriormente, o senhor disse que o Dvanir então, confirmou a versão apresentada pelos policiais?*

Policial: *Sim. Confirmou!*

(...)

Defesa: *O colega perguntou, e eu só queria deixar bem ressaltado que foram apreendidos telefones celulares, mas, o senhor não teria como precisar se esses telefones foram utilizados.*

Policial: *Não, aí seria a Polícia Civil, através de uma investigação. A gente só faz a apreensão do material, e entrega pro Delegado, ele que toma as providências, no sentido de investigar se teve uma comunicação, ou não.*

Ele foi encaminhado pelo fato do Dvanir ter falado que ele era o dono da droga, ele era o batedor e ele que estaria pagando dois mil reais pra ele, por isso que ele foi encaminhado pra Delegacia.

Defesa: *Mas, dentro do veículo não tinha nenhum outro instrumento de comunicação entre eles?*

Policial: *Não. Rádio não. Só o celular. (...)*

O declarante ainda relatou, respondendo a perguntas da defesa, que os policiais que os chamaram para apoio eram do GAECO, e que já os conhecia antes, a partir de operações anteriores.

As declarações prestadas pelo Policial Militar Aurelino Pereira Souza corroboram as de Sidnei Natal (arquivo audiovisual – SAJ 1º grau).

Resumindo o que se apurou nos autos, no dia 03.11.2014, por volta das 10h, na Fazenda Bonfim, situada nas proximidades do Rio Guaibé, município de Laguna Caarapã (MS), Fernando Sarat Pereira e Dvanir Guedes da Silva foram surpreendidos transportando/trazendo consigo, 30,62 Kg (trinta quilos e seiscentos e vinte gramas) de pasta base de cocaína e os Policiais Militares integrantes do DOF, que realizavam fiscalização de rotina entre o Posto de Combustíveis Tagi e a Vila Bocajá, na cidade de Laguna Caarapã/MS, receberam solicitação de apoio de policiais militares do GAECO, que já tinham abordado os dois veículos, um FIAT/Uno Mille e outro FIAT/Strada, em uma propriedade rural nas imediações da ponte sobre o Rio Guaibé.

Os policiais do DOF se dirigiram ao local e lá estavam os veículos,os policiais do GAECO e os dois réus Fernando e Devanir, sendo conduzidos à Polícia Civil para as providências cabíveis pela autoridade policial.

Estes fatos foram corroborados pelos policiais do DOF ouvidos em juízo.

Ora, neste contexto, cabe salientar que pois não foi explicado o que os dois veículos estavam fazendo juntos em uma propriedade rural, se não fosse pelo vínculo existente entre ambos, que era a operação de tráfico.

O fato de o corréu ter incriminado Fernando, quando ouvido na fase policial, o fato de também ter delatado informalmente o corréu perante os próprios policiais do DOF que depois prestaram depoimento em juízo, aliado ao contexto situacional de os corréus estarem juntos com os dois veículos em propriedade rural, a meu ver é suficiente para relacioná-los um ao outro com segurança.

Note-se que Dvanir na fase policial confirmou ter se dirigido à fazenda próxima a Laguna Carapã, onde encontrou-se com o corréu Fernando, e logo depois chegaram os policiais, ainda afirmou que depois de tomar posse do veículo com a droga, foi orientado por Fernando a se dirigir por estradas vicinais até uma fazenda próxima a Laguna Carapã, lá parou e se encontrou com Fernando na Fazenda, até que chegaram os policiais e vistoriaram o veículo e acharam a droga (cf. f. 15-16).

Cito um trecho do depoimento a f. 15/16, de Dvanir Guedes da Silva:

> *"(...) na data de ontem recebeu um telefonema de Fernando Sarat, o qual lhe ofereceu a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais) para transportar drogas de Ponta Porã/MS a Campo Grande/MS; (...) Que foi até a casa de seu amigo Anderson e lá combinou um encontro com Fernando, o qual foi até o local em um veículo Fiat Strada com placas do Paraguai, cujo veículo acredita ser de propriedade do mesmo; Que Fernando na oportunidade o orientou que nesta manhã, iria se apossar de um Fiat Uno de cor cinza nas proximidades da rodoviária, cuja chave estaria escondida debaixo do tapete e que haveria a quantia de R$1.400,00 (mil e quatrocentos reais) no porta luvas, que seriam parte do pagamento e para o gasto com a viagem; (...) Que depois de tomar posse do veículo foi orientado por Fernando a seguir por estradas vicinais e que fosse até uma fazenda próximo a Laguna Carapã/MS; Que parou em frente a fazenda, cujo nome não sabe declinar, pois, não viu placa de identificação e se encontrou com Fernando naquela fazenda, sendo que no local também se encontrava o caseiro da propriedade rural; Que depois de aproximadamente quinze minutos apareceram policiais a paisana, os quais começaram a vistoriar o veículo Fiat Uno e acabaram localizando ocultos no assoalho do porta malas diversos tabletes de 'pasta base de cocaína'; (...) Que os Policiais também realizaram buscas na casa do caseiro, onde localizaram três espingardas e certa quantia de veneno; (...)".*

Os Policiais Militares Sidnei e Aureliano não estavam presentes no momento da prisão dos acusados em flagrante delito, mas foram chamados por policiais do GAECO para ajudarem na condução dos presos, foram ao local, que era uma fazenda, e presenciaram a droga oculta no veículo conduzido por Dvanir, e confirmaram que ouviram Dvanir apontar o apelado como sendo o proprietário da droga apreendida e batedor na empreitada criminosa.

Destaca-se que os testemunhos prestados por agentes públicos são válidos e revestidos de presunção de veracidade, razão pela qual são suficientes para condenação, desde que não infirmados por outros elementos de prova.

Também não deve ser ignorado que Dvanir foi firme ao afirmar que o dono da droga seria o Apelado, e que receberia a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais) pelo "serviço", de modo que resta comprovada a participação do Apelado no delito de tráfico de drogas.

A propósito cabe citar sobre ponderação das provas, decisão citada pelo Procurador de Justiça (f. 426/432):

> *(...) APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRELIMINAR - NULIDADE DO PROCESSO - ALEGADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA MANIFESTAR-SE ACERCA DO RESULTADO DA PERÍCIA DOS APARELHOS CELULARES - IMPOSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DO MATERIAL PELAS EMPRESAS DE TELEFONIA - EXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - REJEITADA - MÉRITO - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - MATERIALIDADE COMPROVADA - AUTORIA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU QUE TRANSPORTAVA A DROGA - NEGATIVA PELOS "BATEDORES" - FIRMES E SEGUROS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS - OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO - PROVA SUFICIENTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO - ALMEJADO RECONHECIMENTO - GRANDE QUANTIDADE DE "MACONHA" - SÉRIOS INDÍCIOS DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - PRETENSÃO AFASTADA - PENA-BASE - UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DECOTADA - AUMENTO EXACERBADO - REDUÇÃO OPERADA - MULTA REDUZIDA - ATENUANTE - MENORIDADE - PEDIDO DE AUMENTO DO QUANTUM DE REDUÇÃO - DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO - PATAMAR PRESERVADO - REGIME PRISIONAL FECHADO - PEDIDO DE ABRANDAMENTO - PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS - ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - GRANDE QUANTIDADE DE DROGA - IMPOSSIBILIDADE - RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO - INDEFERIMENTO - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*
>
> *Não há falar em nulidade do processo ante a ausência de intimação da defesa para manifestar-se acerca do resultado da perícia dos celulares devido à impossibilidade de fornecimento do material pelas empresas de telefonia, ainda mais se houve a realização do laudo pericial nos aparelhos, não restando prejuízo para as partes.*
>
> ***Preliminar rejeitada. A confissão extrajudicial do réu que transportava a droga, não obstante a negativa de autoria pelos "batedores", aliada aos firmes e seguros depoimentos dos policiais que realizaram as diligências, bem como a outros elementos de convicção, comprovam sem sombra de dúvidas a traficância** perpetrada pelos agentes, impondo-se a manutenção do édito condenatório. Se a quantidade de droga apreendida e o modus operandi apontam o envolvimento dos réus com organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de drogas, revela-se incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Afastada da pena-base uma circunstância judicial do art. 59 do Código Penal (consequências do crime), opera-se a sua redução, assim como a pena de multa, notadamente quando a elevação mostrou-se exacerbada. O quantum de redução em razão da atenuante é critério discricionário do juiz, de modo que, devidamente fixada dentro dos parâmetros legais, deve ser preservada. A grande quantidade de entorpecente e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, algumas delas desfavoráveis ao agente, justificam a fixação do regime fechado para início de cumprimento da reprimenda.*
>
> *Infere-se o pedido de restituição do veículo apreendido quando restar demonstrado nos autos que o automóvel foi utilizado no desenvolvimento da atividade ilícita do tráfico de drogas, ajudando no transporte da elevada quantidade de "maconha", na qualidade de "batedor" de estrada, com fins de garantir o êxito da empreitada."* (TJ-MS, Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes, Data de Julgamento: 23/06/2015, 1ª Câmara Criminal) (g.n.).

Assim, o recurso Ministerial merece prosperar, dando-se Fernando Sarat Pereira, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, c/c art. 40 VII, ambos da Lei 11.343/06, eis que as provas demonstram suficientemente a autoria e a materialidades delitivas, em relação ao Apelado.

Passa-se à dosimetria da pena.

No âmbito da 1ª fase do método trifásico de apenamento, ao analisar as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, está na mesma situação que o corréu, com a quantidade e natureza da droga desfavoráveis, porém, deixo de agravar sua pena-base pela quantidade e natureza da droga, já que este elemento será usado como impeditivo do tráfico privilegiado, visando evitar-se o *bis in idem*.

Assim, fixa-se sua pena-base no mínimo legal, ou seja: 05 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira etapa não é o caso de se aplicar o tráfico privilegiado, pela quantidade e natureza de droga que indicam dedicação a atividade criminosa, por isso, inexistindo circunstâncias atenuantes e/ou agravantes, nem causas de aumento ou diminuição, a pena definitiva resta fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em regime semiaberto, sem a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.

Conclusão:

Ante o exposto, com o parecer, divirjo do i. Relator, para dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, e condenar o apelado Fernando Sarat, como incurso nas penas do art. 33, *caput,* da Lei n.º 11.343/06.

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, contra o parecer.

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. Manoel Mendes Carli e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 24 de novembro de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000809-38.2009.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO – AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE DA CONDUTA DO RÉU COMO CAUSA DEFINITIVA PARA A MORTE – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Ausente a certeza sobre o nexo de causalidade da conduta do réu, que aplicou "silicone industrial" na vítima, como condição eficiente exclusiva para a morte desta, e havendo prova da autocolocação em risco da mesma, que recusou atendimento médico, o réu deve ser absolvido por insuficiência de provas da imputação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 1 de fevereiro de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

João Waldynar Avalhaes Teixeira interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara da comarca de Fátima do Sul que o condenou pela prática do crime de homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP) à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto, com substituição por uma restritiva de direito.

Requer sua absolvição alegando insuficiência de provas, pois antes de a vítima falecer esteve por três vezes internada e nas duas primeiras se recusou em receber o tratamento médico adequado, impedimento que procedimentos necessários para salvar sua vida fossem prestados por profissionais da saúde.

Argumenta também que não assume a autoria das aplicações do produto no corpo da vítima, não havendo prova de tal prática.

Pleiteia a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 397-400).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recurso (p. 421-425).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

João Waldynar Avalhaes Teixeira interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara da comarca de Fátima do Sul que o condenou pela prática do crime de homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP) à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto, com substituição por uma restritiva de direito.

Requer sua absolvição alegando insuficiência de provas, pois antes de a vítima falecer esteve por três vezes internada e nas duas primeiras se recusou em receber o tratamento médico adequado, impedimento que os procedimentos necessários para salvar sua vida fossem prestados por profissionais da saúde.

Argumenta também que não assume a autoria das aplicações do produto no corpo da vítima, não havendo prova de tal prática.

Pleiteia a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 397-400).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recurso (p. 421-425).

O recurso merece prosperar.

Narra a denúncia que:

> *"(...) no dia 19 do mês de fevereiro de 2009, às vinte horas, no Hospital Nazareno localizado nesta cidade de Fátima do Sul (MS), a vítima Cristiano Gomes Pereira veio a óbito por conduta culposa do denunciado João Waldinar Avalhaes Teixeira.*
>
> *Segundo apurado, no dia 10 de fevereiro de 2009, o denunciado foi contratado pela vítima Cristiano Gomes Pereira para aplicar quatro litros de "silicone industrial" em suas pernas e nádegas pela quantia de R$ 350,00 por cada litro de substância a ser injetada.*
>
> *Apurou-se que o denunciado, entre os dias 10 e 11 de fevereiro de 2009, em residência localizada na Rua Guanabara, nº 608, Via Cuiabá, na cidade de Dourados (MS), aplicou doses de anestesia nas partes do corpo da vítima onde seria injetado o "silicone industrial", limpou-as com álcool, marcou com caneta os pontos a serem perfurados e inseriu nos mesmos uma agulha de aço grossa, injetando a substância. Apurou-se, ainda, que, durante todo o processo, a vítima reclamava de dores, sendo que chegou a desistir de completar as aplicações, sendo-lhe injetados "apenas" três litros e meio de silicone industrial, quantidade esta já considerada excessiva pelos padrões.*
>
> *Apurou-se, igualmente, que após a aplicação do "silicone industrial", a vítima começou a passar mal, com quadros de vômitos, febre, confusão mental, anorexia, dores musculares e queda de pressão, vindo a ser transportada por sua mãe até esta cidade de Fátima do Sul e internada no Hospital Nazareno localizado neste município, no dia 15 de fevereiro de 2009, ocasião em que foi apurado que o mal estar da vítima estava sendo provocado por choque anafilático em decorrência do procedimento.*
>
> *Apurou-se, também, que no dia 16 de fevereiro de 2009, a vítima recebeu alta, após solicitar insistentemente ao médico sua liberação e com a concordância de sua mãe. Todavia, constatou-se que no dia 18 de fevereiro de 2009, a vítima passando mal*

(apresentando os mesmos sintomas acima descritos), foi atendida no Hospital SIAS desta cidade de Fátima do Sul e novamente foi internada no Hospital Nazareno, entretanto, já em estado terminal, sendo que momentos após veio a falecer. Constatou-se, ainda, que o óbito de Cristiano Gomes Pereira se deu por intoxicação exógena e choque anafilático por superdosagem de substância (silicone industrial).

Da análise das peças informativas em anexo, verifica-se que a materialidade e os indícios de autoria do crime acima descrito restaram devidamente comprovados pelos testemunhos coligidos bem com pelos documentos acostados aos autos, estando, portanto, presentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

Embora não tenha restado comprovado o animus necandi do denunciado, ou seja, a intenção de matar a vítima, a culpa do investigado é evidente vez que foi imprudente e negligente ao efetuar a aplicação de silicone industrial na vítima, que é substância inapropriada, sem ter qualquer formação médica, sem as todas as condições de higiene e os materiais/métodos/aparelhos necessários para a realização do procedimento, enfim, sem tomar todas as cautelas e cuidados objetivos necessários para tanto.

(...)".

É certo que restou comprovada a aplicação da substância silicone industrial pelo réu na vítima, conforme de depreende do depoimento da mãe da mesma em juízo, aliado ao depoimento extrajudicial de Leandro Fernandes de Carvalho, vulgo Rafaela, bem como das declarações do próprio réu, o que foi devidamente observado na sentença, vejamos:

"O acusado admitiu que foi contratado pela vítima para comprar o silicone, o que de fato fez, mas que não aplicou o silicone na vítima por falta de pagamento quanto à aplicação conforme tinham combinado (f. 76/78). Em juízo, também negou a aplicação do silicone na vítima e, além de afirmar que não sabe quem fez a aplicação, disse que responde a outro processo criminal pelo mesmo fato (f. 318).

A genitora da vítima foi ouvida e afirmou que seu filho lhe disse que foi um homossexual, oriundo de Campo Grande e conhecido por Erica, quem aplicou-lhe o silicone, sendo que seu filho passou mal após o procedimento. Esclareceu que o médico que atendeu seu filho, Dr. Hermindo de David, afirmou que ele morreu em decorrência de choque anafilático pelo excesso de produto (f. 12/13, 243).

A testemunha Leandro afirmou que foi um homossexual chamado Erica quem aplicou o silicone na vítima, inclusive descreveu com detalhes o procedimento que diz ter presenciado (f. 27/28). Contudo, não foi localizado para ser ouvido em juízo.

(...)

Quanto à autoria, o acusado confirma que realmente foi contratado para vir de Campo Grande até Dourados para aplicar o silicone na vítima, mas que, ao chegar na residência da vítima, não fez a aplicação porque a vítima não pagou o valor combinado. Esclareceu, ainda, que já tinha adquirido o silicone para a aplicação a ser feita na vítima.

Todos os elementos de prova apontam para o acusado como o autor da conduta consistente na aplicação do silicone na vítima, eis que se atribui o nome de Erica, veio de Campo Grande até Dourados após comprar o silicone e justamente para aplicá-lo na vítima.

(...)

> *Cumpre registrar que o acusado, em juízo, admitiu que já injetou silicone em outras pessoas, inclusive responde a outro processo criminal por tal fato. Ao mais, a vítima disse para sua genitora que foi o acusado quem fez a aplicação de silicone e a testemunha Leandro, embora não ouvida em juízo, relatou perante a autoridade policial os detalhes da conduta do réu no momento do procedimento.*
>
> *Não restam dúvidas que o acusado veio de Campo Grande para Dourados para fazer a aplicação de silicone na vítima, o que foi confirmado por esta antes de morrer diretamente para sua genitora e também pela testemunha Leandro."*

O laudo pericial apontou elementos sugestivos de intoxicação exógena, mas sem precisar a causa da morte, enquanto os médicos ouvidos em juízo afirmaram que o silicone aplicado na vítima é altamente tóxico com sério risco de causar a morte, constando no atestado de óbito como causa "*choque anafilático por superdosagem de substância"* (p. 29-30, 44-45, 122-124, 131, 133).

Porém, ainda que tais provas indiquem que a morte teve relação com a conduta do réu, deve-se analisar outras questões relacionadas à ocorrência, já que, conforme art. 13, § 1º, do CP, *"a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.* (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)".

Diante da notícia nos autos de que a vítima se recusou ao atendimento médico, o cerne da controvérsia deve também considerar a fixação do nexo de causalidade entre o resultado naturalístico morte e a conduta da vítima.

Isso porque, ficou comprovado que após a vítima passar mal em decorrência da aplicação da substância tóxica, a qual pagou ao réu para realizar o procedimento em 10 ou 11.2.2009, a mesma negou-se a realizar o tratamento adequado que poderia evitar o óbito.

O médico Hermindo de David, testemunha, que atendeu a vítima em 16.2.2009 quando a mesma passou mal, relatou em juízo que num primeiro momento após ser medicada teve alta a pedido, conforme consta na ficha médica (p. 29-30), sendo orientado a procurar novamente o hospital se não houvesse melhora.

O médico Moacir Alcaraz Hidalgo, testemunha, segundo médico que atendeu a vítima em 18.2.2009, às 4h31 (ficha médica, p. 123), declarou judicialmente que ela entrou no hospital conduzida de cadeira de rodas, pedindo apenas que fosse aplicado um medicamento para que dormisse, pois não aguentava as dores, negando-se a ser examinada para receber outra medicação. Ao ser perguntado, respondeu que a vítima teria chances de estar vivo se não tivesse recusado o atendimento e ido embora sem autorização médica, pois evadiu-se do hospital.

Na ficha médica ficou assim registrado:

> *"(...)*
>
> ***paciente recusou-se a permanecer deitado e não permite ser examinado**, diz que para medicação para dormir; senta-se de cadeira de rodas, pede para a mãe para ir para casa.*
>
> *(...)*
>
> *Dr. Moacir Hidalgo*
>
> *(...)*
>
> *05;15hs.*
>
> *Obs.: **evadiu-se do hospital sendo conduzido pelas mãos da mãe** (Sra. Marli). (p. 124). (sic).(G.N).*

Ou seja, a vítima, mesmo sabendo dos efeitos deletérios da aplicação de silicone industrial, e ter consentido com o procedimento realizado pelo réu, se autocolocou em risco ao recusar o atendimento médico, vindo a falecer no próximo retorno ao hospital de onde havia se evadido sem autorização médica.

Vislumbro claramente no caso concreto, diante da conduta da vítima em negar ser atendida no hospital, a impossibilidade em atribuir o resultado morte à conduta anterior do réu.

Tem incidência no caso, portanto, o princípio da autorresponsabilidade (da vítima), já que o réu deveria responder apenas à medida de sua culpabilidade, relativa à aplicação ilegal da substância, que não restou comprovada como sendo causa eficiente exclusiva da morte da vítima, ainda que tenha dado inicio ao quadro clínico prejudicial a esta.

Diferente seria se logo após a aplicação houvesse morte súbita da vítima, ou, se desde o primeiro atendimento no nosocômio já fosse impossibilitada a reversão dos prejuízos causados pela substância injetada ou ainda, se comprovado que independente de qualquer tratamento a vítima iria falecer em razão do silicone introduzido em seu corpo.

Sendo assim, ausente a certeza sobre o nexo de causalidade da conduta do réu como condição eficiente exclusiva para a morte da vítima, e havendo prova da autocolocação em risco desta, o réu deve ser absolvido por insuficiência de provas da imputação.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso de João Waldynar Avalhaes Teixeira a fim de absolvê-lo, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

Embora o e. relator absolva o acusado com fundamento no fato de que a vítima teria se autocolocado em risco, tenho que a condenação deve ser mantida.

Com efeito, o voto inaugural calca a absolvição em razão da vítima ter se recusado a receber o tratamento adequado, bem como no depoimento do médico Moacir Alcaraz Hidalgo.

Data venia, referida testemunha não afirmou que a vítima não viria a óbito se fosse adequadamente medicada; pelo contrário, extrai-se das declarações que a situação era grave e que não haveria como realizar um prognóstico correto acerca das probabilidade de sobrevivência do paciente (gravação audiovisual – f. 318).

No mesmo sentido, o médico Hermindo David concluiu que conquanto a vítima ficasse internada ela poderia falecer em decorrência da alta nocividade do silicone industrial aplicado nas nádegas e nas coxas da mesma (gravação audiovisual – f. 318).

Por outro lado, tanto autoria como materialidade restaram demonstradas, bem como o nexo de causalidade, eis que o resultado foi produzido por força da ação praticada pelo acusado.

Inexiste, *in casu*, superveniência de causa independente, até porque, consoante art. 13, § 1º, do Código Penal, referida circunstância somente exclui a imputação acaso tenha, por si só, produzido o resultado, o que não se verifica no caso dos autos, pois o que acarretou o resultado foi a ação do acusado e não a recusa da vítima em receber o tratamento médico adequado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por João Waldynar Avalhaes Teixeira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 01 de fevereiro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0009507-19.2012.8.12.0110 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO MINISTERIAL – CRIME DO ART. 309 DO CTB – DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO – DENÚNCIA REJEITADA – DECISÃO MANTIDA – NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CPP – CARÊNCIA DE MÍNIMO LASTRO PROBATÓRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Há de ser rejeitada a denúncia que não contém a necessária exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, conforme exige o artigo 41 do CPP, e vem desacompanhada de mínimo lastro probatório.

Recurso não 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, por maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito irresignado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0009507-19.2012.8.12.0110, que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de Ricardo Henrique Alves.

Postula reforma com o consequente recebimento da denúncia alegando, em resumo, que: a) foram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal; b) não está presente nenhuma das hipóteses indicadas no artigo 395 do Código de Processo Penal; c) há indícios suficientes de autoria e materialidade do delito imputado; d) o fato constante na denúncia é típico e o bem jurídico tutelado é relevante, de forma que se impõe a atuação estatal no sentido de, ao menos, apurar por meio da instauração de um processo penal a responsabilidade do denunciado pela prática delituosa; d) a exigência do exame de corpo delito nos crimes que deixam vestígios não é absoluta.

As contrarrazões encontram-se às f. 91-97

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito irresignado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0009507-19.2012.8.12.0110, que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de Ricardo Henrique Alves.

Postula reforma com o consequente recebimento da denúncia alegando, em resumo, que: a) foram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal; b) não está presente nenhuma das hipóteses indicadas no artigo 395 do Código de Processo Penal; c) há indícios suficientes de autoria e materialidade do delito imputado; d) o fato constante na denúncia é típico e o bem jurídico tutelado é relevante, de forma que se impõe a atuação estatal no sentido de, ao menos, apurar por meio da instauração de um processo penal a responsabilidade do denunciado pela prática delituosa; d) a exigência do exame de corpo delito nos crimes que deixam vestígios não é absoluta.

As contrarrazões encontram-se às f. 91-97

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

Insubsistente o recurso.

Imputou-se ao réu a suposta prática do delito previsto no artigo 309 do CTB com base nas seguintes asserções:

> *"Consta dos autos que, no dia 22 de junho de 2012, por volta das 20h40min, na rua Doutor Euler de Azevedo, em frente ao número 370, Bairro São Francisco, nesta capital, o denunciado conduziu o veículo GM/Monza, placas HQU 6343, de Campo Grande - MS, 1985, cor bege, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação, gerando perigo de dano.*
>
> *Segundo restou apurado, na data e horário dos fatos, policiais foram acionados para atender uma ocorrência de acidente de trânsito no local supracitado. Chegando ao local, constataram uma colisão envolvendo dois veículos, restando prejuízos e danos materiais, sem vítimas fatais.*
>
> *Pelo que consta, ao chegar no endereço supramencionado, o denunciado colidiu a traseira de seu carro com a lateral do veículo Fiat/Brava, placas CVM 0038, de Londrina-PR e cor preta, que se encontrava estacionado. Quando solicitado, verificou-se que o denunciado não era habilitado.*
>
> *Autoria e materialidade delitiva estão consubstanciadas no Termo Circunstanciado de Ocorrência (fls. 01/11), sobretudo no Boletim de Ocorrência nº. 484/2013 (fls. 03)"*

O juízo *a quo* decidiu rejeitá-la com amparo nos seguintes fundamentos:

> *"(...) No caso: (a) não foi produzida prova pericial do corpo de delito a fim de demonstrar as causas do acidente (conduta do acusado, condutas das supostas vitimas que não foram descritas na denuncia -, agente causador do acidente, etc...), e, não existe justificativa alguma para a sua não realização.*
>
> *A Autoridade Policial não requereu a produção da prova pericial do acidente, e, não existem justificativa para a não realização.*

O que existe é a negligência da Autoridade Policial em promover a produção da prova pericial de corpo de delito.

Deste modo, não foi produzida prova a demonstrar a existência do crime.

Mas mesmo que, hipoteticamente, fosse permitida a prova testemunhal (o que não é o caso), a presente deve ser rejeitada, posto a inexistência de provas dos fatos alegados

(...) De outro lado, no presente processo, não existem provas a demonstrar a existência da autoria.

Não existem provas materiais (gravações, documentos, periciais, etc..), e nem testemunhais (testemunhas presenciais), nem provas indiciarias, de que o acusado conduziu veículo GM/Monza, placas HQU 6343, e colidiu com veículo Fiat/Brava, placas CVM 0038, de propriedade de Carlos Silveira, causando prejuízos e danos materiais. O que existe é unicamente a palavra da vítima (que não consta da denúncia) e de pseudo-testemunhas (policiais), posto que não presenciaram os fatos. Nada mais.

Aliás, diga-se, sequer depoimento assinado pelas pseudo-testemunhas existe. De destacar que as pseudo-testemunhas sequer presenciaram fatos conhecidos e provados, que tem relação com o fato descrito na denuncia, e que por dedução lógica, levem a concluir pela existência do fato delitivo que é imputado ao acusado.

Portanto, não foram produzidas provas da materialidade e autoria.

Logo, a denúncia deve ser rejeitada por ausência de justa causa."

Irresignado, o representante do *Parquet* recorre almejando a reforma do *decisum* hostilizado para ver recebida a inicial acusatória.

Entretanto, razão não lhe assiste, pelos motivos que passo a expor.

Com o devido respeito ao Promotor de Justiça de primeira instância, a meu ver a denúncia oferecida contra o réu é um tanto precária, incompleta e superficial, não contendo a necessária exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, conforme exige o artigo 41 do CPP.

Deveras, a narrativa constante da referida peça não esclarece se o réu conduzia veículo automotor sem possuir permissão ou habilitação para dirigir, conforme exige o art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, ou apenas não portava tais documentos no momento da abordagem policial, situação essa distinta que, quando muito, eventualmente poderia caracterizar infração administrativa.

Sobre o tema, aliás, a denúncia carece de lastro indiciário, pois nenhum ato investigativo foi realizado com o propósito de apurar se o recorrido realmente não possuía habilitação, permissão ou se estava cassado o direito de dirigir.

De outro vértice, é necessário recordar que a configuração do crime imputado depende da demonstração da existência do elemento do tipo denominado "perigo de dano", que demarca a fronteira entre os ilícitos administrativo e penal.

In casu, descurou o representante do Ministério Público Estadual de sua incumbência de narrar a ocorrência de perigo concreto, condição sem a qual a conduta não se ajusta ao tipo em comento. Deveras, não há indicação de que o veículo era conduzido de forma anormal, excedendo a velocidade máxima permitida para a via, realizando manobras proibidas ou mediante desrespeito às regras de trânsito, por exemplo.

O fato narrado na inicial acusatória, no sentido de que o réu envolveu-se em acidente automobilístico, por si só não é suficiente para indicar que a condução gerou perigo à segurança viária, notadamente porque não foi apurada a causa do sinistro.

Em verdade, não se pode confundir a ocorrência de mera barbeiragem ou até mesmo de um acidente, com perigo de dano, não havendo como se extrair dos autos uma ocorrência do perigo *in concreto*, ou seja, não há qualquer descrição de conduta supostamente cometida pelo acusado que tenha colocado em risco o trânsito - incolumidade pública - a permitir, assim, a subsunção do fato ao tipo penal.

Aliás, conforme lembrado em primeira instância, nem mesmo a existência do suposto acidente foi devidamente materializada, porquanto a denúncia foi instruída unicamente com o boletim de ocorrência em que o hipotético sinistro foi narrado por testemunhas indiretas (policiais), não constando dos autos outras provas técnicas, tampouco o depoimento dos envolvidos.

Sob tal cenário, realmente não havia ensejo para o recebimento da denúncia.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, mas nego-lhe provimento.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Divirjo do e. Relator para prover o recurso.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MPE contra a decisão que rejeitou a denúncia, por ausência de justa causa, oferecida em desfavor de Ricardo Henrique Alves, pela prática do crime previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (dirigir sem habilitação gerando perigo de dano).

Segundo consta na denúncia (fls.47/48):

> *"Consta dos autos que, no dia 22 de junho de 2012, por volta das 20h40min, na rua Doutor Euler de Azevedo, em frente ao número 370, Bairro São Francisco, nesta capital, o denunciado conduziu o veículo GM/Monza, placas HQU 6343, de Campo Grande - MS, 1985, cor bege, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação, gerando perigo de dano.*
>
> *Segundo restou apurado, na data e horário dos fatos, policiais foram acionados para atender uma ocorrência de acidente de trânsito no local supracitado. Chegando ao local, constataram uma colisão envolvendo dois veículos, restando prejuízos e danos materiais, sem vítimas fatais.*
>
> *Pelo que consta, ao chegar no endereço supramencionado, o denunciado colidiu a traseira de seu carro com a lateral do veículo Fiat/Brava, placas CVM 0038, de Londrina-PR e cor preta, que se encontrava estacionado.*
>
> *Quando solicitado, verificou-se que o denunciado não era habilitado."*

Em que pesem os argumentos utilizados na decisão recorrida, bem como os fundamentos lançados no voto inaugural, observo que a denúncia preenche todos os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, descrevendo, de forma adequada, a conduta criminosa supostamente praticada pelo recorrido.

Não vislumbro, pois, qualquer vício capaz de comprometer a inicial acusatória que, ao contrário do que entendeu o Juízo *a quo*, preenche todos os requisitos legais, estando apta a deflagrar o início da ação penal.

O digno Promotor de Justiça ofereceu a denúncia deduzindo todos os fatos e fundamentos jurídicos necessários ao início do processo, descrevendo, sucintamente, o crime praticado, suas circunstâncias, a capitulação legal, o rol de testemunhas e, ainda, instruindo a inicial acusatória com as peças informativas da fase policial.

Sendo assim, comprovada a materialidade delitiva e havendo indícios de autoria, estando a denúncia formal e legalmente oferecida, bem como possuindo a acusação o lastro mínimo necessário de provas, deve a mesma ser recebida, para a devida instrução e julgamento.

Nesse sentido:

> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECURSO MINISTERIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENTE MÍNIMO PROBATÓRIO QUE INDICA INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. RECURSO PROVIDO. Se a parte autora instrui a inicial acusatória com um mínimo probatório que indica indícios de autoria e materialidade, a ação deve ser validamente exercida. Por isso, o recebimento da denúncia é medida que se impõe.* (TJMS, RESE 0007606-79.2013.8.12.0110, 2ª Câmara Criminal, minha relatoria, DJMS 20/02/2015)
>
> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Violação de Direito autoral. Rejeição da denúncia. Presença da prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Recurso provido para receber a denúncia.* (TJSP, RESE 0000651-70.2014.8.26.0348, Ac 8185327, 5ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan, DJESP 13/02/2015)

Não pode prevalecer, neste momento processual, a dúvida lançada pelo nobre Relator em seu voto, no sentido de que a narrativa constante da denúncia não esclarece se o acusado conduzia veículo sem possuir permissão ou habilitação para dirigir, ou apenas não portava tal documento no momento da abordagem policial.

Ora, sendo o Ministério Público o fiscal da lei e o titular da ação penal, em regra, é certo que seus membros bem sabem a diferença das condutas tidas como infração administrativa e infração penal e, no caso concreto, ao analisar a Lei de Trânsito, mais especificamente as normas do art. 162, I, e do art. 309, se ingressou com ação penal, é porque enquadrou a atitude do acusado no tipo penal, situação esta que será melhor analisada e devidamente comprovada, ou não, no decorrer da instrução processual, sendo absolutamente prematura a rejeição da denúncia.

Ademais, não pode prevalecer a afirmativa lançada no voto inaugural de que a peça inicial carece de lastro indiciário, pois como se verifica do registro da ocorrência (fl.03), consta expressamente que o acusado não era habilitado.

Por fim, não se pode perder de vista que o processo teve início perante o Juizado Especial Criminal, por tratar-se de crime de menor potencial ofensivo, e só foi encaminhado à Justiça Comum em razão da não localização do acusado e impossibilidade de citação por edital, o que justifica a simplicidade do procedimento investigativo e a apresentação sucinta da peça inicial, nos termos do art. 2º da Lei 9.099/95, especialmente em observância aos critérios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

A questão do perigo de dano efetivamente criado pela conduta do recorrido é matéria de prova, afeta à instrução processual, valendo lembrar, a priori, que ocorreu um acidente de trânsito.

Diante do exposto, divergindo respeitosamente do Relator e de acordo com o parecer, dou provimento ao recurso em sentido estrito para determinar o recebimento da denúncia oferecida contra Ricardo Henrique Alves, com observância da Súmula 709 do STF, determinando, por consequência, o retorno dos autos à origem para o devido e regular processamento, na esteira do devido processo legal.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

Acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, não proveram o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0045191-07.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO ACOLHIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O fato é penalmente irrelevante quando insignificantes (cumulativamente) não só o desvalor do resultado, senão também o desvalor da ação. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já exarou que "*a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal*" (STF - RHC 126980, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015).

Constatando-se que a conduta perpetrada pelo réu é dotada de intenso grau de reprovabilidade, sendo, por isso, relevante para o Direito penal, não há ensejo para o reconhecimento do princípio da insignificância, malgrado a inexpressividade do resultado.

Recurso não 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, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Danilo Augusto Martone interpõe apelação irresignado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0045191-07.2013.8.12.0001, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 155, § 2º e § 4º, IV, do Código Penal (furto privilegiado-qualificado), apenando-o a 01 ano e 04 meses de reclusão e 07 dias-multa, em regime aberto, sendo concedida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Postula, em resumo, a absolvição com base no princípio da insignificância.

As contrarrazões encontram-se às f. 192-197.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Danilo Augusto Martone interpõe apelação irresignado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0045191-07.2013.8.12.0001, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 155, § 2º e § 4º, IV, do Código Penal (furto privilegiado-qualificado), apenando-o a 01 ano e 04 meses de reclusão e 07 dias-multa, em regime aberto, sendo concedida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Postula, em resumo, a absolvição com base no princípio da insignificância.

As contrarrazões encontram-se às f. 192-197.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

A pretensão recursal é improcedente.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado e condenado juntamente com Eduardo Nascimento de Jesus pela prática pelo delito em questão porque, no dia 17.06.2013, por volta das 03h00min, na Rua Cabure, n. 330, nesta capital, subtraíram para si, com uso de um macaco hidráulico, 01 (uma) roda esportiva com pneu, avaliado em R$ 100,00 (f. 08), a qual fazia parte do veículo da marca Fiat Palio, de placas ALO-2322/MS, de propriedade da vítima José Gelain da Rocha, que encontrava-se estacionado em via pública. A vítima não sofreu nenhum prejuízo, pois a autoridade policial restituiu-lhe a *res furtiva* logo após a apreensão (f. 09).

Pois bem, o fato é penalmente irrelevante quando insignificantes (cumulativamente) não só o desvalor do resultado, senão também o desvalor da ação. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já exarou que *"a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal"* (STF - RHC 126980, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015). No mesmo rumo: STJ - RHC 46.435/RR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015; HC 242.132/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 04/08/2014.

Assentadas tais premissas, o presente caso envolve furto qualificado pelo concurso de pessoas, ocorrido em via pública desta capital, em horário avançado da madrugada e mediante emprego de ferramentas especificamente escolhidas para tal prática delitiva. Assim, malgrado a inexpressividade do resultado, o comportamento é dotado de intenso grau de reprovabilidade, sendo, por isso, relevante para o Direito penal. Logo, a análise objetiva do fato criminoso não permite o reconhecimento da atipicidade da conduta sob o prisma do princípio da insignificância.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto por Danilo Augusto Martone.

Decisão de acordo com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2016.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



MODELO

Justiça Restaurativa na Escola conta com mais de 150 atendimentos - 03/07/2013



Em outubro de 2012 teve início em três escolas da rede pública estadual de Campo Grande o projeto Justiça Restaurativa na Escola, uma forma alternativa e diferente do sistema tradicional de justiça, que visa prevenir a violência nas relações do contexto escolar, por meio de resolução de conflitos, de modo construtivo e pacífico, utilizando como sua principal ferramenta o diálogo. Ela baseia-se no princípio de que a vítima, ofensor, escola e comunidade devem compartilhar a busca de solução do conflito por meio do diálogo e gradativamente inserir uma cultura de paz.

Atualmente, o projeto conta com mais de 150 atendimentos (conflitos instalados) que incluem tanto o procedimento usual da Justiça Restaurativa - Círculo de resolução de Conflitos (pré-círculo, círculo restaurativo e pós-círculo), como também outras possibilidades de práticas restaurativas de forma preventiva à violência - Círculos de Apoio, Círculos de Diálogo, Círculos de Compreensão e orientação aos alunos.

O projeto é uma parceria entre a Secretária do Estado de Educação (SED) e o Tribunal de Justiça de MS, sendo executado pela Coordenadoria da Infância e da Juventude. A princípio foi implantado nas escolas estaduais Arlindo de Andrade Gomes (Bairro Santo Amaro), Hércules Maymone (Bairro Itanhangá Parque) e José Maria H. Rodrigues (Bairro Mata do Jacinto), e após seis meses de atuação o projeto foi ampliado para mais duas escolas estaduais: Marçal de Souza Tupã-y (Bairro Los Angeles) e Pe. José Scampini (Bairro Cophavilla II).

A Justiça Restaurativa na Escola trabalha para sensibilizar a comunidade para esse novo modelo de justiça, implantando uma Cultura da Paz nas escolas da rede pública, do estado de Mato Grosso do Sul através de integração e articulação de técnicas restaurativas e de espaços de resolução de conflitos buscando "Uma escola mais justa e uma justiça mais educativa".

Mais informações sobre o projeto podem ser obtidas pelo e-mail jr.escolas@tjms.jus.br, www.facebook.com/jrnaescola ou pelo telefone 3317-3989.

Autoria do texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Parque das Nações Indígenas é modelo de ressocialização dos presos - 07/01/2016



Mais uma tarde de domingo inicia e logo o burburinho começa. São pessoas de todas as idades e de vários bairros da cidade que vão chegando. Algumas aproveitam a sombra da árvore ou algum banco livre para namorar, outras já trazem toda a família para um gostoso piquenique ou simplesmente para levarem as crianças no parquinho. Tem também os esportistas que aproveitam a tarde ensolarada para caminhar, correr, andar de bicicleta ou skate.

Na entrada do parque, as pessoas se misturam em uma roda de tereré ou apenas para apreciar o findar do dia envolto por uma profusão de aromas. A diversidade de opções atende a todos os paladares, que vai desde a tão famosa água de coco, passando pela pipoca com queijo, pipoca doce, churros, cachorro quente e até tapioca.

Assim costuma ser o final de semana de muitas famílias que frequentam um dos locais considerados um dos cartões-postais de Campo Grande: o Parque das Nações Indígenas. De segunda a sexta passam diariamente pelo local de 200 a 300 pessoas. Nos finais de semana esse número chega até a 2.000 pessoas. Além disso, nos meses de dezembro e janeiro o número de frequentadores aumenta de 30 a 40%, segundo a administração do parque.

Os bosques, com árvores do cerrado dão o charme ao parque. Os pomares, com espécies que dão frutos no ano todo, fazem a alegria dos frequentadores.

Mas nem sempre o parque foi assim, tão arborizado. Quando o Parque das Nações Indígenas começou a funcionar havia somente algumas mangueiras, abacateiras e pés de jaca. O comerciante Cláudio Roberto Flores Valente, que trabalha há cerca de 22 anos vendendo água de coco em frente ao parque, lembra muito bem dessa época “Antigamente, o parque era muito simples, só tinha o lago e a pista e hoje em dia tem muitas árvores plantadas e existem vários ipês que florescem nas três estações e constitui uma grande atração e orgulho para o campo-grandense”.

O que muita gente desconhece é que a maior parte dessas árvores, que encanta os frequentadores do parque, foram fruto de um projeto de ressocialização com os presos do regime semiaberto, desenvolvido pelo Conselho da Comunidade de Campo Grande. Nereu Rios, secretário-executivo do Conselho, lembra que quando o projeto começou enfrentou muita resistência, pois muitas pessoas diziam que eles não conseguiriam acabar com os cupins e formigas existentes e que o parque era só aterro. Porém, o tempo mostrou o contrário e hoje o parque conta com mais de 35 mil árvores, sendo mais de 60 espécies nativas. Segundo ele, o exemplo de limpeza e conservação do Parque das Nações Indígenas poderia ser estendido para muitos outros parques da Capital, por meio do projeto do Conselho.

Inicialmente, o projeto contava com 32 reeducandos, mas atualmente esse número foi reduzido para 22. A rotina da maior parte deles começa bem cedo, no início da manhã, o ônibus sai da Unidade Prisional semiaberta Agroindustrial da Gameleira em direção ao parque e depois do café da manhã os reeducandos que trabalham no parque se dividem em diversas frentes de trabalho, alguns ficam responsáveis pela limpeza e conservação das pistas, outra turma trabalha com as roçadeiras, outra fica responsável pela portaria, além do tratorista.

Com exceção daqueles que trabalham na portaria, que possuem um horário diferenciado, em razão do funcionamento do parque, e, ainda, do reeducando responsável pela supervisão das tarefas, a maioria trabalha de segunda a sexta, das 7h até as 13h. Depois do término do expediente, o ônibus leva os detentos de volta para a Gameleira.

"É interessante em termos de quem utiliza os serviços prestados pelos reeducandos, visto que o custo é menor e, por outro lado, eles não permanecem o tempo todo fechado no presídio, sem fazer nada, ou seja, estão fazendo algo de útil e no final do mês recebem ainda uma quantia para poder ajudar a família," afirmou Odilon Luiz Rigo, gestor do Parque das Nações Indígenas, sobre a importância do projeto.

Para Nereu Rios, secretário-executivo do Conselho da comunidade de Campo Grande, todos os lados ganham com o projeto, "Ganha o reeducando pois passa a ter um trabalho laboral, e começa a perceber o caminho correto e que roubar não adianta, traficar não adianta; ganha a sociedade pois mais um trabalhando é menos um delinquindo e ganha também o empresário/órgão público, pois o regimento da Lei 7210/1984 do Código Penal, desobriga a contratação no regime celetista, com isso inexiste alguns encargos trabalhistas para quem contrata a mão de obra dos reeducandos como pagamento de férias, 13º salário, etc."

Para o reeducando a cada três dias trabalhados, abate-se um dia no cumprimento de pena, além disso eles recebem um salário-mínimo (descontado 10% que vai para a conta judicial) e mais uma cesta básica para poderem ajudar no sustento da família. O reeducando Matheus da Silva de Almeida Lima participa do projeto há quase três anos e afirma que o projeto é muito importante, pois abre as portas para eles, já que é muito difícil conseguir emprego quando passam para o regime semiaberto. Indagado sobre o futuro, o reeducando disse que o projeto ajudou-o a ter mais responsabilidade e que pretende continuar trabalhando e retomar a faculdade de educação física que estava cursando.

Saiba Mais – Sob a presidência do juiz Albino Coimbra Neto, titular da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, o Conselho da Comunidade de Campo Grande iniciou suas atividades em 1999 com o objetivo de inserir os internos no mercado de trabalho por meio de parcerias com empresas e órgãos públicos.

Além do Tribunal de Justiça que celebrou contrato para a ressocialização de internos na Capital, o Conselho conta atualmente com mais de 20 empresas e órgãos parceiros. "Hoje, graças a Deus, nós não

vamos mais até os empresários, pelo contrário, eles que nos procuram e nós temos mais de 1000 pessoas que estão cumprindo pena trabalhando," afirmou Nereu Rios, secretário-executivo do Conselho.

Rios apontou também que o sucesso do projeto deve-se ao trabalho de diversas pessoas ligadas a área administrativa de diversos órgãos públicos parceiros como o Senhor Odilon Luiz Rigo, gestor do Parque das Nações Indígenas, que não recebe a mais por isso e que mesmo assim supervisiona e cuida do trabalho dos reeducandos no parque.

Segundo dados do Conselho da Comunidade, a reincidência no crime é muito pequena, de 8% a 10%, sendo que 90% deles conseguem dar um novo rumo em suas vidas. Um dos exemplos constantes no vídeo do Conselho é da ex-reeducanda Lázara Martins dos Santos, reincidente 3 vezes, muitos não acreditavam na sua recuperação, porém ela começou a trabalhar no Parque das Nações Indígenas pelo projeto do Conselho e como trabalhava em shows no parque e nos finais de semana, ela conseguia receber até dois salários-mínimos.

Com o dinheiro, ela foi comprando os materiais e maquinário necessários e pagando as prestações, pois tinha conhecimento na área têxtil e depois que saiu do presídio ela conseguiu abrir sua empresa de confecções e atualmente presta serviços para outras empresas e confecciona os uniformes do Conselho.

O Conselho mantém um termo de cooperação mútua com a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), por meio do Patronato Penitenciário e antes de serem escolhidos, passam por análise jurídica, psicológica e social e ainda pelo crivo do Conselho da Comunidade e permanecem em caráter de experiência havendo substituição caso não se adéquem às normas estabelecidas.

O comerciante que trabalha em frente ao parque, Cláudio Roberto Flores Valente, conhecedor do projeto, diz que o contato com a sociedade não só permite a ressocialização deles como também possibilita que eles se tornem um cidadão do bem.

Ao ficar sabendo do projeto o técnico em mecânica industrial, João Carlos Alves de Oliveira, considerou o projeto muito importante pois além de representar uma ressocialização, disse que o trabalho dos reeducandos colabora com a limpeza do parque, já que algumas pessoas que frequentam o local acabam deixando copos descartáveis espalhados. Ele veio há pouco tempo de Nova Mutum-MT, e aproveita o domingo para retornar pela terceira vez ao Parque das Nações Indígenas, levando a esposa, filho e a cunhada que é do Maranhão e que veio conhecer o parque.

E assim, entre risos, gargalhadas e vozes de crianças, o domingo se despede em um belíssimo pôr de sol que enaltece ainda mais a beleza do Parque das Nações Indígenas, dando novas colorações ao lago e árvores, momento em que as palavras de Senhor Nereu parecem ressoar: "Se existe gente boa aqui fora, porque não pode existir gente boa dentro dos presídios?"

Economia – A manutenção promovida com o serviço dos reeducandos representa, entre outras coisas, uma economia para os cofres públicos. Uma conta simples, usando preços de mercado, demonstra que os 119 hectares do parque custaria 128 mil reais por mês, mas com os presos isso custa 49 mil reais por mês. Assim a economia representa um milhão por ano para o Parque das Nações Indígenas.

Funciona – Outra questão destacada com estes serviços em Campo Grande é o fato do regime semiaberto existe e se fazer eficiente. O destaque é para a reincidência no crime, que fica entre 8% e 10%, assim, 90% do que se beneficiam com esta progressão de regime conseguem dar um novo rumo em suas vidas.

Confira na galeria abaixo as imagens do Parque das Nações Indígenas de 2002 e de atualmente:













Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Abertas inscrições do processo seletivo para escolha de juízes leigos - 11/01/2016



Estão abertas de hoje (11) até o dia 25 de janeiro as inscrições para o I Processo Seletivo Simplificado para a escolha de juízes leigos atuantes no Sistema dos Juizados Especiais do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. A inscrição deve ser feita pela internet no link http://www.tjms.jus.br/concursos/juiz-leigo.php e o valor é de R$ 50,00 (cinquenta reais).

O Processo Seletivo, sob a coordenação do Presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais do Estado do Mato Grosso do Sul, Des. Marco André Nogueira Hanson, visa atender as disposições contidas na Resolução nº 174, de 12 de abril de 2013, do Conselho Nacional de Justiça. O edital do certame foi publicado no Diário da Justiça do dia 27 de outubro de 2015.

Os candidatos aprovados comporão banco de reserva para atuar na função de juiz leigo, nas unidades dos Juizados Especiais das Comarcas de Mato Grosso do Sul. Poderão participar do processo seletivo advogados com mais de dois anos de efetivo exercício na advocacia profissional ou em atividade de natureza essencialmente jurídica, conforme os critérios estabelecidos no respectivo edital.

Com duração de quatro horas, a prova escrita poderá contemplar tanto questões objetivas, quanto dissertativas e projeto de sentença, e será elaborada em conformidade com os conteúdos programáticos constantes do anexo II do respectivo Edital, a critério do Juiz Supervisor da unidade do Juizado Especial onde o leigo exercerá sua função, cuja escolha se dará no ato da inscrição. A data prevista para a realização das provas é 21 de fevereiro de 2016 (domingo), a partir das 8 horas.

A remuneração, de cunho meramente indenizatório, se dará por abono variável, na forma da Resolução n. 174/2013 e Resolução n. 564/2010 do TJMS, conforme constante no Anexo I do Edital e a validade do processo seletivo será de dois anos, a contar da data da publicação oficial da homologação dos classificados, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da Administração do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Saiba mais – Os leigos são auxiliares da justiça com exercício de função temporária de relevante caráter público, sem vínculo empregatício ou estatutário com a Administração e o candidato regularmente convocado e designado exercerá a função pelo período de 4 (quatro) anos, prorrogável pelo mesmo período,

no interesse da Administração, podendo ser suspenso, afastado ou desligado de suas funções *ad nutum*, a critério e conveniência da Administração do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e do Juiz a que esteja subordinado.

Confira a íntegra do edital publicado no Diário da Justiça:

http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201601111038501.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes de MS julgaram mais de 314 mil processos em 2015 - 12/01/2016



Entre os meses de janeiro e dezembro de 2015, os juízes do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul julgaram 314.186 processos em 1º Grau (Justiça Comum e Juizados). Destes, foram 188.345 julgados na Justiça Comum e 125.841 nos Juizados, de acordo com dados estatísticos referentes a processos e procedimentos apurados pela Assessoria de Planejamento do TJMS.

Atualmente estão em andamento 774.636 feitos em 1º Grau, dos quais 668.527 tramitam na Justiça Comum e 106.109 nos Juizados Especiais. Deste total, 578.967 processos são cíveis e 195.669 criminais.

As quatro comarcas sul-mato-grossenses de Entrância Especial concentram 62% dos processos em andamento no Estado: Campo Grande possui 377.563 feitos em andamento, Dourados, 44.495, Três Lagoas, 31.540, e Corumbá, 28.006 processos.

No último ano foram distribuídos 428.410 processos em todas as comarcas de MS, sendo 311.174 na Justiça Comum e 117.236 nos Juizados Especiais.

Processos Eletrônicos – Dos processos em andamento no Poder Judiciário de MS em 1º Grau, 681.188 (88%) tramitam no formato eletrônico, sendo que nos Juizados atinge-se 98%, com 104.214 feitos eletrônicos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargadores do TJMS julgam 46.990 processos em 2015 - 13/01/2016



No ano de 2015 o Tribunal de Justiça julgou 46.990 processos - aproximadamente 95% dos 49.768 processos distribuídos; o que demonstra a preocupação constante dos desembargadores em vencer a distribuição, buscando julgar mais processos do que a quantidade de distribuídos, com o objetivo de reduzir o estoque processual. O TJMS inicia o ano de 2016 com 16.952 feitos em andamento.Os dados são referentes ao Órgão Especial, Seções e Câmaras do Tribunal de Justiça.

Dentre os órgãos julgadores com o maior número de processos julgados destacam-se a 5ª, a 2ª e a 4ª Câmaras Cíveis, com, respectivamente, 7.675, 6.988 e 6.634 julgados, dentre decisões monocráticas e colegiadas.

Os números demonstram também uma maior aproximação do Poder Judiciário com a população, por meio dos canais de comunicação do Tribunal, esclarecendo aos cidadãos seus direitos e o funcionamento do Poder Judiciário, além da consciência do jurisdicionado de que a prestação jurisdicional será entregue em tempo razoável.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário inicia tratativas para manutenção de parques da Capital - 14/01/2016



O juiz titular da 2ª Vara de Execução Penal (VEP) de Campo Grande, Albino Coimbra Neto, recebeu em seu gabinete na tarde desta quarta-feira (13), o prefeito Alcides Bernal com o objetivo de iniciar as tratativas para formalização de um convênio entre o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul e o executivo municipal para garantir a manutenção de parques pelos presos do regime semiaberto da Capital.

De acordo com o juiz Albino Coimbra, a manutenção de parques estaduais, como o Parque das Nações Indígenas e Parque dos Poderes já é feita pelos presos, assim, estender o trabalho em âmbito municipal "é algo possível de se trabalhar e rapidamente, pois a parceria já existe com o Estado e já temos experiência de como fazê-la".

Inicialmente, a expectativa é de que o convênio beneficie a manutenção de dois parques: o Ayrton Senna, localizado no bairro Aero Rancho e o Parque Jacques da Luz, nas Moreninhas. Segundo o prefeito, estes dois locais são prioritários em razão das condições em que se encontram, "mas além desses dois parques nós temos outros que podem ser objetos desse convênio, além de praças públicas", frisou o chefe do executivo municipal.

"Os poderes precisam estar cada vez mais unidos com o propósito de fazer valer os interesses do cidadão e o interesse público. E nós, enquanto administração pública municipal, confiamos muito no Poder Judiciário e queremos estabelecer esta parceria", destacou Alcides Bernal.

Uma parceria que é encarada pelo juiz Albino como uma "ação de segurança pública", pois não apenas contribuirá para o bem estar social e a ressocialização do preso, como também exigirá, em contrapartida, que o preso trabalhe, o qual, "caso falte com suas obrigações no serviço, comete falta disciplinar grave e é punido com, até mesmo, a regressão para o regime fechado", sinaliza o magistrado. Além disso, completa o juiz, o convênio "é uma ação de austeridade, pois garante uma economia gigantesca aos cofres públicos".

O convênio deve ser formalizado por meio do Conselho da Comunidade de Campo Grande, que irá administrar a folha de pagamento, o registro de presença, e demais procedimentos administrativos. Hoje, diversos presos da Capital estão no mercado de trabalho graças a convênios com o Conselho da Comunidade, que é um órgão previsto na Lei de Execução Penal para atuar em prol da ressocialização dos detentos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes comemoram 10 anos de ingresso na magistratura - 18/01/2016



Há exatamente 10 anos, sete novos juízes ingressavam na magistratura sul-mato-grossense. A solenidade de posse foi realizada no plenário do Tribunal Pleno do Palácio da Justiça e passaram a atuar como juízes substitutos Daniela Endrice Rizzo, Silvia Eliane Tedardi, Emirene Moreira de Souza, Ellen Priscile dos Santos, Cristiane Aparecida Biberg, Ronaldo Gonçalves Onofri e Emerson Ricardo Fernandes.

Com os novos juízes, na época, Mato Grosso do Sul passou a ter 158 magistrados e para o XXVI Concurso de Juiz Substituto do TJMS houve 527 inscritos diputando 17 vagas. Hoje, existem 196 integrantes da magistratura, sendo 166 juízes e 30 desembargadores.

Três dos sete juízes que completam uma década na magistratura judicam na comarca de Três Lagoas, uma em Sidrolândia, uma em Nova Andradina, uma em Caarapó e um em Corumbá. Em uma rápida avaliação, a juíza Emirene Moreira de Souza Alves, da 2ª Vara Cível de Três Lagoas, conta que, mesmo sabendo que é difícil julgar, está feliz pelo trabalho realizado até aqui.

"Por onde passei, sempre dei o melhor de mim. Trabalhei muito, proferi muitas sentenças, fiz muitas audiências, relegando, por vezes, a vida pessoal em prol da profissão na solução dos conflitos".

Ela confidencia que muitas vezes chega em casa exausta, mas realizada por fazer algo que gosta muito. "A nossa responsabilidade é gigantesca. Trabalhamos com vidas, liberdades, dentre outros direitos. É preciso muita atenção, dedicação, reflexão e estudo, sempre. Há muito sacrifício, mudanças e renúncias. Nem por isso, o orgulho e a satisfação que sempre senti de ser aprovada no concurso da magistratura diminuiu. Apesar de todo o sacrifício e das renúncias, faria tudo de novo".

Daniela Endrice Rizzo também comemorou a data e confessa que se sente mais segura e mais confiante depois de 10 anos de experiência, trabalho e dedicação à judicatura. "Tempo de aprendizado, de

crescimento, não somente como profissional, mas também como ser humano. Muitos outros desafios virão para ajudar a aperfeiçoar a cada dia nosso trabalho em benefício da legalidade, igualdade e justiça".

Um dado curioso: dos sete que ingressaram na magistratura, cinco eram mulheres – o que significou 71,5% dos aprovados daquele concurso. No concurso anterior, quando 842 candidatos participaram das provas, somente sete foram empossados e, dentre estes, apenas duas eram representantes do sexo feminino.

No quadro atual da magistratura existem duas desembargadores e 48 juízas, das quais 27 estão na Capital e 21 em comarcas do interior. Desde a criação do Estado em 1977, Dagma Paulino dos Reis e Marilza Lúcia Fortes, além de Tânia Garcia de Freitas Borges e Maria Isabel de Matos Rocha, foram as únicas a ocupar uma cadeira entres os desembargadores.

Algumas imagens da solenidade de posse:











Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Plantão eletrônico começa a funcionar amanhã no Judiciário de MS - 20/01/2016



Um novo serviço para facilitar a vida dos advogados, defensores púbicos e promotores começa a funcionar nesta quinta-feira, dia 21 de janeiro. Trata-se do plantão eletrônico dos processos de 1º grau. Com a implantação do serviço, as novas ações ingressadas durante o horário de plantão serão distribuídas eletronicamente, pondo fim ao peticionamento físico para esta circunstância.

O serviço funcionará da seguinte forma: o interessado peticiona a petição inicial via portal e-SAJ, endereçando ao juiz competente. O processo é distribuído automaticamente pelo sistema, que notificará o servidor plantonista por meio de um aplicativo instalado no celular funcional. Após isso, o plantonista dará o impulso necessário, comunicando ao magistrado e ao membro do Ministério Público (se for o caso) para que acessem os autos eletrônicos pelo sistema SAJ.

O procedimento gera economia com impressão e deslocamento, visto que o advogado não precisará entregar em mãos ao plantonista a petição, garantindo agilidade no cumprimento dos atos. O serviço estará disponível para todas as comarcas do Estado.

A Central de Serviços da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS, pelo telefone 3314-1718, está capacitada para orientar os advogados e demais usuários do portal e-SAJ acerca do funcionamento do plantão eletrônico.

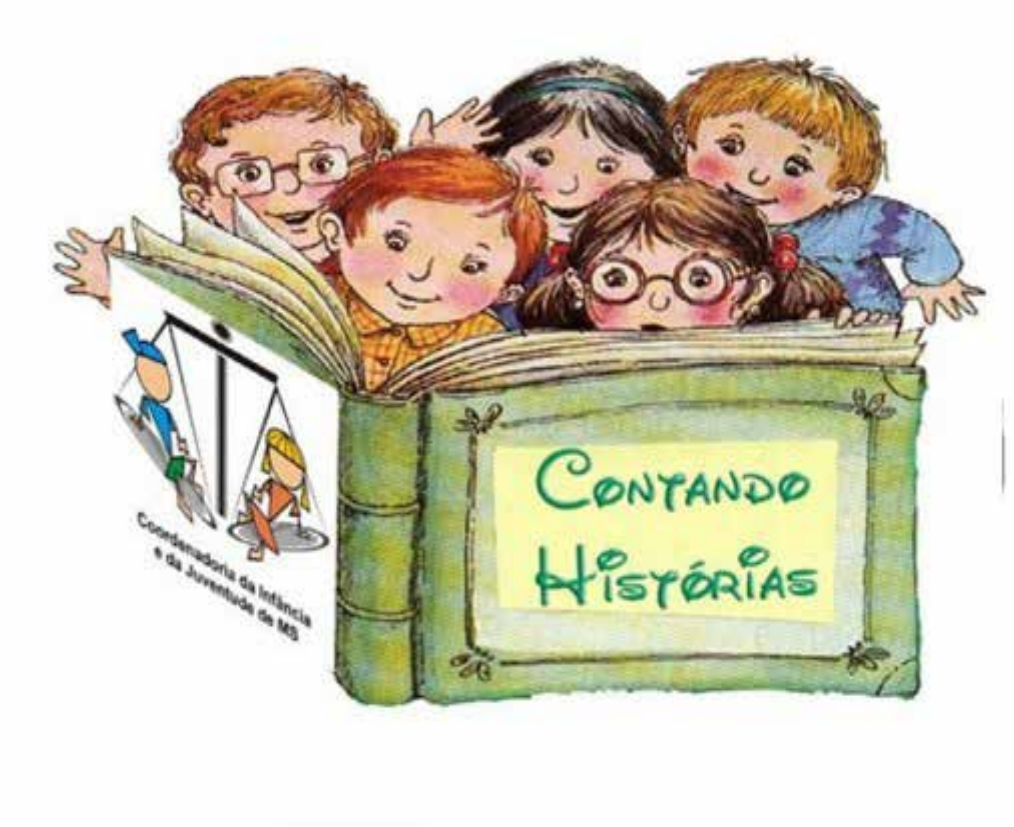
No final da tarde deste terça-feira (19), por meio de transmissão ao vivo, a equipe do Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS reuniu-se com servidores das comarcas e apresentou o Plantão Judicial Eletrônico, informando os principais aspectos e funcionalidades do novo sistema.

Confira o Manual do Plantão Eletrônico:

http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201601191901221.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CIJ capacita voluntários para Projeto Minha História, Minha Vida - 21/01/2016



Nesta quinta-feira (21/01), a equipe da Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ) do Tribunal de Justiça ministrará a terceira capacitação para acadêmicos de Psicologia dos 3º, 5º, 7º e 9º semestres, da Universidade Federal de MS (UFMS). Com isso, a CIJ objetiva preparar os universitários para auxiliar crianças e adolescentes de três entidades de acolhimento de Campo Grande.

Para que se entenda melhor a capacitação, é necessário ressaltar que desde 2013 a CIJ mantém convênio com o curso de Psicologia da UFMS, permitindo a atuação dos universitários no Projeto Minha História, Minha Vida, uma proposta que visa propiciar a interação da criança e do adolescente em situação de acolhimento com o mundo que os cerca.

O projeto piloto foi implantado em Campo Grande para atender aproximadamente 60 crianças e adolescentes de três instituições de acolhimento e os voluntários desenvolvem um trabalho com literatura infantil, na tentativa de responder indagações relacionadas à história de vidas dos menores acolhidos.

Ressalte-se ainda que o trabalho com história de vida está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tornando-se parte fundamental do projeto pedagógico de cada serviço de acolhimento. O projeto em Campo Grande propicia meios de expressão para que cada criança ou adolescente registre sua história de vida, utilizando a literatura infantil como mediadora desse processo.

Por que falar das histórias pessoais? Para se falar das vivências, relatando os sentimentos vividos, das pessoas com quem se conviveu, já que não falar sobre as histórias não mudará o que aconteceu. Contar as histórias possibilita uma ressignificação do que se viveu.

De acordo com a psicóloga Rosa Pires de Aquino, da equipe da CIJ, o objetivo do trabalho é proporcionar à criança e ao adolescente a oportunidade de ser ouvida por um adulto: o papel da referência afetiva e do próprio afeto é indispensável para o desenvolvimento de um ser.

"As crianças e adolescentes que estão em serviços de acolhimento já sofreram rupturas. Então, ao mesmo tempo em que eles têm a necessidade em confiar em um adulto, têm certa dificuldade também, porque sua maior referência falhou. Por isso a importância de uma aproximação respeitosa, ritmado com a criança. Elas precisam sentir-se seguras o suficiente para poder compartilhar aquilo que lhe são mais íntimos", explicou.

A capacitação será realizada no bloco do curso de Psicologia, na UFMS, das 15 às 17 horas, para 40 acadêmicos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Direção do Foro da Capital cria banco de boas práticas forenses - 21/01/2016

Publicado no Diário da Justiça desta quinta-feira (21) edital para que servidores do Poder Judiciário inscrevam boas práticas. As regras para a inscrição estão na Portaria nº 04/2016 do juiz Aluízio Pereira dos Santos, Diretor do Foro da Capital.

De acordo com o juiz, a portaria visa criar um banco de práticas que contribuam de forma positiva para a gestão administrativa e jurisdicional do Poder Judiciário, tornando-o mais eficiente em vários seguimentos, com a experiência e a criatividade dos servidores.

Serão avaliados o ineditismo, a criatividade, a celeridade, a praticidade, o baixo custo e a exportabilidade das práticas. As sugestões serão avaliadas por uma comissão para se verificar sua pertinência na implantação.

As ideias implantadas serão premiadas com elogio na ficha funcional, além de um Certificado de Reconhecimento de Melhores Práticas, bem como a divulgação nos meios de comunicação. Podem participar servidores das 52 comarcas da justiça sul-mato-grossense.

O tema para a proposta de boas práticas é livre, podendo-se inscrever, inclusive, ideias não relacionadas diretamente às suas atividades, como, por exemplo, economia de água, energia, papéis, serviços de manutenção, informática, material de consumo e dentre outros.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Órgão Especial admite inconstitucionalidade na 1ª sessão de 2016 - 28/01/2016



Na tarde desta quarta-feira (27), os desembargadores do Órgão Especial se reuniram para a primeira sessão do órgão colegiado do ano de 2016. Na pauta, 23 processos entre mandados de segurança, *habeas corpus*, embargos de declaração, agravos regimentais e duas arguições de inconstitucionalidade.

O destaque desta sessão foi a decisão de julgar inconstitucional artigo de lei do município de Campo Grande que obriga todos os servidores a contribuir e associar-se ao plano de saúde dos servidores da Capital.

Neste processo, um servidor público municipal contesta a obrigatoriedade da contribuição para o custeio de plano de saúde do município de Campo Grande, previstos no artigo 4º da Lei Municipal nº 4.430/06.

Os desembargadores da 1ª Câmara Cível do TJMS levaram a questão, sob relatoria do Des. Sérgio Fernandes Martins, ao plenário do Órgão Especial para ser decidida sobre a inconstitucionalidade do dispositivo legal. Na decisão, o direito de livre associação, previsto na Constituição Federal, foi o principal fundamento para a decisão.

Processo nº 0809748-59.2013.8.12.0001

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Casa da Mulher Brasileira completa um ano e lança novas ações - 02/02/2016



A primeira Casa da Mulher Brasileira do País, um complexo que integra todos os serviços especializados para atender a mulher vítima de violência, completa um ano de inauguração. Em comemoração a esse feito, o colegiado gestor da CMB realizará uma solenidade de lançamento de ações institucionais que buscam ampliar os serviços e atendimentos.

O evento será no dia 3 de fevereiro, às 8h30, e conta com o lançamento do Sistema de Informatização da CMB, a entrega do benefício de Projeto "Liberta Mulheres" e a implantação da unidade da Polícia Militar da Casa da Mulher Brasileira.

A instalação da primeira casa do País em Mato Grosso do Sul teve como missão demonstrar para todo o Brasil, com um exemplo de atendimento, acolhimento e apoio à mulher, que é possível mudar a cultura de violência de gênero. Nos últimos 11 meses de funcionamento a Casa da Mulher Brasileira atendeu quase 10 mil vítimas.

Casa da Mulher Brasileira – O complexo integra todos os serviços especializados para atender a mulher vítima de violência, como Judiciário, delegacia, defensoria, promotoria, equipes psicossocial e de orientação para emprego e renda, além de brinquedoteca e área de convivência. A ação faz parte do Programa Mulher Viver sem Violência da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR).

O Poder Judiciário de MS instalou no dia 9 de março de 2015, a primeira Vara de Medidas Protetivas do Brasil como é chamada a 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher em Campo Grande. Criada pelo TJMS no dia 10 de fevereiro, a Vara funciona na Casa da Mulher Brasileira, situada na Rua Brasília s/nº, no Jardim Imá, próximo ao Aeroporto Internacional de Campo Grande.

Vara de Medidas Protetivas – Para se ter uma ideia de como é o atendimento na vara, necessário apontar que a vítima, em primeiro lugar, deve procurar a Casa da Mulher Brasileira e registrar boletim de ocorrência na delegacia instalada no local.

A delegada ou o Ministério Público podem pedir uma ou mais medidas protetivas ao juiz, que adota de imediato a medida ou medidas mais concernente ao caso, como por exemplo a prisão preventiva do agressor, sua saída do lar ou afastamento da vítima, entre outras.

Além das medidas acima mencionadas, existem outras, tais como: proibição de aproximação de familiares da vítima ou testemunhas, com fixação da distância; proibição de qualquer tipo de contato com a ofendida; proibição de frequentar lugares para preservar a integridade física e psicológica da vítima; restrição ou suspensão de visitas a filhos menores; proibição de frequência a bares; proibição de ingestão de bebidas alcoólicas; proibição de porte ou posse de armas.

O juiz pode ainda encaminhar a mulher e seus filhos a um programa de proteção; determinar sua recondução ao lar após o afastamento do agressor; determinar a separação de corpos, enfim, garantir que fique em real segurança.

O juiz deverá assegurar à mulher vítima de violência doméstica e familiar sua integridade física e psicológica e a Lei Maria da Penha também prevê a concessão de medidas na esfera patrimonial e isso permite que o juiz determine, por exemplo, a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor; a proibição temporária para celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, e a suspensão de procurações dadas ao agressor pela vítima.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário protege 2.444 mulheres no 1º ano da Casa da Mulher Brasileira - 03/02/2016



Um ano da 1ª Casa da Mulher Brasileira foi comemorado na manhã desta quarta-feira (3). O espaço conta com diversos serviços e instituições públicas de proteção às mulheres, incluindo a primeira Vara de Violência Doméstica e Familiar do Brasil dedicada, exclusivamente, a Medidas Protetivas às mulheres vítimas de violência. O vice-presidente do Tribunal de Justiça, Des. Paschoal Carmello Leandro, participou da comemoração e defendeu a paz em casa e a mudança da cultura do machismo.

Em seu discurso, o Des. Paschoal, que é o coordenador Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, afirmou que a violência existe sim, em Campo Grande, no Estado de MS e no Brasil, mas a justiça está sendo feita. "Neste primeiro ano, nós mobilizamos a sociedade com campanhas, implantamos a primeira Vara de Medidas Protetivas do país e estamos defendendo os direitos das mulheres que sofrem da injustiça da violência em seus lares, um mal social".

Por ser um modelo inovador de Política Pública para Mulheres, a Casa da Mulher Brasileira ganhou confiança das mulheres vítimas. Desde que foi criada, a casa já atendeu 11.070 mulheres. Somente a 3ª Vara de Violência Doméstica da capital deferiu 2.444 Medidas Protetivas, desde que foi implantada em março de 2015, garantindo a integridade física e moral das vítimas.

O serviço do Poder Judiciário ajudou a diminuir os casos. Mas a mudança da cultura de violência é a melhor forma de enfrentar o problema, disse o Des. Paschoal Leandro. Para o magistrado, há a necessidade de paz em casa. "A ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), propôs uma mobilização nacional pela Paz em Casa. Nós chegamos à conclusão de que a violência contra a mulher nós vamos combater quando instruirmos as pessoas a ter noção da gravidade do problema, denunciar, mas, acima de tudo, conviver em paz e harmonia em casa".

Em março deste ano, mês da mulher, o Poder Judiciário irá promover mais uma edição da campanha "Justiça pela Paz em Casa", mais uma ação do Judiciário em prol da mulher. Muitas atividades vão ocorrer em todas as comarcas no sentido de abolir todas as formas de violência contra a mulher.

Durante a cerimônia, foi lançado o Sistema Informatizado da Casa da Mulher, entregue o benefício "Liberta Mulheres" e implantada a Unidade da Polícia Militar no local. A secretária nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, Aparecida Gonçalves, veio a Campo Grande para a comemoração.

A Casa da Mulher Brasileira de Campo Grande funciona na Rua Brasília, 80, no Jardim Imá (próximo ao Aeroporto Internacional). O atendimento é 24 horas, assim como o atendimento pelo telefone 180 do disque-denúncia.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br



Justiça Restaurativa nas escolas municipais retoma atividades - 11/02/2016



Os trabalhos da Justiça Restaurativa nas Escolas Municipais de Campo Grande retornaram as atividades na última sexta-feira, dia 5 de fevereiro. O projeto da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul busca a sensibilização de alunos e professores para a promoção da cultura da paz entre os jovens.

O projeto teve início em outubro do ano passado e abrange duas escolas municipais da Capital: Escola Municipal Doutor Plínio Barbosa Martins, no bairro Jardim das Macaúbas, e Escola Municipal Irene Szukala, no Jardim das Hortências.

Ambas instituições receberam a visita da equipe técnica do projeto na sexta-feira (5). Sob a coordenação de Maria Ivete Floreste Silveira, o grupo é formado por dois professores e duas professoras com qualificação de pedagogia e psicopedagogia cedidos da Secretaria Municipal de Educação para atuarem na Coordenadoria da Infância e da Juventude.

De acordo com Maria Ivete, os trabalhos foram voltados aos professores e coordenadores pedagógicos de ambas as escolas, com o intuito de sensibilizá-los sobre a proposta da Justiça Restaurativa.

Os encontros aconteceram nos turnos da manhã e da tarde, reunindo cerca de 145 professores que acompanharam uma palestra semelhante ao diálogo restaurativo que é apresentado aos alunos, na qual foi explicado o que é a Justiça Restaurativa, o que são medidas socioeducativas, como também os valores da Justiça Restaurativa que busca a conscientização sobre a importância do diálogo como forma de resolução dos conflitos e a promoção da cultura da paz.

O intuito, explica Ivete, é justamente mostrar aos professores o trabalho que é desenvolvido com os jovens, para que estes profissionais possam auxiliar no dia a dia o desenvolvimento da ação da Justiça Restaurativa.

Em março serão retomados os trabalhos com os alunos de todas as turmas do 6º ao 9º ano do ensino fundamental, séries estas que são o foco do projeto. Muito embora, explica Ivete, casos isolados

são trabalhados paralelamente, independente do ano curricular em que o aluno esteja. Entre as questões tratadas, não apenas situações de ameaça ou violência física, como também casos de bullying são alvos da atuação da equipe que, em 2016, ampliará o atendimento para mais duas escolas da rede municipal de ensino.

A Justiça Restaurativa nas Escolas foi implantada em 2012 nas escolas da rede estadual em Campo Grande.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Audiência de Custódia será implantada na justiça juvenil de MS - 15/02/2016



A Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) do Tribunal de Justiça de MS, por intermédio de proposta elaborada pelo juiz da Infância e Juventude de Campo Grande, Mauro Nering Karloh, criou um projeto de implantação da Audiência de Custódia Juvenil no Estado. A proposta, que já conta com o aval da Corregedoria-Geral de Justiça e do coordenador da Infância e Juventude, Des. Eduardo Machado Rocha, segue para formalização pelo presidente do TJMS, Des. João Maria Lós.

As audiências de custódia foram implantadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e posteriormente regulamentadas pelo Tribunal de Justiça do Estado por meio do Provimento nº 352, de 1º de outubro de 2015. No entanto, a norma disciplinou o tema somente em relação aos adultos.

Conforme explica o juiz Mauro Karloh, a extensão da realização das audiências de custódia para adolescentes apreendidos em flagrante busca dar um tratamento igualitário, visto que, tanto a legislação nacional (Siad) quanto a internacional (Riad) sobre a delinquência juvenil estabelecem que o adolescente infrator não deve receber um tratamento mais severo do que aquele dispensado ao adulto criminoso.

Na prática, atualmente os maiores de 18 anos são levados à presença de um juiz no prazo de 24 horas depois da prisão, sendo que os adolescentes apreendidos, ao menos em Campo Grande, dado o volume processual, terão uma audiência com o juiz, normalmente, em torno de 15 ou 20 dias após sua apreensão em flagrante. Ou seja, uma situação muito mais severa para o adolescente do que para o adulto.

Além disso, frisa o juiz, a Resolução nº 213 do CNJ que regulamentou o procedimento no país aborda que toda pessoa presa em flagrante delito faz jus à realização da audiência de custódia, de modo que possibilita a extensão normativa aos adolescentes infratores.

Com isso, a redação do Provimento nº 352 acrescentará o direito dos menores de 18 anos, presos em flagrante, serem apresentados e entrevistados por um juiz de Direito, no prazo de 24 horas, em uma

audiência onde serão apresentadas também as manifestações do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado particular. Nesta audiência de custódia é analisada a legalidade da prisão do adolescente com a possibilidade de imediato estabelecimento de medida protetiva e/ou socioeducativa.

Segundo explica o magistrado, a adoção da audiência de custódia no Brasil é uma prática que ratifica o Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), que dispõe em seu item 5, do artigo 7º que toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, a presença de um juiz. O que se pretende com o projeto da CIJ é justamente normatizar aos adolescentes esta condição que foi prevista genericamente, tanto no tratado internacional quanto na regulamentação do Conselho Nacional de Justiça.

Essa condição de contato imediato do adolescente com o juiz, aos moldes do que já vem sendo feito nas demais audiências de custódia, será muito benéfica para a justiça juvenil. Conforme explica o magistrado, "embora qualquer prisão em flagrante seja comunicada ao juiz competente, em até 24 horas, ao menos no papel, no ''olho a olho'' é possível uma percepção bem maior da situação do acusado, enfim, é possível ter mais segurança para se tomar as medidas imediatas em relação ao adolescente e até mesmo sua família".

E essa reposta imediata, afirma o juiz, é fundamental em se tratando de adolescente. "O adolescente, como é uma pessoa numa situação peculiar de desenvolvimento, é preciso que ele tenha uma resposta imediata para aquele ato por ele cometido. E o imediatismo da resposta estatal é um fator fundamental de socioeducação do adolescente. Lembrando que a Infância não tem por escopo punir o adolescente e sim socioeducá-lo".

Assim, completa o juiz, "o que nós queremos é que o adolescente que tenha cometido um ato infracional seja responsabilizado pelo que fez para que no futuro, enquanto adulto, ele não volte a repetir estes mesmos erros. A ideia é criar um cidadão cumpridor de suas obrigações, por isso que a resposta estatal tem que ser pronta para que ele seja prontamente submetido a uma medida socioeducativa e perceba a importância de andar em obediência aos ditames legais".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS cumpre metas do CNJ acima do estabelecido em 2015 - 16/02/2016



2015 foi um ano de grande atuação do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul em prol dos jurisdicionados. É o que revela o relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no qual a corte sul-mato-grossense obteve aproveitamento superior ao estabelecido nas metas. O Poder Judiciário passa a se alinhar com o direito constitucional de todos os cidadãos brasileiros que estabelece a duração razoável do processo na Justiça.

O ano foi marcado por muitos julgamentos e condenações de agentes públicos e corruptores, inclusive políticos. Para se ter ideia do trabalho realizado, o TJMS, em 2015, teve cumprimento de 142,86% da Meta 4, em relação aos processos que tramitam no segundo grau. Esta meta prioriza o julgamento dos processos relativos à corrupção e à improbidade administrativa, identificando e julgando até 31 de dezembro de 2015 pelo menos 70% das ações de improbidade e das ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, que foram distribuídas até 31 de dezembro de 2012.

De acordo com o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, que é o gestor das metas no Estado, o relatório do CNJ demonstra que o Tribunal de MS desponta entre os primeiros do Brasil. Para o juiz auxiliar, os investimentos em tecnologia e em pessoal foi fundamental neste resultado positivo. "A dinâmica de trabalho desenvolvida pela atual administração, que não mediu esforços para disponibilizar aos magistrados e servidores de toda tecnologia, uma das melhores do país, abrangente em todas etapas do processo digital, e, também, o empenho muito grande por parte dos magistrados e servidores em obter êxito nas metas estabelecidas pelo CNJ, garantiu esse resultado significativo alcançado por nosso Tribunal em 2015".

O grau de cumprimento da meta 4 pelos Juizados também superou o estabelecido pelo CNJ, haja vista que 107,14% dos feitos distribuídos até o final de 2012 foram julgados até 2015.

Aliás, os Juizados cumpriram 125,93% da meta 1, que define julgar quantidade maior de processos de conhecimento que os distribuídos durante todo o ano de 2015. Já a justiça comum teve aproveitamento de 109,02%, as Turmas Recursais julgaram 103,39% e o Segundo Grau 94,51%. No total, a Corte sul-mato-grossense teve cumprimento geral em 110,31%.

No que tange à Meta 2, o Segundo Grau também cumpriu em 124,81%, ao identificar e julgar 80% dos processos distribuídos até 31 de dezembro de 2012. Os Juizados, por sua vez, cumpriram 90,69%; as Turmas Recursais 83,98% e a Justiça Comum julgou 87,46%, dos processos distribuídos até 31 de dezembro de 2011.

Todo este trabalho vai ao encontro da Missão do Poder Judiciário de MS que é dar Prestação jurisdicional efetiva e transparente, garantindo a razoável duração dos processos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Constelação Familiar participará do Judiciário de MS - 17/02/2016



De forma inovadora, a Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ) do TJMS está formalizando um convênio com um grupo de terapeutas sistêmicos comandados por Amilton Plácito Rosa que irá proporcionar atendimento gratuito às famílias, crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência por meio da Terapia Constelação Familiar.

A técnica vem sendo incorporada a diversas práticas do Judiciário nacional, no entanto esta será a primeira vez que a linha da Constelação Familiar será utilizada no atendimento de familiares, jovens e crianças vítimas ou testemunhas de violência.

Criada pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, trata-se de um método psicoterapêutico de abordagem sistêmica, reconstruindo a árvore genealógica de cada indivíduo de modo que seja possível analisar se os problemas de relacionamento dele são frutos de reprodução de problemas ou situações já vivenciados por seus antepassados, isto porque Hellinger observou que os padrões de comportamento das pessoas se repetem nas famílias ao longo das gerações.

Já o precursor da utilização do método no Judiciário foi o juiz Sami Storch, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ele foi pioneiro, em nível mundial, ao aplicar o conhecimento das Constelações Familiares para resolução de conflitos em ações de divórcio, pensão alimentícia, guarda de filhos, além de infrações de adolescentes. O magistrado chegou a receber uma menção honrosa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) durante a premiação da 5ª edição do Prêmio Conciliar é Legal, em junho de 2015, na qual o TJBA foi destaque.

Segundo a equipe de facilitadores da CIJ, desde a implantação da Central de Depoimento Especial, que colhe os depoimentos de crianças e adolescentes utilizando técnicas da escuta especial, o chamado “depoimento sem dano”, havia uma previsão de que estas pessoas e seus familiares fossem

encaminhadas a um tratamento especializado, no sentido de superar esta situação traumática enfrentada. No entanto, como não há uma estrutura capaz de atender essa demanda, a Coordenadoria da Infância buscou parcerias para desenvolver o atendimento.

Foi assim que começaram as tratativas com Amilton Plácito Rosa e seu grupo de terapeutas que já foram parceiros da CIJ em 2013. A última reunião aconteceu na sexta-feira passada, dia 12 de fevereiro, onde a nova parceria foi estabelecida e agora caminha para a formalização junto ao Tribunal de Justiça.

Pelo convênio, o Tribunal de Justiça irá dispor de um local adequado para os atendimentos que acontecem no intervalo de 15 dias. Em contrapartida, o grupo de terapeutas irá prestar o serviço de forma voluntária.

O intuito é ainda expandir a utilização do método para outras áreas da Infância e Juventude, tais como Justiça Restaurativa, adolescentes infratores, além de crianças e adolescentes em situação de acolhimento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Malote Digital agiliza benefícios legais e gera economia de dinheiro público - 18/02/2016



Desde que o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul firmou, em junho de 2015, convênio com a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) para implementar o Alvará de Soltura eletrônico, foram enviados 4.514 documentos pela ferramenta Malote Digital. A nova rotina permitiu mais agilidade no cumprimento de benefícios e solturas, além de ter gerado a economia de mais de R$ 63 mil nos seis primeiros meses, apenas com diligências oficiais.

Antes do uso do Malote Digital, o serviço era realizado por diligências dos oficiais de justiça ou pelos correios, o que gerava custos e demora na efetivação dos benefícios legais. Agora os alvarás de soltura, livramentos condicionais e progressão de regime são recebidos e executados eletronicamente, 24 horas por dia, por meio da Central Estadual de Alvará da Agepen. Desta forma o benefício pode ser cumprido no mesmo dia da decisão do magistrado.

De acordo com a diretora da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau do TJMS, Conceição Pedrini, os benefícios com a utilização da rotina Malote Digital são mais amplos. “Os custos foram reduzidos não apenas com o pagamento de diligências aos oficiais, algo em torno de R$ 63 mil em um semestre. Temos economia de tempo e de recursos humanos também”.

Ela explica ainda que o envio de alvarás ou outras correspondências pelo Malote Digital garante a autenticidade do procedimento, mais um benefício desta rotina. “Toda documentação enviada para a Agepen é autenticada por Assinatura Digital além de o envio ser criptografado, o que inibe erros e fraudes”.

O malote digital é utilizado também para comunicação de esclarecimentos, informações, requerimentos, comunicação com outras unidades da federação, informativo de prisão, cumprimento de mandado de prisão, requerimento de envio de guia de recolhimento, recâmbio de preso, nas progressões de regime e outros benefícios.

A diretora acredita que em breve outros convênios podem ser firmados com mais instituições. “O convênio entre o TJMS e a Agepen está sendo exitoso, garantindo a otimização e operabilidade entre os órgãos de Estado. Em breve, um convênio com a Polícia Civil poderá ser assinado, o que moderniza e amplia o sistema jurídico”.

Assim, o uso da tecnologia permitiu melhorar aproveitamento dos recursos humanos, dispensando o trabalho dos Oficiais de Justiça, economia de recursos financeiros, não pagamento de diligências, e, principalmente, produziu eficiência e celeridade na prestação jurisdicional, garantindo o direito do jurisdicionado a prestação judicial em tempo razoável.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Paulo Alberto de Oliveira é empossado desembargador do TJMS - 24/02/2016



A partir de agora, o Tribunal de Justiça de MS tem mais um desembargador. Com o plenário lotado, Paulo Alberto de Oliveira foi empossado desembargador e preencherá a 31ª vaga. E ele fez um discurso de gratidão, iniciando com uma prece que emocionou a muitos.

Agradeceu as palavras generosas dos que antecederam sua fala e pediu licença para falar com o coração. Citou os 27 anos no Ministério Público, lembrou que foi empossado como Procurador-Geral de Justiça neste mesmo plenário. Demonstrou gratidão pelas vezes em que foi bem recebido no Tribunal, mencionando nominalmente muitos desembargadores.

Paulo Alberto recitou Guimarães Rosa, Fernando Pessoa; rememorou o tempo em que trabalhou no Poder Judiciário, no início da carreira, e comemorou a presença da ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, Corregedora Nacional de Justiça, a quem chamou de jurista completa, por transitar majestosamente em todas as áreas do Direito.

"Tudo tem um propósito na vida e é nas provações que temos a oportunidade de nos tornar mais fortes, pois a lapidação humana vem nas lutas e nas provas. A vontade de Deus é soberana e inegociável, portanto, eis aqui a minha redenção", concluiu.

O momento mais emocionante da cerimônia ocorreu quando sua mãe, acompanhada da ministra Nancy e da procuradora Irma Vieira de Santana e Anzoategui, colocou-lhe a toga – simbologia que traduz autoridade, prestígio e respeito.

Não se pode esquecer que a posse é consequência da composição entre o Tribunal de Justiça, o Ministério Público e a OAB/MS que possibilitou destravar as vagas do quinto constitucional, permitindo que a mais alta Corte da justiça sul-mato-grossense passe a ter mais um integrante.

O discurso de boas-vindas foi proferido pela Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges. "Acolhi com profunda alegria a missão que me foi conferida para saudar meu amigo Paulo Alberto de Oliveira, na solenidade que o investe na condição de novo membro deste Egrégio Tribunal de Justiça. Impossível não falar de quão honrosa é esta missão e igualmente prazerosa em função dos fraternos laços de amizade que nos unem há anos, facilitada, também, pela bela trajetória de vida que ostenta o nosso empossado".

A desembargadora mencionou a crise vivida pela sociedade e disse que o Des. Paulo Alberto vem com os olhos postos na realidade social. "V. Exa. traz a aspiração de ver cumpridas e acatadas as normas legais que norteiam as relações interpessoais e delineiam a própria ordem jurídica da qual somos artífices, na expectativa da honra e da justiça".

O presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, começou o discurso citando Fernando Pessoa e afirmou que o ato de posse percorreu longa e silenciosa estrada. "Todos sabemos do debate travado no âmbito das instituições judiciais e da OAB para que pudéssemos chegar até aqui, neste momento, fazendo prevalecer o bom senso e o entendimento".

Karmouche ressaltou que a competência e a sabedoria de Paulo Alberto é conhecida por todos. "Muitos dos que estão aqui homenageando-o, neste dia histórico, podem ter certeza: está chegando à magistratura de nosso Estado um homem especial, de coragem e determinação. Tenho certeza de que não vai decepcionar. Sua vasta experiência jurídica e sua sensibilidade social farão a diferença".

O procurador-Geral de Justiça, Humberto de Matos Brites, garantiu que Paulo Alberto vai engrandecer o Judiciário estadual, já que foi um promotor diligente, sério e combativo. "Tenho convicção de que sua dedicação pelo Direito e pela justiça há de continuar iluminando sua trajetória de luta, agora no exercício dessa nova função, mantendo acesa a chama da justiça".

Para o Procurador-Geral, o esforço pessoal e a experiência adquirida são elementos chaves para permitir a realização de desejos e sonhos. "O bom julgador é, antes de tudo, um atendo observador e ouvinte, um cuidadoso leitor que vai além das linhas, sem, contudo, fundamentar-se em fatos estranhos ao processo. Estou convencido que o novo ciclo profissional continuará sendo o mesmo que norteou seu caminho vitorioso no *Parquet* de MS".

O presidente da AMAMSUL, Luiz Felipe Medeiros Vieira, garantiu que a Associação dos Magistrados de MS recebe inicialmente de braços abertos o novo desembargador no quadro de associados, pois este demonstrou durante a carreira no Ministério Público ter muita serenidade e capacidade intelectual.

"O Des. Paulo Alberto é detentor de um currículo muito bom e sabemos que é oriundo do Poder Judiciário, já que foi servidor no Tribunal de Justiça antes de ingressar no MP. Portanto, é com satisfação e honra que recebemos mais este associado a partir de hoje".

Anexos:

Discurso - Des. Paulo Alberto de Oliveira.pdf

http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201603081633181.pdf

Discurso Saudação - Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges.pdf

http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201602242006561.pdf

Ejud-MS produz vídeo referente ao projeto de sustentabilidade - 26/02/2016



Preocupada com a questão ambiental e com a crise hídrica que assola diversos países, a Escola Judicial de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS) produziu um vídeo com dicas importantes de como economizar água, com objetivo de promover a conscientização dos servidores do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

"O que eu faço é uma gota no meio de um oceano. Mas sem ela, o oceano será menor". Foi com essa citação da Madre Teresa de Calcutá constante no vídeo institucional sobre sustentabilidade, que a Ejud-MS começou a divulgá-lo nesta semana na abertura dos seus cursos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

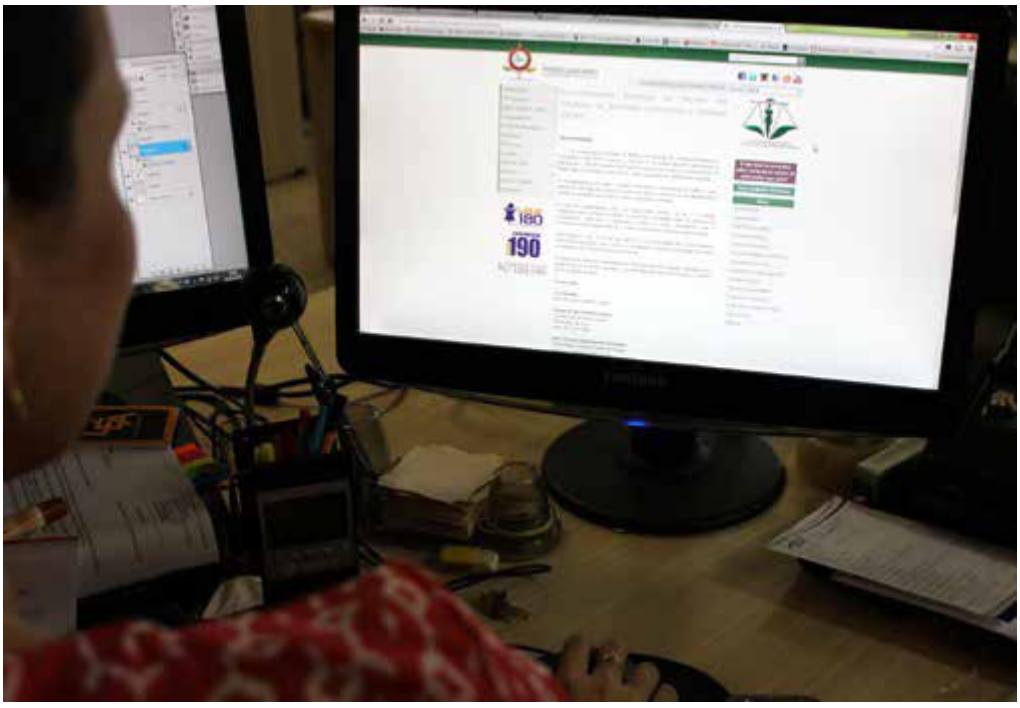
Vídeo: Boletim destaca posse do novo desembargador do TJMS - 26/02/2016



Está disponível no Youtube (http://www.youtube.com/user/TJMSJornalismo) e no Portal do TJMS a edição nº 95 do boletim Notícias TJMS com os principais acontecimentos da justiça estadual. Em destaque, a posse do procurador de justiça Paulo Alberto de Oliveira no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça e a inauguração da reforma do Fórum de Glória de Dourados.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadoria da Mulher reformula site com proposta de modernidade - 29/02/2016



A página da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar está de cara nova, mais moderna, interativa e fácil de navegar. Agora com novos mecanismos de pesquisa que vêm para criar um espaço de acesso simples e rápido aos operadores do Direito e também a toda população.

A reformulação da página atende às diretrizes de difusão dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres previsto na Lei Maria da Penha e também serve para dar suporte aos magistrados, servidores e equipes multiprofissionais que atendem a área de violência doméstica e familiar.

Entre as novas funcionalidades para o usuário está a consulta a legislação, jurisprudência e andamento processual. Além disso, no site há conteúdos referentes à Lei Maria da Penha e aos serviços prestados pelo Poder Judiciário e por toda a Rede de Enfrentamento composta por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em todas as esferas, assim como pelo Ministério Público, Defensoria Pública, organizações não governamentais e entidades civis.

O acesso direto às ferramentas está disponível em um ícone específico, bem mais visível, no menu da página principal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, denominado "Coordenadoria da Mulher".

O objetivo da nova página é realizar a sua ampliação de modo a facilitar o acesso direto a informações sobre assuntos de suma relevância como "O que fazer se eu, mulher, sofrer violência ou souber de uma mulher que a sofra?" e "Casa da Mulher Brasileira", além de informar os telefones de contato da emergência 190, o disque 180, o telefone da Coordenadoria da Mulher e de todas as delegacias do Estado.

Para o coordenador da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, Des. Paschoal Carmello Leandro, a nova página pretende dar suporte à atuação articulada entre

as instituições governamentais, não-governamentais e a sociedade civil, contribuindo para a construção de estratégias efetivas de prevenção e políticas garantidoras do empoderamento das mulheres.

Saiba mais – Atualmente, no Mato Grosso do Sul existem 22.329 ações penais em andamento referentes à violência doméstica e familiar, sendo que 40,57% deste total, ou seja, 9.059 estão em Campo Grande. Durante todo o ano de 2015 foram ajuizadas 8.803 medidas protetivas relacionadas a violência doméstica em todo o Estado. Já no primeiro mês deste ano foram 1.104 novas medidas distribuídas.

Acesse o link http://www.tjms.jus.br/violenciadomestica/index.php e confira as novidades.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz apresenta boas práticas em Fórum Nacional de Alternativas Penais - 29/02/2016

Entre os dias 24 e 27 de fevereiro, o juiz Albino Coimbra Neto, titular da 2ª Vara de Execução Penal e integrante do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF), e a juíza Eucélia Moreira Cassal, titular da 3ª Vara Criminal de Campo Grande e que atua junto aos núcleos de audiências de custódia, participaram do II Fórum Nacional de Alternativas Penais – II FONAPE, realizado na cidade de Salvador-BA. O evento teve como objetivo promover uma discussão sobre as audiências de custódia, sob a perspectiva de instrumento para a desconstrução da cultura do encarceramento em massa. O magistrado apresentou no evento as boas práticas da capital com os detentos do regime semiaberto.

A palestra inaugural do evento foi realizado pelo vice-presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e diretor fundador da Standford Law School´s International Human Rights and Conflict Resolution Clinic, James Cavallaro, que discorreu sobre "O (mau) uso das prisões provisórias nas Américas: a importância de um diálogo com a CIDH".

O Fórum também contou com a realização de seis painéis, que abordaram diversas temáticas como "A questão criminal no Brasil contemporâneo" e encerrou o último painel sobre "A Política Nacional de Alternativas Penais". A programação do evento também teve a participação do presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministro Ricardo Lewandowski, que palestrou sobre a "Cultura do encarceramento e audiências de custódia".

Na ocasião, foi solicitado dos Tribunais de Justiça participantes a indicação de duas boas práticas adotadas pelos Tribunais para serem apresentadas durante o painel de "Boas Práticas em Alternativas Penais" e, por indicação do presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós, foi destacado o uso dos recursos arrecadados pela Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA), utilizado nas obras sociais, como na construção do Centro Clínico Multidisciplinar do Cotolengo Sul-mato-grossense; na construção de um espaço para comercialização solidária da Associação Pestalozzi e na construção do Centro de Recuperação Psicossocial Maria Edwirges Borges, no Hospital Nosso Lar, responsável pelo atendimento de pessoas com transtorno mentais.

Outra boa prática adotada pelo TJMS e que foi destacada pelo Des. João Maria Lós foi o Projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade, por meio do qual foram realizadas reformas em quatro escolas estaduais de Campo Grande, sendo que a quinta escola está com a obra em fase final. O projeto utiliza tanto a mão de obra como o dinheiro dos presos, em face do desconto de 10% no salário dos presos da capital que trabalham por convênios com o Poder Público.

De acordo com o juiz Albino Coimbra Neto, apesar do pouco tempo para a apresentação das boas práticas, os projetos realizados em Campo Grande tiveram boa aceitação dos participantes do evento. "Uma pesquisadora norte-americana da Universidade de Stanford se interessou especialmente pelo projeto que estamos fazendo com os presos do regime semiaberto na reforma das escolas. Ela quer aprofundar essa pesquisa e pode ser que este projeto tenha até alguma repercussão internacional", ressaltou.

O convite para participar do evento foi realizado pelo Conselheiro Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF), Bruno Ronchetti de Castro e pelo juiz Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF), Luís Geraldo Sant´Ana Lanfredi, ambos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ assina termo para implantação de tornozeleiras eletrônicas em MS - 01/03/2016



Na manhã desta terça-feira (1) o vice-presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Paschoal Carmello Leandro, representando o presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, assinou o termo de cooperação técnica para o fim de regulamentar o uso de tornozeleiras eletrônicas em presos provisórios e condenados no Estado de Mato Grosso do Sul. Também assinaram o documento o governador Reinaldo Azambuja, acompanhado do secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, Silvio Maluf, e do diretor-presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, Ailton Stropa. Na ocasião foi assinado também o decreto de criação da Unidade Mista de Monitoramento Virtual Estadual.

"O projeto é uma iniciativa importante na ressocialização do ser humano, pois permitirá, por exemplo, que um preso que cometeu o crime apenas uma vez e desde que o delito seja de menor potencial ofensivo, possa trabalhar e estar no convívio do seio familiar, isso sem contar na economia para os cofres públicos", ressaltou o Des. Paschoal Carmello Leandro.

O termo de cooperação técnica foi celebrado entre o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública e a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) e tem como objeto a instituição do Projeto de Monitoração Eletrônica em presos provisórios e condenados no Estado.

As negociações para a implantação do projeto-piloto começaram em fevereiro de 2015 e o objetivo é de reduzir os gastos no sistema penitenciário, além de diminuir a superlotação nos presídios. Inicialmente serão utilizadas tornozeleiras eletrônicas em presos provisórios da capital que cometeram crimes de menor potencial ofensivo. De acordo com o secretário Silvio Maluf, o objetivo é utilizar esse sistema também com os presos condenados. "Hoje o Estado possui 130 tornozeleiras disponíveis, mas a capacidade de utilização é ilimitada", destacou o secretário.

De acordo com o diretor-presidente da Agepen, Ailton Stropa, esse tipo de atividade é a criação de um presídio virtual, onde os presos serão acompanhando via GPS em qualquer parte do Estado. “Isso caracteriza um avanço do sistema prisional de Mato Grosso do Sul, e tem como o objetivo ressocializar e reduzir custos do poder público com o sistema prisional”, finalizou Stropa.

Durante a assinatura do termo de cooperação técnica estiveram presentes também o Corregedor-Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade, os juízes auxiliares da Presidência do TJMS, Alexandre Antunes da Silva e Paulo Afonso de Oliveira, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Mato Grosso do Sul (OAB/MS), Mansour Karmouche, e o defensor-público geral do Estado, Luciano Montalli.

Funcionamento – A tornozeleira permitirá o controle em tempo real, com os locais e horários frequentados pelos presos monitorados. No momento em que ocorrer o desvio do itinerário permitido ou no caso de rompimento do lacre da tornozeleira, é acionado um alarme na Central de Monitoramento, que deslocará uma viatura até o local, se for o caso. Se isso ocorrer, o juiz também será comunicado para a adoção das medidas cabíveis.

Em caráter experimental, quatro presos provisórios já estão usando há cerca de 60 dias a tornozeleira e a ideia é de expandir o uso também para os presos condenados e para outras cidades do Estado, já que a Unidade Mista de Monitoramento Virtual Estadual permitirá o acompanhamento via GPS do preso monitorado em qualquer parte do Estado.

A tornozeleira é pequena, resistente a água, discreta e fácil de ser escondida, não causando nenhum constrangimento para o preso que irá utilizá-la.

Violência contra a mulher – O uso da tornozeleira também será uma importante ferramenta no combate à violência contra a mulher, pois sempre que o homem agressor, que por obrigação legal tem o dever de se manter afastado da vítima, se aproximar, o alarme é acionado e uma equipe será deslocada até o local e a mulher também será comunicada da proximidade do homem agressor.

O vice-presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, ressaltou a importância desse projeto para a Casa da Mulher Brasileira, complexo que integra todos os serviços especializados para atender a mulher vítima de violência, pois representará mais um mecanismo de controle sobre o homem agressor, além de trazer mais segurança para a vítima que foi agredida.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conselho dos Tribunais de Justiça elabora a Carta de Campo Grande - 04/03/2016



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul sediou nos dias 3 e 4 de março o 106º Encontro do Conselho dos Tribunais de Justiça. Na solenidade de abertura, o presidente do Conselho, Des. Pedro Carlos Bitencourt Marcondes (TJMG), ressaltou que este é o primeiro encontro sob sua presidência e lembrou que a participação é pressuposto da democracia e implica diálogo, mobilização, representatividade.

"O Conselho faz com que nossa voz seja unificada, para que possamos mostrar nossos pleitos, nossas dificuldades junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Essa é a finalidade: ter um discurso unificado dos Tribunais de Justiça dos estados para com o órgão que dita as políticas públicas do Judiciário, que é o CNJ".

Ele explicou que os principais desafios da justiça estadual, nos dias atuais, são a falta de recursos, o aumento da demanda, a necessidade de contratação de mais pessoal (muito difícil em razão da queda de receita corrente líquida em todos os estados e que impacta diretamente os tribunais) e procurar mecanismos para se fazer mais com menos.

"Não pode gastar acima de 5,62% da corrente líquida dos estados e, com a queda de ICMS, de outros tributos e o endividamento dos estados, essa margem é reduzida e isso impede a nomeação de mais juízes, mais servidores, enquanto temos um aumento significativo de processos. Nosso desafio é fazer mais com menos e, para isso, investimos em processamento judicial eletrônico, mediação, conciliação: formas alternativas de prestar jurisdição, diminuindo os custos que os tribunais possuem".

O Des. João Maria Lós, presidente do TJMS e anfitrião do encontro, ressaltou que o objetivo dessas reuniões de presidentes de tribunais é fortalecer a justiça dos estados, que representa 80% da justiça no Brasil,

e não tem a repercussão nem a representatividade que deveria em âmbito nacional. Assim, a importância do Encontro, inclusive com a presença do vice-presidente da República, da Corregedora Nacional de Justiça, de conselheiros do CNJ, para que se perceba a força e a necessidade de maior representatividade da justiça estaduais.

"Nessas reuniões, estabelecemos debates entre nós, trocamos experiências bem sucedidas para que possamos uniformizar o comportamento e a conduta dos processos em todos os estados. MS é um dos estados mais avançados tecnologicamente e nossa estrutura de tecnologia hoje é exemplo em todo o Brasil, motivo de prêmios no CNJ - exatamente por esse avanço, essa tecnologia", explicou o Des. Lós.

Na manhã desta sexta-feira, os presidentes de tribunais ouviram o pronunciamento do vice-presidente do Brasil, Michel Temer; a palestra Escritório Digital, com o conselheiro Carlos Augusto de Barros Levenhagen (CNJ) e com Bráulio Gabriel Gusmão, juiz auxiliar da Presidência do CNJ. Os trabalhos da manhã terminaram com a ministra Nancy Andrighi (STJ) falando sobre a Competência delegada da Justiça Federal.

À tarde, o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), juiz João Ricardo dos Santos Costa, falou sobre a justiça eleitoral, e os presidentes discutiram assuntos internos e elaboraram a Carta de Campo Grande, encerrando o Encontro.

Confira abaixo a íntegra da Carta de Campo Grande.

106º ENCONTRO DO CONSELHO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

O CONSELHO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA, reunido na cidade de Campo Grande (MS), ao final do 106º Encontro, no período de 03 e 04 de março de 2016, divulga, para conhecimento público, as seguintes conclusões, aprovadas por unanimidade:

1) REITERAR, enfática e veementemente, a posição do Conselho contrária às propostas de alteração na composição da Justiça Eleitoral, que, organizada e ramificada pela Magistratura Estadual, desfruta de grande credibilidade, sendo amplamente reconhecida por sua eficiência e celeridade, pugnando pelo arquivamento, de plano, de tais proposições;

2) REPUDIAR o descumprimento do artigo 168 da Constituição da República pelo Poder Executivo de alguns Estados, ao não repassar os duodécimos na data limite, dia 20 de cada mês, de forma integral para o Poder Judiciário;

3) MANIFESTAR posição contrária ao Projeto de Lei nº 3.123/2015, de iniciativa do Poder Executivo, que contém propostas ofensivas à Constituição da República, desrespeitando a autonomia dos Poderes e o Pacto Federativo;

4) REIVINDICAR o repasse de recursos da União para fazer frente aos custos efetivados pela Justiça Estadual no exercício da jurisdição de competência delegada;

5) COMPARTILHAR soluções para o enfrentamento da crise econômica e suas repercussões no orçamento dos Tribunais Estaduais, tais como investimento na mediação e conciliação, expansão do Processo Judicial Eletrônico, implantação do trabalho à distância e realocação para melhor aproveitamento de seus servidores.

Campo Grande (MS), 04 de março de 2016.

Desembargador PEDRO CARLOS BITENCOURT MARCONDES
Presidente do Conselho dos Tribunais de Justiça
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Desembargador JOÃO MARIA LÓS
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

Desembargadora MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Desembargador LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Desembargador CLEONES CARVALHO CUNHA
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Desembargador CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Desembargador ADALBERTO DE OLIVEIRA MELO
1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Desembargador PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Desembargador PAULO DA CUNHA
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

Desembargador LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Desembargador MARCOS CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Desembargador ANNIBAL DE REZENDE LIMA
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Desembargador RAIMUNDO EUFRÁSIO ALVES FILHO
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Desembargador CLAUDIO MANOEL DE AMORIM SANTOS
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

Desembargador JOSÉ ANTÔNIO TORRES MARQUES
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Desembargador WASHINGTON LUIZ DAMASCENO FREITAS
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

Desembargador LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Desembargadora MARIA DAS GRAÇAS PESSOA FIGUEIREDO
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Desembargador PAULO ROBERTO VASCONCELOS
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Desembargadora MARIA CEZARINETE DE SOUZA ANGELIM
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Acre

Desembargador ISAÍAS FONSECA MORAES
Vice – Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Desembargadora SUELI PEREIRA PINI
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
Desembargadora TÂNIA MARIA VASCONCELOS DIAS DE SOUZA CRUZ
Representando o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima

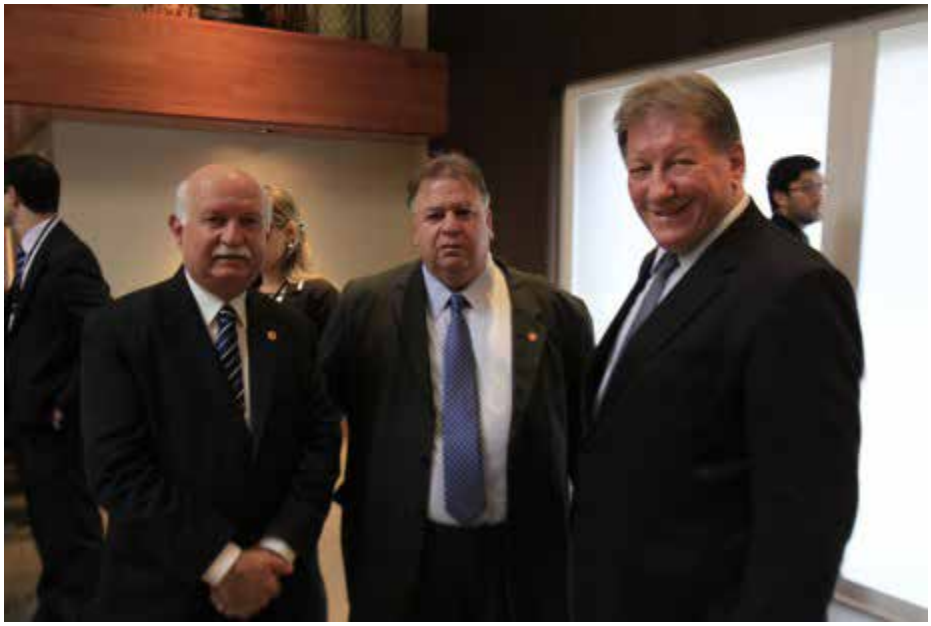
Desembargador RONALDO EURÍPEDES DE SOUZA
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins

Desembargador JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Membro da Comissão Executiva

Desembargador JOSÉ CARLOS MALTA MARQUES

Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

Membro da Comissão Executiva









Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comarca de Porto Murtinho realiza primeira audiência por videoconferência - 09/03/2016



Distante cerca de 430 km da capital, situada na fronteira com o Paraguai, a Comarca de Porto Murtinho, que por muito tempo foi considerada de difícil acesso, realizou nesta terça-feira (8) sua primeira audiência por videoconferência, inaugurando com sucesso o uso desta ferramenta tão importante para a efetivação da celeridade processual.

A demanda foi requisitada pela Vara da Justiça Militar Estadual de Campo Grande e teve por objetivo a oitiva de uma testemunha, que reside atualmente em Porto Murtinho.

O juiz Cezar Fidel Volpi acompanhou o ato como forma de expressar seu apoio às ações do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que visem a distribuição de uma justiça mais rápida e eficiente.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Corregedora Nacional de Justiça "Aplaude" Juizados de MS - 11/03/2016



A visita da Corregedora Nacional de Justiça e ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrighi, ao Juizado Central de Campo Grande, rendeu um "Aplauso" na página da Corregedoria, no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. A ministra Nancy Andrighi esteve em Mato Grosso do Sul, no dia 4 de março, para o 106º Encontro do Conselho dos Tribunais de Justiça, realizado pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, e, a convite do presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais de MS, Des. Marco André Nogueira Hanson, aproveitou para conhecer as iniciativas exitosas dos Juizados Especiais sul-mato-grossenses.

A corregedora se disse impressionada com a qualidade do trabalho e com a estrutura moderna do Juizado Central de Campo Grande. "É, sem dúvida, o Juizado mais desenvolvido que já conheci", ressaltou Nancy Andrighi.

Os recursos humanos também foram destaque, pois, segundo a ministra, a dedicação dos servidores e magistrados garantem uma justiça mais próxima aos jurisdicionados. "O que vi em Campo Grande é notável: uma equipe funcionários exemplares e de juízes vocacionados, atenciosos com as pessoas, que se emocionam ao falar de sua jurisdição e que vibram por atender ao ideal de se oferecer uma Justiça humanizada aos cidadãos".

Ainda segundo a ministra, o excelente trabalho desenvolvido pelos Juizados de Mato Grosso do Sul serve de paradigma para todo Judiciário brasileiro. "Pelo tratamento dispensado ao cidadão desde o primeiro atendimento; pela realização das audiências e conclusão célere dos processos; e pelo uso intensivo da tecnologia. Aliás, em breve iniciarão julgamento virtual no âmbito das Turmas Recursais, eliminando deslocamentos de juízes e custos com viagens", disse a ministra Nancy Andrighi, que finalizou: "Ver todo

esse aparato e a dedicação desses servidores e magistrados renovou meu sonho de uma Justiça célere, simplificada e eficaz para todos".

Os resultados obtidos pelos Juizados Especiais de MS também são destaque. Por três anos consecutivos foram ultrapassadas todas as metas de produtividade e celeridade no julgamento dos processos, estabelecidas pelo CNJ. Além disso, houve expressiva redução do acervo, graças ao aumento do número de sessões das Turmas Recursais e à realização de um mutirão. Em apenas uma semana, foram agendadas 3.257 audiências e celebrados 569 acordos.

A Justiça Itinerante da Comarca de Campo Grande também foi destacada, pois em 2015 realizou 42.987 atendimentos, com mais de 11 mil ações interpostas e 10,6 mil acordos realizados. Houve ainda reforço no recrutamento e capacitação de juízes leigos e conciliadores para fomentar o método alternativo de solução de litígios.

Já em atendimento às metas da Corregedoria Nacional de Justiça para 2016, todo o acervo processual dos Juizados Especiais de MS tramita de forma eletrônica e o julgamento virtual será a próxima realidade nas Turmas Recursais. A Central de Processamento Eletrônico (CPE) movimenta hoje os processos de 32 Comarcas.

"Pelo trabalho vigoroso, dedicado, idealista e altamente eficiente, os servidores e magistrados que atuam nos Juizados Especiais de MS, representados pela figura de seu coordenador regional, desembargador Marco André Nogueira Hanson, merecem um caloroso Nosso Aplauso!"

Confira o "Aplauso" da Corregedora Nacional de Justiça, ministra Nancy Andrighi, no link Nosso Aplauso! http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/nosso-aplauso/81742-juizados-especiais-do-tjms-sao-modelo-para-todo-o-brasil



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Vídeo: Boletim destaca justiça de MS em busca da Paz em Casa - 11/03/2016



Está disponível no Youtube (http://www.youtube.com/user/TJMSJornalismo) e no Portal do TJMS a edição nº 96 do boletim Notícias TJMS com os principais acontecimentos da justiça estadual. Em destaque, a mobilização do Poder Judiciário na Capital e nas comarcas do interior na campanha Justiça pela Paz em Casa.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

AR Digital começa a funcionar em duas varas-piloto de Campo Grande - 17/03/2016



Legenda: Treinamento na Vara de Execução Fiscal

Começou a funcionar nesta quarta-feira (16), em duas varas da capital, o projeto piloto de implantação do AR (Aviso de Recebimento) Digital para os processos eletrônicos do Poder Judiciário de MS. A nova funcionalidade permitirá o envio e recebimento automatizados dos ARs, por meio da integração entre os sistemas do TJMS (SAJ-PG5) e dos Correios.

Os servidores dos cartórios da 5ª Vara do Juizado Cível e Criminal – UCDB, além dos servidores da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual, que são as duas varas escolhidas como piloto da implantação do AR Digital, receberam na tarde de quarta-feira uma capacitação para operar a nova funcionalidade pela equipe da Secretaria de Tecnologia da Informação, que permanecerá com um profissional auxiliando cada cartório até a próxima sexta-feira.

Para a juíza titular da 5ª Vara do Juizado, Sandra Regina da Silva Ribeiro Artioli, o novo recurso digital irá otimizar a rotina de trabalho no cartório que apresenta um número grande de emissões de AR por dia. Com isso, enfatiza a juíza, haverá uma redução significativa de trabalho que passará a ser automatizado, "É como se eu passasse a contar com mais um servidor no cartório, um servidor digital que fará esta atividade, possibilitando que seja possível a concentração de mão de obra em atividades que ainda exijam a atuação de um servidor, sobretudo descongestionando áreas que estão mais sobrecarregadas", enfatiza a magistrada.

Entre outras vantagens, a implantação do AR Digital garantirá redução de custos com papel e insumos de impressão, celeridade e redução de trabalhos manuais. Há vantagens também para os Correios, conforme explica o representante do órgão, Delamar de Matos Júnior, "garantindo agilidade nos processos de tratamentos destas correspondências, isto porque, com o AR Digital, estas correspondências são

encaminhadas diretamente para as unidades de distribuição, evitando o trabalho de triagem, gerando uma economia do trabalho interno, o que diminui o custo operacional".

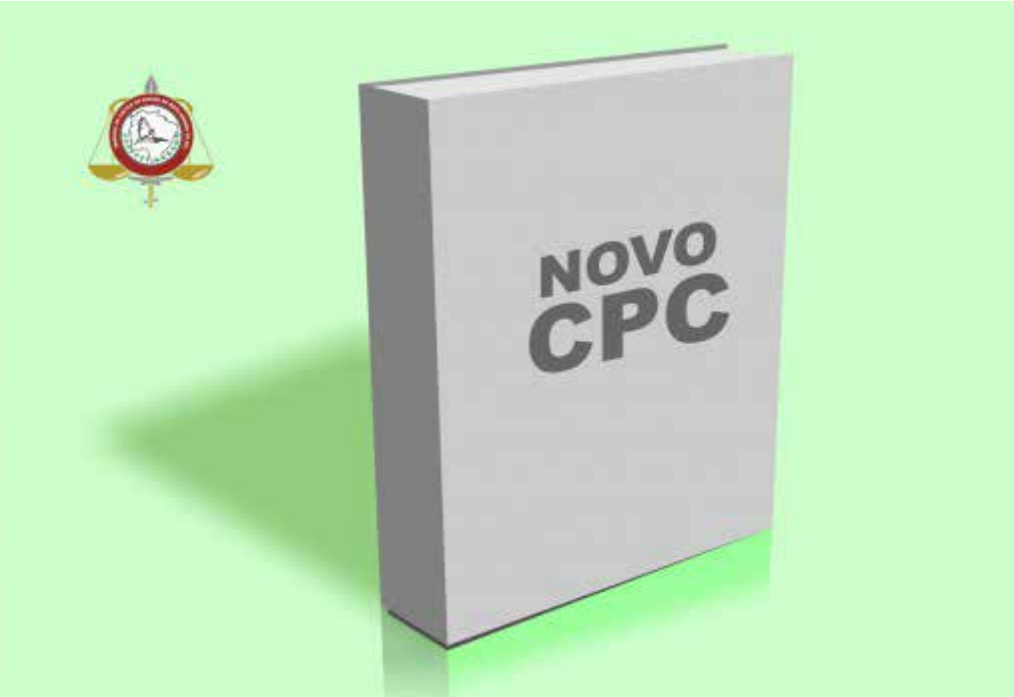
Saiba mais – O AR Digital tem por objetivo automatizar o processo de envio, impressão, entrega e devolução destas correspondências entre os sistemas de cada órgão. A produção e envio é feita eletronicamente pelo sistema SAJ, que encaminha a versão digitalizada para os Correios. O trabalho de impressão é feita em uma central localizada em Curitiba que faz a remessa dos ARs para suas respectivas unidades de distribuição.

Com a devolução do AR, os Correios então digitalizam a correspondência, cuja imagem é juntada automaticamente ao processo eletrônico. Em linhas gerais, o procedimento corta etapas deste processo que passa a ser alimentado automaticamente pela integração dos sistemas.

O intuito é, após o período de testes e adaptações, estender o serviço para outras varas e comarcas do interior onde já foi implantada a funcionalidade ATOS do Sistema SAJ que possibilita a automatização de rotinas cartorárias, e, posteriormente, às demais comarcas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Novo CPC: Magistrados de MS comentam entrada em vigor da nova lei - 18/03/2016



Hoje (18) entra em vigor a Lei nº 13.105/15, que é o Novo Código de Processo Civil brasileiro. A nova lei revoga o Código de Processo Civil anterior, em vigor desde 1974, trazendo uma série de mudanças que imprimem uma nova dinâmica para Processo Civil no país, adaptando-o à realidade atual.

Dentre as diversas alterações está a criação de mecanismos em busca da conciliação, seguindo a tendência dos Juizados Especiais. Isso significa que o Novo CPC traz regras que privilegiam a conciliação entre as partes, enquanto forma de solução amigável para o litígio. Outra mudança é a criação de uma ordem de julgamento de processos, pois o novo código estabelece que os processos devem ser julgados de acordo com a ordem de antiguidade, independentemente da complexidade da causa.

Para o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, decano na mais alta Corte de justiça de MS, as alterações estão vindo em momento oportuno. Ele aponta que o novo Código de Processo Civil traz várias inovações e que é necessário aplicá-las sem perder a finalidade de qualquer legislação adjetiva, no sentido de que o processo é apenas um instrumento para a realização da Justiça.

"E, como instrumento, deve o magistrado retirar da "novel" legislação aquilo que for de bom para que o processo seja resolvido, segundo o mandamento constitucional (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), dentro de um prazo razoável. Aliás, os prazos serão contados apenas em dias úteis. Será necessária uma compatibilidade entre essa nova contagem e o mandamento constitucional".

Para Claudionor, o importante é que permaneceu a regra do Código de Processo Civil anterior (artigo 244), que está sendo revogado, porquanto prevê o artigo 277, do novo Código. "Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".

As alterações alcançam também as ações de família e o juiz poderá dispor do auxílio de profissionais de outras áreas para a realização de mediação e conciliação. Quando houver condenação ao pagamento de pensão alimentícia ou fixação de alimentos, caso não seja efetuado o pagamento, sem justificativa, o juiz protestará a decisão e decretará a prisão pelo prazo de um a três meses em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

De acordo com o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor geral da Ejud-MS, a Escola Judicial de Mato Grosso do Sul foi a que mais cursos ministrou aos magistrados sobre o novo CPC, em uma tarefa iniciada em fevereiro de 2015 e finalizada em fevereiro de 2016, aperfeiçoando e esclarecendo dúvidas de magistrados tanto de 1ª quanto de 2ª instância.

"Nenhuma outra escola do país, segundo informações do Copedem, realizou tantos cursos de preparo ao novo CPC como a Ejud-MS. Um novo Código implica em muitas novas regras. Acredito que em 120 dias haverá a adaptação dos servidores e magistrados ao novo sistema processual civil brasileiro".

Uma das grandes novidades do novo CPC é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), cabível quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Alessandro Carlo Meliso Rodrigues, diretor de Ensino da Escola Superior da Magistratura (Esmagis) e juiz da 3ª Vara Cível de Campo Grande, acredita que os juízes de Mato Grosso do Sul estão bem preparados para todas as novidades trazidas pelo novo Código.

"Tivemos vários cursos proferidos pela Ejud que trataram especificamente sobre o novo Código. Foi finalizado recentemente o curso de pós-graduação em Processo Civil, mantido em convênio com a PUC-RJ, em que muitos juízes participaram. Temos também grupos de discussões das questões em redes sociais e, no final de 2015, nos reunimos em grupo de debate na Esmagis, sendo proveitoso todos os estudos e discussões realizadas. Fora isso, todos nós estamos individualmente nos preparando para esse novo desafio e tenho certeza que todas as inovações proporcionadas pelo novo regime processual serão plena e satisfatoriamente aplicadas pelos nossos juízes".

O Novo Código de Processo Civil aboliu a contagem de prazos processuais em dias corridos e instituiu uma contagem em dias úteis apenas, ampliando os prazos e consagrando o direito ao descanso nos finais de semana.

Na semana passada, houve uma reunião entre os juízes de Campo Grande que trabalham na área cível com o intuito de conversar sobre algumas implicações práticas do Novo CPC e, principalmente, com o propósito de uniformizar procedimentos que deverão ser adotados em razão da mudança legislativa.

O juiz José de Andrade Neto, da 12ª Vara Cível de Campo Grande, organizador da reunião, lembra que as alterações trazidas pelo novo CPC serão sentidas de imediato, já que a partir da vigência da nova lei diversas novidades serão aplicadas e estarão no cotidiano forense. Por isso, ele recomenda que quem ainda não está preparado para trabalhar como o novo código deve se apressar.

"Mas uma coisa precisa ser dita e esclarecida: o principal problema da justiça, que é a morosidade, não será resolvido e tampouco amenizado pelo novo CPC. Ao contrário, a nova legislação mudou a forma de contagem dos prazos processuais, aumentando ainda mais a demora no trâmite de um processo, além de trazer diversas novidades que ocasionarão ainda mais demora na prestação jurisdicional. Enfim, que ninguém deposite esperança de que o novo CPC trará agilidade à prestação jurisdicional. Muitas coisas boas há na nova legislação, mas muito pouco ou quase nada relacionado à melhoria da morosidade".

Curso - No dia 18, data em que passa a vigorar o novo CPC, a Ejud-MS está ministrando o segundo módulo do Curso de Noções Básicas do Novo CPC e para abrir a programação, o Des. Dorival Pavan ministrou aula sobre com o tema "Dos Prazos e sua Contagem no Novo CPC". Na abertura do evento o Des. Pavan lembrou que desenvolveu estudo minucioso sobre os prazos e sua contagem, principalmente por solicitação da administração do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, para atender a implementação dos Sistema de Automação da Justiça (SAJ). O resultado do estudo foi compilado em um livro, que faz parte do material de apoio dos participantes do curso realizado pela Ejud e foi enviado para os magistrados de todo o estado.

Atualização do SAJ - Para novo CPC, o sistema SAJ foi preparado para atender a contagem de prazo em dias úteis e intimação de Sociedade de Advogados. A nova versão do sistema com estas alterações foi homologada e será colocada em produção neste fim de semana. Para não haver prejuízo na contagem de prazos na data de hoje (18), haverá a suspensão dos prazos e, a partir do dia 21 de março de 2016, os prazos passarão a ser contados em conformidade com o novo CPC para os processos da área cível, excetuando as ações de competência de juizados especiais. Estão previstas para o futuro novas alterações no sistema para abordar outros pontos existentes no novo CPC.

Novo Diário da Justiça passa a funcionar e traz mais celeridade processual - 18/03/2016



Uma nova funcionalidade para agilizar a tramitação dos processos está prestes a entrar em funcionamento. É o novo Diário da Justiça Eletrônico (DJE) do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, que passa a funcionar na próxima segunda-feira (21), com integração nativa com o sistema SAJ. Com as novas ferramentas de pesquisa, automatização de rotinas de envio e certificação das publicações, o novo DJE proporciona mais agilidade e celeridade processual, beneficiando operadores do direito e, principalmente, os jurisdicionados.

Agora, o Diário da Justiça, publicado pela Secretaria de Comunicação, passa a ser acessado pelo portal e-SAJ e terá quatro cadernos: Caderno 1 (Administrativo); Caderno 2 (Judicial de 2ª Instância); Caderno 3 (Judicial de 1ª Instância) e Caderno 4 destinado aos Editais. A interface mais modera tem novos filtros de pesquisa avançada, facilitando a busca dentro dos cadernos.

A busca avançada permite afinar o resultado da pesquisa utilizando os operadores E, OU, NÃO, ?, * e " ", possibilitando diversas possibilidades de busca.

Vale lembrar que as edições do Diário da Justiça, anteriores a 22 de março de 2016, poderão ser acessados no link "Versões Anteriores", que estará na página de consulta do DJE no portal e-SAJ.

Mas as novidades não param por aí. Além das possibilidades de pesquisa avançada que facilita o trabalho dos advogados, o novo DJE passa a ter publicações e certificações automatizadas pelo sistema SAJ. Agora, toda movimentação publicável, lançada pelo cartório no processo eletrônico, será encaminhada automaticamente ao DJE, ou seja, não é mais necessário que um funcionário do cartório gere a relação de publicação. O sistema está configurado para executar uma rotina do SAJ/AT de tempos em tempos, criando a relação automaticamente.

A certificação também passa a ser automática, acabando com a necessidade de uma pessoa fazer conferência da publicação no Diário e lançar a publicação no processo. Quando a relação for publicada no DJE, será lançada automaticamente a movimentação e liberada a certidão de publicação de relação nos autos eletrônicos. A movimentação conterá no seu complemento o número da relação, data de publicação e número do DJ. Isto acelera a tramitação fazendo com que o processo chegue a uma decisão mais cedo.

Confira abaixo o manual com as principais informações do novo Diário da Justiça Eletrônico.

Anexos:

Manual Diário de Justiça Eletrônico - Consulta.pdf

http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201603181611591.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Semana da Paz em Casa tem 10 mil participantes e 1.300 movimentos processuais - 22/03/2016



Foto: Palestra Maria da Penha na roda do Tereré

O movimento Justiça pela Paz em Casa mostrou mais uma vez a que veio. Durante a semana de 7 a 11 de março o Poder Judiciário esteve engajado na proteção da mulher e contra toda forma de violência doméstica e familiar. Foram pelo menos 9.556 pessoas que participaram de palestras, além da primeira Caminhada pela Paz em Casa, que levou cerca de 1.000 pessoas para caminharem pelas ruas do centro de Campo Grande em prol da Mulher. Durante a mobilização, também foram realizadas 1.293 movimentações processuais, entre audiências, sentenças, medidas protetivas, entre outras. Os dados são do relatório da 4ª Edição da Campanha Justiça pela Paz em Casa.

A campanha teve início na segunda-feira (7) com a realização da Caminhada pela Paz em Casa que reuniu cerca de 1.000 pessoas. Os participantes se concentraram em frente ao Fórum de Campo Grande e saíram às 16 horas rumo à Praça Ary Coelho. Foram nove quadras percorridas com a animação da dupla sertaneja Victor e Vinícius. Todo o evento foi conduzido pelo locutor Joel Silva, que passava informações da campanha e dava voz às autoridades participantes.

A movimentação processual foi intensa durante a semana. Foram realizadas 340 audiências preliminares e de instrução e cinco julgamentos do Tribunal do Júri. 242 sentenças foram proferidas, com ou sem resolução de mérito e 536 despachos. No período foram deferidas pelos magistrados 170 medidas protetivas que garantiram a integridade física e moral das mulheres ameaçadas e agredidas. Hoje tramitam no Poder Judiciário de MS 23.642 processos no primeiro e segundo graus sobre violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nas 53 comarcas sul-mato-grossenses houve atividades relacionadas à campanha. Juízes realizaram palestras, concederam entrevistas entre outras atividades. Somando as ações na capital e no interior foram 8.556 pessoas que assistiram palestras sobre o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, além de aprender um pouco sobre a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como "Lei Maria da Penha".

E foi justamente esta lei que deu nome a uma das palestras da Semana da Paz em Casa. Os canteiros de obra da empresa Plaenge receberam a palestra "Maria da Penha na roda do Tereré", em referência à mulher que lutou contra a violência doméstica que sofria do marido e a bebida típica de Mato Grosso do Sul.

Foram cinco dias de muita conversa, informação e mudança de cultura. Os trabalhadores pararam suas atividades para ter um momento de reflexão sobre a violência contra a mulher, algo que trará a cultura da paz para os lares. Foram sete canteiros de obra da empresa Plaenge que receberam a palestra, com um público de pelo menos 900 trabalhadores da construção civil.

O coordenador Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, Des Paschoal Carmello Leandro, acompanhou de perto toda a mobilização e acredita que a campanha está contribuindo com a mudança de postura do homem e promovendo a cultura da paz.

"Esta campanha, instituída pela ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, tem o objetivo nobre de combater toda forma de violência contra a mulher. O ano passado nós fizemos um trabalho de informação sobre os direitos e sobre a Lei Maria da Penha. Este ano nós vamos lutar pela mudança de cultura, por um lar com paz, ou seja, queremos transmitir uma mensagem para os cidadãos de que a casa é o lar, onde deve haver fraternidade, bom relacionamento, o respeito mútuo e, principalmente, o amor dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais", disse o Des. Paschoal.

Capital – Em Campo Grande, também houve palestras em diversos locais. A juíza Jacqueline Machado, da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizou palestra na Casa da Mulher Brasileira para funcionários e mulheres atendidas na instituição. Além disto, a magistrada foi a duas unidades do Frigorífico JBS, para também palestrar para os funcionários, na Casa Abrigo e Seminário Estadual de Políticas Públicas para Mulheres, realizado pela Subsecretaria Estadual de Políticas para Mulheres.

O juiz Renato Antônio de Liberalli, da 11ª Vara Cível da capital, fez palestra na Unidade Básica de Saúde do Bairro Mário Covas, região Sul da cidade, e a assistente social Vanessa Vieira e a psicóloga Sandra Salles foram à Escola Estadual Ulisses Serra, localizada no Distrito de Indubrasil, para apresentar a palestra "Maria da Penha Faz a Diferença na Escola".

Interior – Na Comarca de Coxim, a juíza Tatiana Dias de Oliveira Said ministrou palestra, no dia 7 de março, no plenário do Tribunal do Júri. Além da juíza, falaram a promotora Daniella Costa Silva, o defensor público João Lucas Teixeira Bebé e a delegada Sandra Regina Simão de Brito Araújo, da Delegacia de Atendimento à Mulher.

A magistrada de Coxim também concedeu entrevista na rádio Band FM, falando da campanha pela Paz em Casa, além de abordar os principais temas da Lei Maria da Penha.

No dia 8, houve a Caminhada pelo fim da Violência contra a mulher, na comarca de Camapuã, além de entrevistas concedidas às rádios.

Na Comarca de Ribas do Rio Pardo, na quarta-feira (9), mais de 460 beneficiários do Programa Municipal Nutrir foram assistiram à palestra do juiz Evandro Endo que, em participação na campanha

Justiça pela Paz em Casa, falou sobre violência contra a mulher. No mesmo dia também houve palestra para os trabalhadores da Usina Alcoovale, na Comarca de Aparecida do Taboado; na comarca de Água Clara houve palestra no Tribunal no Júri, e em Naviraí foram concedidas entrevistas coletivas com as rádios e sites jornalísticos locais.

No dia 10, a Comarca de Ivinhema promoveu palestra no Clube Areffa da Usina Adecoagro. Na Comarca de Jardim, foi realizada palestra para toda a Comunidade.

Na manhã de sexta-feira (11), o juiz Valter Tadeu Carvalho, da Comarca de Terenos, acompanhado do promotor George Zarour Cezar e o defensor público Rodrigo Zoccal Rosa, falou para os alunos do nível médio, da Escola Estadual Antônio Valadares, sobre a violência doméstica e a Lei Maria da Penha.

No mesmo dia, na Comarca de Bandeirantes, o juiz Vitor Zampieri abordou os tipos de violência e a aplicação de medidas protetivas. Com o juiz estavam o promotor Maurício Mecelis Cabral, a secretária municipal de Assistência Social Helena de Souza Silvério, entre outras autoridades.

Também na sexta-feira (11), na Comarca de Corumbá houve palestra no Plenário do Tribunal do Júri, em parceria com a Secretaria de Assistência Social e Cidadania. No dia 8 os servidores da comarca realizaram a blitz das flores, com a entrega de panfletos, flores e a cartilha da campanha Justiça pela Paz em Casa aos motoristas que trafegavam pela rua Frei Mariano esquina com a rua 13 de junho.

A Comarca de Paranaíba teve ações durante toda a semana. Além de distribuição de cartilhas para a população e as palestras, houve a exposição feita pelos acadêmicos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) para debater o tema, entre outras atividades.

As comarcas de Fátima do Sul e de Sete Quedas já tinham realizado palestras no início do mês de março, e as comarcas de Anastácio e Miranda também realizaram palestras para debater o tema.

Em Três Lagoas houve divulgação e entrevistas para as rádios, palestras no Plenário do Tribunal do Júri e na Câmara Municipal.

A Comarca de Costa Rica teve palestra na Usina Odebrecht Agroindustrial e Distribuição de cartilhas na inauguração do Auditório de Eventos do Município. Em Pedro Gomes, houve o Fórum de Discussão sobre violência doméstica e familiar com os alunos do ensino médio e do ensino fundamental, realizado na sede do CRAS. Além da entrevistas concedidas a duas rádios locais.

Em Rio Verde de MT aconteceram as reuniões do Projeto Paralelas – Traçando Novos Caminhos, cujo objetivo é criar um espaço que possibilite aos homens, autores de violência doméstica, a pensar em seus atos de maneira reflexiva, permitindo uma mudança de comportamento nos relacionamentos a partir da orientação de profissionais técnicos.

Campanha – A campanha "Justiça pela Paz em Casa" é uma realização do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, sob a presidência do Des. João Maria Lós, e da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, sob a coordenação do vice-presidente do TJMS, Des Paschoal Carmello Leandro, que buscou conscientizar toda a população sobre a necessidade de as mulheres, vítimas de violência, não se calarem, denunciando todo e qualquer tipo de agressão sofrida, além de mostrar que a sociedade sul-mato-grossense não tolera nenhuma forma de violência doméstica, tudo para mudar a realidade de violência e promover a cultura da paz.

Foram parceiros desta Campanha o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Tribunal Regional Eleitoral, Ministério Público Estadual e seu Núcleo de Enfrentamento da Violência Doméstica Contra a Mulher, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública

Estadual, Ordem dos Advogados do Brasil/MS, Governo do Estado de MS, Subsecretaria de Políticas Públicas para Mulheres de MS, Prefeitura de Campo Grande, Polícia Civil, Polícia Militar, Plaenge, jornal O Estado de MS, TVE Regional, Rádio Educativa 104, Página Brasil e FM Capital 95.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Malote Digital gera economia de R$ 700 mil para cofres públicos - 28/03/2016



Foto: Assessoria/Agepen

A ferramenta Malote Digital do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul continua rendendo economia e celeridade. O Relatório da Central de Alvarás da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) calculou que o uso do Malote Digital gerou uma economia de quase R$ 700 mil, somente com cópias e o envio de correspondências. O cálculo não contabiliza o valor que deixou de ser gasto com diligências dos oficiais de justiça, não mais necessárias, pois o envio passou a ser por meio eletrônico, alinhando o Judiciário ao seu Planejamento Estratégico.

Esta economia para os cofres públicos só foi possível com o convênio entre o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e a Agepen, firmado em junho de 2015, além da criação e a instalação da Central de Alvarás, que permitiu a sistematização das ordens de soltura e de progressão de regime. É o que mostra o relatório da Central de Alvarás da Agepen.

Somente no primeiro semestre de atividades deste convênio, foram enviados 4.514 documentos pela ferramenta Malote Digital, permitindo, com esta nova rotina, mais agilidade no cumprimento de benefícios, solturas e livramentos condicionais, além de ter gerado a economia de mais de R$ 63 mil nos seis primeiros meses, apenas com diligências oficiais.

Já os custos com material e envio de correspondências chega a R$ 623.860 de economia para os cofres do Governo do Estado. Com o uso do malote digital, foram economizados com impressões de documentos R$ 2.164,20 e com os serviços do Correio R$ 621.696,00.

Segundo o diretor-presidente da Agepen, Ailton Stropa Garcia, o funcionamento da Central de Alvarás atendeu a um grande anseio da comunidade jurídica do Estado. “Esta inovação permitiu que se solte um preso ou se materialize um benefício com a mesma rapidez com que se prende alguém, o que só é possível pela eficiência dos servidores que nela militam, trabalhando em regime de plantão 24 horas por dia”.

Mas os benefícios não param por ai. O envio por meio eletrônico dos alvarás fez com que o tempo entre a decisão do magistrado, deferindo um benefício, e a sua efetivação no estabelecimento penal seja reduzido ao máximo. Um alvará de soltura ou progressão de regime, que eram cumpridos em 72 horas, agora são efetivados em no máximo 24 horas.

De acordo com a diretora da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau do TJMS, Conceição Pedrini, os benefícios com a utilização da rotina Malote Digital são mais amplos. "Os custos foram reduzidos não apenas com o pagamento de diligências aos oficiais, algo em torno de R$ 63 mil em um semestre. Temos economia de tempo e de recursos humanos também".

Ela explica ainda que o envio de alvarás ou outras correspondências pelo Malote Digital garante a autenticidade do procedimento, mais um benefício desta rotina. "Toda documentação enviada para a Agepen é autenticada por Certificação Digital, além de o envio ser criptografado, o que inibe erros e fraudes".

Assim, o uso da tecnologia permitiu melhorar o aproveitamento dos recursos humanos, dispensando o trabalho dos oficiais de justiça, gerando economia de recursos financeiros com o não pagamento de diligências e, principalmente, produziu eficiência e celeridade na prestação jurisdicional, garantindo o direito do jurisdicionado à prestação judicial em tempo razoável.

Prêmio de Gestão Pública – Pela instalação da Central de Alvarás, a Agepen foi premiada em 2º lugar no X Prêmio Sul-Mato-Grossense de Gestão Pública do Governo de Mato Grosso do Sul, no ano de 2014. No projeto, já havia a previsão de convênio com TJMS para envio digital dos alvarás e benefícios, o que veio a ocorrer após a data da premiação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes completam 15 anos na magistratura sul-mato-grossense - 29/03/



O dia 29 de março de 2016 é especial para os juízes Jacqueline Machado, Simone Nakamatsu, Márcio Rogério Alves e Rubens Witzel Filho. Os quatro completam 15 anos de ingresso na magistratura sul-mato-grossense.

Daquele tempo não se tem muitas informações sobre o conteúdo dos discursos, apenas algumas fotos antigas que registraram para sempre o início da carreira desses juízes. E, 15 anos depois, é hora de fazer um balanço.

Jacqueline admite: é muito feliz por ter escolhido a magistratura, onde descobriu sua verdadeira vocação. Antes de ser aprovada no XXII concurso, ela advogou por oito anos e esta experiência permite que ela responda sem titubear.

Sobre o que mais a emocionou, a juíza conta: "Nesses anos, o que mais me emocionou foi atuar na área da infância e juventude. Nos últimos anos, na Comarca de Nova Andradina, foram feitas 85 adoções, a maioria delas adoções tardias e interraciais, o que me possibilitou sentir a importância deste trabalho que resgata pequenas vidas. São crianças machucadas física e emocionalmente e que vislumbram a possibilidade da mudança, de uma nova vida. Isso foi tão forte que motivou a mim, meu esposo e minha filha Júlia a também optar por aumentar a família por meio da adoção, mesmo havendo a possibilidade de gerar filhos biológicos".

Simone Nakamatsu é outra a garantir que nunca se arrependeu. "A magistratura é uma doação de grande parte da nossa vida. Dedicação quase exclusiva à carreira, mas há o retorno quando ajudamos a salvar uma vida, a resgatar um adolescente das drogas. Desde o dia da posse, alcancei o que buscava: judicar. As demais promoções são percursos necessários na carreira".

Rubens Witzel Filho compartilha o mesmo sentimento de realização. "Depois de 15 anos de magistratura, mantenho-me firme, ainda disposto e determinado a cumprir minhas funções. Pronto a renovar meu juramento de fazer cumprir a Constituição e as leis".

Márcio Rogério Alves também não escolheria outra carreira, apesar dos obstáculos e das dificuldades que a magistratura enfrenta. “Estou fazendo 25 anos de Poder Judiciário. A paixão pelo direito é grande e motivo de muita alegria é poder atualmente compartilhar com outros colegas, inclusive do meu concurso, a participação no mestrado da Ejud, em convênio com a universidade da Espanha”.

Será que ser juiz é viver como se acreditava nos tempos de estudante? Jacqueline conta que não imaginava como seria ser juíza e lembra que foram muitas situações inesperadas e de aprendizado nestes 15 anos. “O que posso dizer é que é uma tarefa árdua que exige muita dedicação. A mudança é sempre possível, mas acho que jamais escolheria outra carreira”.

Antes de ser investido, Rubens foi advogado por três anos e assessor de desembargador no estado de São Paulo. Ele já conhecia as agruras da função. “Porém, com o risco de soar piegas, nunca se me afigurou difícil o papel de julgador. Talvez fossem as questões burocráticas/administrativas que mais me afligiam”.

Para ingressar na magistratura é necessário muito estudo. “Estudei durante um ano e quatro meses, enquanto cursava a Escola da Magistratura do RS à noite e trabalhava durante o dia em um escritório de advocacia”, explica Jacqueline.

Márcio dedicou-se sete anos após se formar até ser aprovado e, nesse período, aproveitou para fazer pós-graduação. Se pudesse dizer algo aos candidatos à mesma carreira, ele citaria Eclesiástico, como o fez no discurso de posse: “Não procure o cargo de juiz se não é capaz de extirpar a injustiça, temendo influenciar-se por um grande, com risco de perder teu direito”.

Simone Nakamatsu passou dois anos estudando e trabalhando, antes de ingressar na magistratura. No primeiro ano ela trabalhou como assessora do então juiz Sideni Soncini Pimentel (hoje desembargador) e depois ficou um ano no Ministério Público Federal.

Para ser aprovado no concurso, Rubens Witzel Filho estudou 18 meses. Iniciou com algo em torno de três horas ao dia. Nos últimos seis meses, estudava em média sete horas por dia, divididos em dois períodos, e frequentava aulas de um curso preparatório para concursos. “Hoje não me imagino exercendo outra profissão. Continuo motivado e, nos momentos de dificuldade, lembro de Confúncio: “Dedique-se a uma profissão que ame e nunca trabalhará nenhum dia em sua vida””.

Lotação – Quinze anos depois da posse, Jacqueline Machado é titular da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, na Casa da Mulher Brasileira, em Campo Grande. Ela responde pela primeira Vara de Medidas Protetivas do Brasil.

Simone Nakamatsu também judica na Capital e é titular da 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Rubens Witzel Filho e Márcio Rogério Alves também atuam em comarcas de entrância especial. O primeiro judica na 1ª Vara Criminal de Dourados e o segundo na 4ª Vara Cível de Três Lagoas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO DE SAUDAÇÃO PROFERIDO PELA DESEMBARGADORA TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES POR OCASIÃO DA POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR PAULO ALBERTO DE OLIVEIRA

Aos vinte e quatro dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e dezesseis.

Excelentíssimo Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – Digníssimo Desembargador João Maria Lós.

Excelentíssima Ministra Fátima Nancy Andrighi - Ilustre Corregedora Nacional de Justiça.

Excelentíssimo Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul - Dr. Reinaldo Azambuja.

Excelentíssimo Deputado Estadual Junior Mochi - Ilustre Presidente da Assembleia Legislativa deste Estado.

Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça - Dr. Humberto de Matos Brites.

Demais autoridades componentes da mesa e já nominadas.

Nobres Desembargadores componentes deste Egrégio sodalício.

Senhores Juízes de Direito.

Membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Servidores da Justiça.

Familiares e Amigos do eminente Desembargador Paulo Alberto, ora empossado.

Senhoras e Senhores.

Não há como evitar de afirmar neste intróito, que acolhi com profunda alegria a missão que me foi conferida pelo estimado Presidente, Desembargador João Maria Lós, para proceder a saudação em nome desta Corte, ao meu amigo Paulo Alberto de Oliveira, na solenidade que o investe na condição de novo membro deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Torna-se impossível, em momento como este, não falar de quão honrosa é esta missão e igualmente prazerosa em função dos fraternos laços de amizade que nos unem há anos, facilitada, também, pela bela trajetória de vida que ostenta o nosso empossado.

O Pleno do Tribunal de Justiça, após longos anos de embates judiciais sobre o preenchimento da 31ª vaga de desembargador, estará em breve novamente completo, hoje com a posse de Vossa Excelência e em seguida com a escolha de um representante da OAB para integrá-lo.

A posse de um novo desembargador não é um ato a mais do Colegiado, não é a rotina a se repetir.

É muito mais do que isso: em seu simbolismo, representa um tempo que não se repetirá nunca, seja para o Órgão, seja para aquele que hoje passa a ostentar a condição de desembargador. Assim deve ela na

sua alegria ser vivida, pois representa o ponto-base, início de outra atividade, que mesmo integrada em semelhante missão, quer para o magistrado de carreira ou para aqueles oriundos do quinto constitucional, representa um novo tempo para quem nele se inicia. E você querido amigo Paulo, sem dúvida, tem plena consciência do instante que está sendo vivido. Tal como profetizou a grande mulher e admirável poetisa Cora Coralina: "O que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada. Caminhando e semeando, no fim terás o que colher."

Meu amigo e colega de Ministério Público é natural de Ribeirão do Pinhal, Paraná, filho de Oscar Hadrianus Nathan de Oliveira e Maria Bernardes da Cunha Oliveira. Formou-se em Direito pela Universidade Católica de Mato Grosso do Sul – FUCMAT, atual UCDB, no ano de 1.985, Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires, Argentina. Ingressou no Ministério Público deste Estado no ano de 1.989, exercendo o cargo de Promotor de Justiça em diversas Comarcas do Estado, sendo promovido finalmente por merecimento ao cargo de Procurador de Justiça, no ano de 2008, assumindo então inúmeras funções eletivas, destacando-se a de Procurador-Geral de Justiça, no biênio 2010/2012, quando também foi Vice-Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, onde assumiu ainda, a Presidência do Grupo de Controle Externo do Comitê de Violência nos Estádios e Presidência do Comitê da Copa do Mundo. Por três vezes foi indicado para composição da Lista Sêxtupla para concorrer à vaga de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Hoje, assume o mais alto cargo do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, indicado por unanimidade para compor a lista sêxtupla no Ministério Público, bem como para composição da lista tríplice neste Sodalício. E com todos os méritos possíveis. Sendo homem culto, tem sabedoria para sentir a sua missão histórica e sabe, que não pode ficar aquém do limite desse atuar, pois isso representaria a própria negação de seu agir. Sabendo que a busca da cultura jurídica, a permanente obtenção de conhecimentos, o estudo e a pesquisa pelo novo é que tornam o magistrado atualizado e pronto para enfrentar e compreender os problemas sociais e procurar, com suas decisões, a mitigação dos dramas pessoais, você, Paulo, sem dúvida enriquecerá sua vida na busca desses objetivos, e dará exemplo para quem o cerca, à semelhança de sua passagem pelo Ministério Público, onde em cada cargo e função exercidas, deixou a marca de sua força e de sua coragem.

O longo tempo transcorrido entre a nomeação de Vossa Excelência e a concretização do ato de posse nesta data, por certo, fonte de incertezas, enfim culminou em um episódio com final feliz, compartilhado, em especial, por aqueles que mais proximamente vivenciaram e lhe deram suporte para superar este acontecimento.

Merece lembrança neste contexto, querido amigo, um verso de autoria do poeta e jornalista Geir Campos, pela mensagem que reflete e faz lembrar um caminho possível ante eventuais dificuldades.

Diz o poeta: "Não faz mal que amanheça devagar. As flores não têm pressa, nem os frutos: sabem que a vagareza dos minutos adoça mais o outono por chegar. Portanto, não faz mal que devagar, o dia vença a noite em seus redutos do leste - o que nos cabe é ter enxutos os olhos, e a intenção de madrugar"

Pois bem.

A crise vivida pela nossa sociedade e que a todos nós consome, é a crise de valores morais. Ou seja, do respeito aos limites do teu e do meu, o compromisso de cada um para com a sociedade, o sentimento de honra, a noção do cumprimento do dever, as ideias de ordem e hierarquia, à dignidade pessoal e os valores cívicos mais elevados.

Sei que Vossa Excelência vem com os olhos postos na realidade social, trazendo a aspiração de ver cumpridas e acatadas as normas legais que norteiam as relações interpessoais e delineiam a própria ordem jurídica da qual somos artífices, na expectativa da honra e da justiça.

Tenho o enorme prazer e a honra de desfrutar de sua amizade Paulo Alberto e em meu nome dizer que tenho profunda admiração por sua presteza e solicitude, sempre com disponibilidade e em qualquer momento, partilhando e compartilhando as suas aquisições e valores com os que de sua pessoa se acercam.

Já caminhando para o termino desta saudação quero externar um cumprimento especial para Dona Maria Bernardes, Dona Glorinha, como é carinhosamente chamada pelos amigos e familiares, pessoa muito querida e imprescindível para a construção de mais esta história de êxito do seu filho Paulo Alberto e, que, com certeza, se sente feliz, envaidecida e grata ao Pai Celestial, por poder compartilhar da sua vitória neste dia, como mãe extremada que sempre foi. À Sra. Dona Glorinha rendo minhas homenagens. Aproveito também para parabenizar os demais familiares e amigos do Desembargador Paulo que prestigiam este ato.

Este é, sem dúvida, um momento ímpar e de grande honra para esta Casa em que nos sentimos homenageados pela presença da querida Ministra Nancy. Sabemos que a virtude, o talento e dedicação de Vossa Excelência balizaram a construção de novos paradigmas jurisprudenciais e a efetivação de marcos institucionais fundamentais. O enfrentamento com coragem e primazia de temas contemporâneos, com posições firmes e avançadas, representa um marco no Superior Tribunal de Justiça e agora também repetindo-se no Conselho Nacional de Justiça. Um exemplo a ser seguido por nós magistrados.

Carinhosamente, em meu nome pessoal, bem como em nome dos membros desta Corte, agradeço a presença de Vossa Excelência, nesta solenidade e manifesto a minha profunda alegria em revê-la.

Finalizo, dando as boas-vindas ao caro amigo Paulo Alberto, desejando em meu nome e em nome do Colegiado, os melhores votos de pleno sucesso e de amplas realizações em suas novas atribuições, especialmente para que juntos com nossos colegas, com os servidores deste Tribunal e com a participação dos demais atores do processo, possamos aperfeiçoar cada vez mais a prestação jurisdicional.

Seja muito feliz!

Obrigada.

DISCURSO DO DR. PAULO ALBERTO DE OLIVEIRA POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE SUA POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Aos vinte e quatro dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e dezesseis

Louvado seja o Magnífico Deus de Abraão; o Deus de Isaac; o Deus de Jacó; o Santo de Israel! Toda honra e toda glória seja dada ao nosso Senhor e Salvador Jesus Cristo; Senhor dos Senhores, Criador dos céus e da terra, e de tudo o que neles há.

A Bíblia Sagrada, no Livro de Lucas Capítulo 12, Versículos de 8 a 9, diz o seguinte: "E, digo-vos que todo aquele que me confessar diante dos homens, também o Filho do Homem o confessará diante dos anjos de Deus. Mas quem me negar diante dos homens será negado diante dos anjos de Deus."

Por isso, confesso, proclamo e aqui profiro, diante do Tribunal dos Homens, a grande verdade: de que Jesus Cristo é o único e suficiente Salvador!

E invoco o que Ele próprio disse: Eu sou o caminho, a verdade e a vida; ninguém vem ao Pai senão por mim!

Senhor Deus Todo Poderoso! Suplicamos que a Tua Infinita Graça e Misericórdia recaia sobre esta Corte de Justiça; e que o Senhor tome em Tuas Poderosas Mãos este Tribunal, operando aqui grandes maravilhas que transcendam todo o entendimento humano; e revista com Teu Poder cada Desembargador, de maneira tal que, além do conhecimento da ciência jurídica da qual já são luminares, nos conceda porção da Tua Sabedoria, da Tua Luz e do Teu Entendimento; sobretudo o Discernimento Espiritual, de modo que prevaleça sempre a Justiça Divina neste Tribunal, o qual rogamos e suplicamos que seja protegido e guiado por Tua Perfeita, Suprema e Soberana Vontade, para a Honra e Glória do Teu Santo e Bendito Nome! Em Nome de Jesus! Amém!

Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós;

Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Reinaldo Azambuja;

Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa de Mato Grosso do Sul, Deputado Estadual Júnior Mochi;

Exma. Sra. Ministra do Superior Tribunal de Justiça e Corregedora Nacional de Justiça Nancy Andrighi;

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça Dr. Humberto de Matos Brittes;

Exmo. Sr. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Mato Grosso do Sul Dr. Mansour Elias Karmouche;

Peço vênia para saudar todas as demais autoridades em nome da Mesa Diretora;

Egrégio Tribunal Pleno;

Eminentes Desembargadoras e Desembargadores;

Eminentes Procuradoras e Procuradores de Justiça;

Exmos. membros do Poder Judiciário e do Ministério Público;

Exmo. Dr. André puccinelli;

Exma. Promotora de Justiça de Cuiabá e escritora Dra. Lindinalva Rodrigues;

Exmo. Sr. Dr. Manoel Aristides Sobrinho, Eminente Registrador do 4º Ofício de Registros de Imóveis de Brasília;

Exmos. membros da Defensoria Pública;

Exmos. Srs. Procuradores e Procuradoras do Estado;

Exmos. Srs. Advogados;

Exmos. Srs. membros da Polícia Federal, da Polícia Civil e da Polícia Militar;

Senhores funcionários do Poder Judiciário e do Ministério Público Estadual;

Meus parentes e meus amigos e amigas daqui e de outras cidades e Estados que carinhosamente vieram abrilhantar este evento;

Meu querido pai Oscar Hadrianus Nathan de Oliveira e minha querida e amada mãe Maria Bernardes da Cunha Oliveira;

Meus familiares;

Meus senhores;

Minhas senhoras: Boa tarde!

Agradeço de coração as carinhosas e generosas palavras proferidas pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Humberto de Matos Brittes, pelo Exmo. Sr. Dr. Mansour Elias Karmouche e Exma. Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges, as quais reputo serem frutos da amizade e consideração dos ilustres amigos; meu muito obrigado.

Estimada e querida Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, nossa Corregedora Nacional de Justiça; mesmo que eu tivesse o dom da oratória, todas as palavras realmente seriam insuficientes para transmitir e descrever toda a minha admiração, o meu carinho, o meu amor e o meu respeito pela pessoa de Vossa Excelência. Quem tem o privilégio de desfrutar de sua amizade inevitavelmente passa a se encantar com a vossa humildade e simplicidade; e não bastasse se tratar de um ser humano extraordinário, Vossa Excelência realmente enobrece e enriquece, sobremaneira, de forma ímpar, o Superior Tribunal de Justiça, bem como a Corregedoria Nacional de Justiça, porquanto, efetivamente se trata de uma jurista completa; grande civilista e processualista, que transita magistralmente em todas as áreas do direito, brilhando de forma destacada naquela Corte Superior, onde profere magníficos votos e decisões que dão o norte e lançam luzes à jurisprudência nacional; com a peculiaridade ímpar de aliar sensibilidade e irrepreensível técnica jurídica e profundos conhecimentos jurídicos.

É reconhecido pela comunidade jurídica do país que todas as questões mais complexas, polêmicas e intrincadas são enfrentadas e destrinchadas por Vossa Excelência de forma magistral e brilhante, porquanto, estudiosa e sempre atualizada, encerra a caraterística de ser uma ministra de vanguarda, sempre à frente de seu tempo e de todos os demais pares. A presença de Vossa Excelência abrilhanta não só esta solenidade, mas como principalmente enobrece, honra e dignifica o nosso Estado de Mato Grosso do Sul, além de me encher de regozijo e gratidão por honrar-me com tamanha deferência, de abrir espaço em sua congestionada e disputada agenda. Com estas singelas, mas sinceras palavras, receba todo o meu carinho e os meus profundos agradecimentos pela honra e privilégio de ser seu amigo.

Com Vossa Excelência aprendo profundas lições de vida; de humanismo, de humildade, de equilíbrio, de paciência e sobretudo, de compaixão e de amor ao próximo, virtudes e atitudes estas constantemente estampadas em seus magistrais julgamentos. Receba minha inestimável e eterna gratidão.

Antes de mais nada, quero agradecer ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Humberto de Matos Brittes, bem como ao ilustre e dinâmico Presidente da OAB Secção Mato Grosso do Sul Dr. Mansour Elias Karmouche, pelo acordo que celebraram com a intervenção do Exmo. Sr. Presidente deste Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, muito obrigado.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal finalmente já tivesse proferido decisão encerrando o conflito envolvendo esta vaga de desembargador, pois a Min. Cármen Lúcia já havia, em dezembro passado, às vésperas do recesso forense, negado seguimento ao recurso extraordinário interposto pela OAB/MS.

É bem verdade que tal decisão ainda desafiava possível interposição de agravo regimental.

Porém, considerando a estatística do Supremo Tribunal Federal com relação a este instrumento, sobretudo em casos tais, força concluir e reconhecer que tal recurso nada mais ensejaria que mera e ineficaz procrastinação; pois que induvidosamente a decisão da ministra, face a seus sólidos e irrefutáveis fundamentos, com toda certeza restaria confirmada pelo Plenário do STF.

Mas o certo é que o acordo celebrado ensejou o afastamento da possibilidade de interposição do último recurso que apenas retardaria o inevitável, qual seja, o cumprimento da decisão proferida e sacramentada pelo Superior Tribunal de Justiça e confirmada pelo

Supremo Tribunal Federal reconhecendo que esta 31ª vaga efetivamente pertencia, por direito e por justiça, ao Ministério Público Estadual.

Reitero, pois, Dr. Humberto de Matos Brittes, meus sinceros agradecimentos pelo empenho e boa vontade.

E aqui não poderia eu deixar de reconhecer e também agradecer o inestimável e hercúleo trabalho magistralmente realizado pelo brilhante e inteligente Promotor de Justiça e Assessor do Procurador-Geral de Justiça Dr. Paulo César Zeni, ser humano extraordinário, não só em razão de seus profundos conhecimentos jurídicos, mas principalmente pela lucidez, equilíbrio, sensibilidade e solidariedade com as quais constantemente me confortava. Meu muito obrigado Dr. Paulo César Zeni, agradecimento também extensivo ao inteligente e dinâmico funcionário Adílio Gabriel Tonet, que em muito auxiliou na elaboração de magistral peça jurídica que inclusive acabou sendo encampada pela decisão monocrática exarada pela Min. Cármen Lúcia.

Agradeço também a constante atuação e inestimável auxílio, apoio e boa vontade dos Promotores de Justiça Doutores Alexandre Magno Benites de Lacerda e Lindomar Tiago Rodrigues, respectivamente, o primeiro é o Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça e o segundo é o nosso competente e dinâmico Presidente da Associação Sul-mato-grossense do Ministério Público.

Meu muito obrigado também aos Procuradores de Justiça Doutores Paulo César dos Passos, João Albino Cardoso Filho e Mara Cristiane Crisóstomo Bravo; assim como também ao nosso estimado Secretário-Geral do Ministério Público e Promotor de Justiça Dr. Rodrigo Stephanini e à competente Assessora Especial do Procurador-Geral de Justiça Dra. Cristiane Mourão Leal dos Santos, e também aos Promotores de Justiça Doutores Antonio André David Medeiros, Marcos Alex Vera de Oliveira e Candy Hiroki Cruz Marques Moreira.

Agradeço, pois, Dr. Humberto de Matos Brittes, à toda a equipe do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, que ao lado de V. Exª sempre me apoiaram.

Assim como também agradeço a todos os valorosos funcionários do Ministério Público Estadual, dentre os quais destaco o meu Assessor Waldeluir Cavalini, por sua preciosa fidelidade, lealdade e solidariedade; que Deus o abençoe ricamente Waldeluir; e também ao Assessor Gustavo Menezes Espíndola, bem como aos meus eficientes estagiários Cássio Mauro Carretoni Lopes, João Alcim João Neves e Gabriel Manvailer Zainko; e em especial, à minha querida, estimada e competente Assessora Mirelle Gil Lermen, que além de sua competência, é uma heroína, pois que portadora de inesgotável paciência e compaixão, me suportando e me dando apoio em todos os sentidos, durante todos estes anos.

Que Deus os abençoe ricamente!

Exma. Sra. Procuradora de Justiça Irma Vieira de Santana e Anzoategui; muito obrigado por sua inestimável amizade; por seu carinho e apoio, e por ter caminhado ao meu lado e me suportado por estes quase 27 anos de Ministério Público.

Vossa Excelência não tenha dúvidas de minha incondicional lealdade e sinceridade para com nossa amizade.

Disso não só Deus é testemunha, mas como também foi testemunha, por duas oportunidades e em dois episódios, o nosso então Governador André Puccinelli; ele e Vossa Excelência sabem do que eu estou falando.

Vossa Excelência Dra. Irma, está guardada no lado esquerdo do meu peito! Muito obrigado por tudo!

Foi aqui neste mesmo plenário que no dia 6 de Outubro de 1989 tomei posse no cargo de Promotor de Justiça Substituto, e também foi aqui, em 7 de Maio de 2008 que fui empossado no cargo de Procurador de Justiça, e ainda, logo depois, por força dos desígnios da Providência Divina, neste mesmo plenário, em 7 de Maio de 2010 tomei posse no cargo mais elevado da carreira do Ministério Público, assumindo como Procurador-Geral de Justiça.

Reconheço que ter servido ao Ministério Público por todos esses anos me tornou um ser humano mais maduro; os grandes desafios e provações de chefiar uma instituição tão importante para a sociedade, me mostrou a tolice e a inutilidade da vaidade, me ensinando a buscar o essencial e evitando a fogueira das vaidades e a ilusão das vãs bajulações.

Deixo o Ministério Público, e dele me despeço com pesar e gratidão, mas com a consciência tranquila, porquanto tenho a certeza de que combati o bom combate, encerrei a carreira e guardei a Fé.

Antes de prosseguir manifestando minha gratidão a todos que estiveram ao meu lado e oraram por mim, faço um registro.

Com relação a esta 31ª vaga de desembargador do quinto constitucional, digo apenas e tão somente o seguinte:

Desde a criação desta vaga; todo o obscuro encaminhamento e estratégia que foi orquestrada; toda a proposital confusão e distorção que foi estabelecida; toda a astúcia e ardilosidade; toda artimanha, desvirtuamento e imbróglio estabelecido propositalmente; toda maldade e crueldade; toda adulteração da verdade; todo o proposital retardamento e premeditada procrastinação, ensejaram inegáveis e providenciais reflexos não somente no plano material, neste mundo e espaço físico, como ilusoriamente pensaram alguns; mas como também ensejaram reflexos e conseqüências no plano espiritual, onde, obviamente, os encaminhamentos e consequências são bem diversos daqueles.

Mas tudo isso eu entreguei nas Poderosas Mãos de Deus!

E o lado bom disso tudo foi que, todo o sofrimento e angústia daí decorrentes, serviram para me lapidar; para me fortalecer ainda mais; para me despertar sobre a necessidade de me tornar um ser humano melhor, mais voltado e preocupado com a realidade espiritual; e também me ensejando a conscientização de quão pernicioso é para o ser humano, o sofrer uma injustiça; e o quão penoso é para o cidadão, padecer nas garras da morosidade e da cruel demora da justiça dos homens!

Mas, cabe aqui um alerta! Como se sabe, no Universo; no campo espiritual; quer gostemos ou não; quer queiramos ou não; quer aceitemos ou não; quer ignoremos ou não; existem leis cósmicas; criadas pelo Todo Poderoso, dentre as quais, a inarredável Lei do Plantio e da Colheita! A sua incidência é Inexorável! Inafastável! E a Justiça Divina, além de Perfeita, é Implacável!

Por isso, digo que, com toda certeza, mais cedo ou mais tarde, as respectivas colheitas, inevitável e infalivelmente sobrevirão; em tempo e modo já estabelecidos pela Justa Providência Divina! Aguardemos, pois, os resultados e as consequências das abundantes e respectivas colheitas!

Mas hoje, o que eu desejo mesmo é apenas agradecer; manifestar a minha gratidão. A minha gratidão a Deus. Gratidão a todos aqueles que me apoiaram e a todas aquelas pessoas que constantemente oraram por mim.

Gratidão ao Colendo Conselho Superior do Ministério Público que bondosamente me honrou com a unanimidade de votos, me proporcionando encabeçar a Lista Sêxtupla. Muito obrigado.

Também minha imensa e inestimável gratidão a este Egrégio Tribunal Pleno, cujos valorosos desembargadores me concederam a honra de uma expressiva votação, de modo a também encabeçar a Lista Tríplice, na qual figurei ao lado de valorosos, destacados e competentes colegas, os eminentes Procuradores de Justiça Silvio César Maluf e Jaceguara Dantas da Silva Passos, os quais, induvidosamente também encerram as mesmas condições e capacidade de aqui estarem e engrandecerem esta Corte de Justiça, de maneira que parabenizo aos ilustres Procuradores de Justiça Silvio César Maluf e Jaceguara Dantas da Silva Passos, os quais também foram honrados por este Egrégio Tribunal Pleno.

Eminentes Desembargadoras e Desembargadores, muito obrigado pela honra e pela generosidade e inestimável deferência.

Meu especial agradecimento à amiga Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, pelo constante apoio, bem como ao nosso eminente e valoroso decano Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Eminente Ministra Nancy Andrighi, desnecessário aqui se anotar, porém, me permita fazê-lo; como efetivamente já o fiz a Vossa Excelência, bem como ao então Conselheiro Gilberto Valente do CNJ: o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte encarna não só a austeridade própria da figura do decano, mas como também as inegáveis qualidades de um homem íntegro, probo e de uma impressionante competência como julgador, de modo que, efetivamente honra e dignifica a Magistratura Sul-mato-grossense.

Registro também que sempre fui muito bem recebido neste Tribunal por todos os desembargadores, sem distinção; porém, me permitam anotar, sem demérito algum aos demais, que, durante este longo e difícil período de indefinição, alguns desembargadores, em razão de determinadas circunstâncias, gestos ou atitudes, nem imaginam o bálsamo que me proporcionaram; quer por meio de palavras, quer na forma da recepção a mim dispensada quando aqui me apresentava para as sessões de julgamentos; quando então, para minha agradável surpresa, estes desembargadores, de formas diversas, me insuflavam ânimo e solidariedade.

Des. Romero Osme Dias Lopes, quantas vezes o senhor me externou sua solidariedade e apoio de forma tocante; sempre demonstrando compartilhar meu sofrimento e inconformismo; Des. Carlos Eduardo Contar; Des. Sérgio Fernandes Martins; Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, bem como o Des. Francisco Gerardo de Souza. E Vossa Excelência Des. Dorival Moreira dos Santos, e os Desembargadores Manoel Mendes Carli e Luiz Gonzaga Mendes Marques também sempre me foram muito receptivos e atenciosos; verdadeiros gentlemen; e, propositalmente, por fim, Vossa Excelência, carismático Des. Marco André Nogueira Hanson; nunca me esquecerei da costumeira e distinguida postura cortês que sempre me dispensou neste Tribunal, externando publicamente seu incondicional apoio à minha pessoa; inclusive em difícil momento, quando injustamente, aqui dentro, deturpando a realidade dos fatos, maldosamente tentaram por mais de uma vez abalar e estremecer o meu relacionamento com os desembargadores, de modo que o Tribunal ficasse contra mim. Muito obrigado!

Obviamente que também não poderia deixar de registrar o meu especial agradecimento e a minha incomensurável gratidão ao Excelentíssimo Senhor Dr. André Puccinelli, então Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual me agraciou com a escolha do meu nome. Dr. André Puccinelli, sou-lhe imensamente grato pela extraordinária honraria. Muito obrigado! Que Deus o abençoe!

"Para tudo há um tempo determinado, e para cada coisa há um propósito debaixo dos céus", Eclesiastes, Capítulo 3, Versículo 1.

Nós fazemos planos, mas os desígnios são de Deus!

Em nossa trajetória humana, cheia de provações e percalços, temos que nos curvar diante da realidade; muitas vezes sem entendermos as razões dos acontecimentos; mas tudo tem um propósito na vida.

Nada é por acaso.

E, a par disso, o tempo de Deus, efetivamente não é o nosso tempo!

E para nós, seres humanos, imperfeitos que somos, essa diferença, entre o tempo de Deus e o nosso tempo, geralmente nos causa intensos sofrimentos, angústias, questionamentos, revoltas, desespero e abalo espiritual.

Mas não é à toa que a Bíblia Sagrada também diz que: "Todas as coisas contribuem para o bem daqueles que amam a Deus". Romanos 8:28

Realmente, aquilo que a princípio nos parece ser desamparo de Deus; abandono e indiferença diante das nossas lutas e provas; sofrimentos e aflições, encerram em si mesmo, verdadeiras riquezas, e trazem ricas bênçãos aos que esperam no Senhor; pois é justamente durante estes períodos de provações; de sequidão de estio, e de total perecimento no deserto, é que temos a oportunidade de nos tornarmos mais fortes e evoluirmos espiritualmente, e buscarmos a Deus e a Ele nos achegarmos e desenvolvermos uma verdadeira e genuína comunhão e maior intimidade com o Criador.

E o Universo atua em sentido oposto; pois os instrumentos utilizados para a lapidação humana são justamente as lutas e as provas.

Tais períodos são preciosas oportunidades que nos são oferecidas para nos tornarmos melhores criaturas com relação a uma infinidade de aspectos interiores relacionados a virtudes, tais como: Caráter; Honradez; Clareza; Ética; Transparência; Honestidade; Benignidade; Lealdade, Integridade; Respeito; Solidariedade; Senso de Justiça; Verdade; Amor ao Próximo; Boa-fé; Sensibilidade; Compaixão; Bondade; Boa Índole; enfim... sobre um conjunto de aspectos sensíveis da percepção e resultantes de uma síntese efetuada pelo espírito, tudo sob a incidência do perfeito processo estabelecido pela sábia e onisciente Providência Divina!

Como dizia o médico e pensador suíço pai da psicologia analítica Carl Gustav Jung: "Não há despertar de consciência sem dor.

As pessoas farão de tudo, chegando aos limites do absurdo para evitar enfrentar a sua própria alma. Ninguém se torna iluminado por imaginar figuras de luz; mas sim por tornar consciente a escuridão."

Em outras palavras, digo eu: no palco da vida, ninguém se torna iluminado sem ter passado pelo caminho da escuridão e da dor.

E ainda como disse Jung: "Até percebermos que a experiência da dor tem um profundo significado para o despertar de consciência", (...) "o ser humano continuará, por medo; no doloroso desconhecimento de si mesmo, pois sua visão se tornará clara somente quando olhar para dentro do seu coração." E isso é doloroso.

O Psicoterapeuta Flávio Bastos afirma que: "A experiência da dor, quando assimilada pelo processo natural ou de elaboração consciente torna-nos pessoas mais humildes, menos orgulhosas e egoístas, propiciando uma abertura para o despertar de valores espirituais. O indivíduo passa a perceber uma outra realidade dimensional associada a sua legítima e intransferível identidade: a espiritual."

E tudo isso se resume e vem sintetizado naquilo que o insuperável Mestre Jesus Cristo já havia proferido e ensinado há mais de mil anos: "E conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará!" João 8:32

Portanto, é próprio dessa jornada terrena, termos altos e baixos; lutas e provas, conflitos e percalços; e por isso mesmo é que, além de precisarmos entregar nossas vidas a Deus e a Jesus Cristo como o Único e Suficiente Salvador, também não podemos deixar de sonhar! Devemos ter sonhos! Nunca deixemos de sonhar!

E apesar desse duro e difícil processo de lapidação que nos desafia e nos impulsiona, nós também nunca devemos deixar que aqueles que não têm luz própria, que vivem nas sombras, venham a apagar a nossa luz interior.

Mas Bendito seja o Senhor Deus, cujos planos são perfeitos e irrepreensíveis!

Hoje eu agradeço a Deus por todo o sofrimento e toda a angústia pelos quais passei nesse período no deserto, pois, dentre outras bênçãos daí decorrentes, tive a oportunidade de despertar para os perigos da vaidade, da arrogância, do orgulho e da prepotência que nos rodeiam, e que facilmente podem nos envolver, nos iludir e nos contaminar. Mas vida e graça o Deus Todo Poderoso me concedeu, e o seu cuidado sempre guardou o meu espírito e renovou as minhas forças, me sustentando em minhas fraquezas e imperfeições.

E olhem que ventos bravios e forças contrárias enfrentei para chegar até aqui.

Às vezes Deus acalmou o mar, outras, veio comigo para dentro da tempestade a fim de que eu pudesse compreender que a Sua vontade é soberana e inegociável.

E foi em seus braços que encontrei coragem, descanso e refrigério para prosseguir, e debaixo das Suas Asas repousei meu cansado espírito.

Ele, pois, ouviu os clamores meus, de minha mãe, e de tantas outras pessoas que por mim oraram, e assim, alargou as minhas fronteiras e a Sua Forte Mão me protegeu e me abençoou.

E, como já salientei, agradeço as dificuldades que enfrentei, bem como às forças ocultas, oriundas da escuridão e que agem nas trevas; porquanto foram elas minhas dignas adversárias, e, se Deus é por nós, quem será contra nós?

Eis aqui a minha redenção!

E como disse o Apóstolo no Livro de 2 Timóteo, Cap. 1, Versículos 7 e 12: "Porque Deus não nos deu espírito de temor, mas de fortaleza, e eu sei em quem tenho crido, e estou bem certo que é poderoso!"

Por isso, apesar das forças em contrário, pelos desígnios da Providência Divina me abriu os caminhos e me cingiu de forças, fui conduzido até aqui.

Como disse Eleanor Roosevelt: "O futuro pertence àqueles que acreditam na realidade de seus sonhos."

Num passado distante, vindo do Estado do Paraná, onde nasci, e já em Fátima do Sul, apesar da dura realidade de uma família de baixa renda financeira; meu pai, um humilde mecânico, a quem o então Deputado Londres Machado estendeu as mãos ajudando-o, este que vos fala ainda era um menino de apenas treze anos de idade, mas que já trazia dentro de si os seus sonhos.

E foi nos idos de 1974 que tive o privilégio de ser acolhido e direcionado pelo então jovem e dinâmico médico André Puccinelli; já famoso na região em razão de sua reconhecida competência profissional. Quando então tive meu primeiro emprego, trabalhando ao lado de uma pessoa portadora de uma fenomenal inteligência, competência e coragem. Foram anos importantes de minha vida, porquanto sua influência positiva deixou marcas indeléveis em minha formação e personalidade.

Mas como disse o grande poeta Guimarães Rosa: "Quem elegeu a busca, não pode recusar a travessia, pois o real não está na saída nem na chegada: Ele se dispõe para gente, é no meio da travessia."

E foi então que eu ousei fazer a travessia... O menino pobre, do interior, cujo espírito vivia inquieto com o materialismo e o significado da conformidade e da limitação da vida; e que jamais admitiu que a sua condição social ditasse o tamanho dos seus sonhos, ou viessem a sufocá-lo, e, cria que os livros podiam salvá-lo, ousou olhar para o céu e almejar mais do que a dura realidade lhe ofertava; e, sob a potente Mão de Deus, partiu em busca de conquistar o impossível.

E chegando em Campo Grande em 1977, a pedido de minha querida mãe, novamente o Dep. Londres Machado nos estendeu a mão, me ofertando meu segundo emprego, de office-boy da então Assembléia Constituinte, que depois se tornou Assembléia Legislativa, época na qual, dentre outras pessoas que também me estenderam as mãos, cito minha saudosa amiga Helena Medeiros de Morais, bem como o nobre e honrado Advogado Dr. Félix Balaniuc.

Depois, com a ajuda do amigo e hoje advogado Dr. Silvio Cantero, consegui uma vaga para trabalhar no Fórum como Auxiliar Judiciário, cargo no qual posteriormente tomei posse após aprovação em concurso

público, trabalhando ao lado de minha querida amiga Regina Lúcia Santos Sabala e com a então escrivã Maura Lúcia Barbosa. Dali fui para o Ministério do Exército assumir um cargo administrativo em razão de aprovação em outro concurso público, onde pouco permaneci, pois, novamente, em razão de aprovação em novo concurso público, assumi o cargo de Técnico Judiciário neste Tribunal de Justiça, onde tive o privilégio de ter como chefe a saudosa e eficiente funcionária Josefina das Neves, em nome da qual, bem como do saudoso funcionário Rivail Madureira de Castro, saúdo e cumprimento a todos os meus colegas funcionários deste Tribunal.

Entretanto, não parei de sonhar; e assim como ensinou o grande Fernando Pessoa: "Há tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares... Esse é o tempo da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado para sempre à margem de nós mesmos."

Assim, também pelas mãos de Deus, acabei tendo o privilégio de trabalhar com o saudoso Des. Leão Neto do Carmo, bem como com o Des. Nelson Mendes Fontoura, dois luminares deste Tribunal Guaicurú, e com os quais muito aprendi.

Neste ponto registro que igualmente o nosso atual Procurador-Geral de Justiça, Dr. Humberto de Matos Brittes também foi assessor do Des. Nelson Mendes Fontoura, cargo que também deixou em razão de haver sido aprovado no concurso do Ministério Público, vindo eu a sucedê-lo.

Nesta época também tive o privilégio de trabalhar ao lado de minha amiga Advogada Dra. Isabel Livrada Silva bem como dos Advogados Doutores Og Kube Júnior e Wagner Leão do Carmo.

Neste ponto, me permitam fazer uma homenagem à classe dos Advogados nas pessoas dos ilustres amigos Doutores Maria da Penha Sonely de Medeiros; Sueli Erminia Belão Portilho; Luiz Nelson Lot; e os irmãos Cícero Calado e Sebastião Calado, dentre tantos outros operadores do direito e amigos com os quais convivi nas diversas comarcas pelas quais passei.

Saúdo ainda minhas amigas que em minha jornada no interior me acolheram: as Procuradoras da Defensoria Pública, Doutoras Elizete Nogueira Barbosa e Marisa Nunes dos Santos Rodrigues; bem como a Defensora Pública Juraci de Freitas, e especialmente o amigo Promotor de Justiça Dr. Antonio de Almeida Silva, que a todos abrigava carinhosamente em sua acolhedora residência na Comarca de Corumbá, o que podem testemunhar os colegas Doutores José Eduardo Neder Meneghelli, Elias Cesar Kesrouani e Olga Lemos Cardoso de Marco.

Ainda faço referência a duas queridas amigas da Comarca de Dourados: a Advogada Dra. Rosa Medeiros Bezerra e a Juíza de Direito Dra. Dileta Terezinha Souza Thomas, com quem tive o prazer de trabalhar por anos na Comarca de Deodápolis.

Também peço licença para saudar as amigas e Procuradoras do Estado com as quais trabalhei, Doutoras Lúcia Helena da Silva, Senise Freire Chacha e Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras.

Propositalmente, deixei para saudar por último, e para fazer um especial agradecimento, ao meu nobre e ilustre amigo Advogado Dr. Vladimir Rossi Lourenço, com quem tive a honra e o privilégio de estudar e de trabalhar.

Dr. Vladimir, faço questão de registrar em público toda a minha profunda admiração e respeito, não só pela pessoa humana de Vossa Excelência, mas sobretudo pelo brilhante e excelente profissional que és; induvidosamente, não tenho receio algum em afirmar que Vossa Excelência se trata de um dos melhores advogados do Brasil; tanto nos quesitos competência quanto em ética e honradez.

Dr. Vladimir Rossi Lourenço, Vossa Excelência efetivamente honra, dignifica e engrandece a Advocacia Brasileira.

Por outro lado, me desculpem todos os meus amigos e amigas os quais aqui não foram nominados, tanto os antigos quanto os novos, pois vocês são muitos; registro que foram muitas as pessoas que no decorrer dessa longa jornada me ampararam e estiveram ao meu lado; vários foram os que me estenderam as mãos e que torceram por mim.

Mas ainda registro e agradeço a presença de todos os meus parentes e amigos que vieram de outras cidades e Estado, os quais aqui deixo de nominá-los para não correr o risco de ser traído pela emoção e acabar me esquecendo do nome de alguns de vocês, mas recebam minha gratidão e afetuoso abraço.

Agradeço também principalmente a todas aquelas pessoas que me acompanharam em constantes orações.

Me perdoem não poder aqui mencionar o nome de cada um de vocês, mas Deus os conhece e há de recompensá-los pelas inúmeras orações em meu favor.

Por isso quero pedir-lhes que se sintam todos por mim abraçados e recebam meu imenso afeto e gratidão, pois todos vocês, mesmo não nominados, sabem que cada um, de uma forma ou de outra, contribuíram para esta vitória e festejos.

Meu carinhoso abraço a Dona Zoé Vargas de Andrade, que há tantos anos confecciona com tanto carinho, capricho e zelo as nossas becas e togas.

Minha imensa gratidão às minhas preciosas colaboradoras Marlene da Silva de Aguiar; Rosilda Figueiredo da Silva; Cristiane Santos Ramos; Marilza Maia da Silva Aquino e Silvane Duarte, que Deus as abençoe ricamente por cuidarem do bem mais precioso que Deus me concedeu, que é a minha mãe; muito obrigado!

Enfim, meu muito obrigado a todos que aqui compareceram, Deus lhes abençoe. Essa solenidade não teria o mesmo sentido e brilho sem a presença de todos vocês. Sintam-se forte e carinhosamente por mim abraçados.

E agora, agradeço aos que me são mais caros: ao meu pai Oscar Hadrianus Nathan de Oliveira por seu caráter, coragem e honestidade; e principalmente à minha mãe, dedico esta vitória.

À minha guerreira mãe e matriarca Maria Bernardes da Cunha Oliveira: Glórinha; receba todo o meu amor e a minha eterna gratidão. Devo tudo à senhora minha querida mãe.

Quero dizer-lhe que não fosse sua fibra, firmeza, determinação, coragem e fé inabalável, que sempre mantiveram unida nossa família, eu não teria me tornado o homem que me tornei, e nem teria conquistado tudo o que Deus permitiu que eu conquistasse.

Em suas inúmeras orações, sei que sempre suplicaste por mim, e perseveraste no clamor pela minha vitória e felicidade.

Por suas súplicas Deus agiu em meu favor, e sempre me protegeu. A ti, minha amada mãe Glorinha, agradeço o amor, o incentivo, a renúncia e a dedicação.

Nas horas difíceis e tenebrosas pelas quais passei, seu amparo nunca me faltou e sua mão sempre me esteve estendida, me levantando.

Por isso lhe dedico esta conquista e vitória. Deus a abençoe ricamente minha amada e querida mãe!

Agradeço a toda a minha família: a meus irmãos Luis Alberto de Oliveira, *in memorian*; Dâmaso Alberto Rodrigues de Oliveira; Edna Luiza Rodrigues de Oliveira; Lucinda Elizabete de Oliveira Lima; Adriano Alberto de Oliveira e Paula Adriana de Oliveira; aos meus cunhados e cunhadas; meus sobrinhos e sobrinhas, inclusive sobrinhos netos.

Já me encaminhando para o epílogo deste longo discurso, rogo a Deus que me revista de coragem, independência, combatividade, desassombro, prudência, humildade, sabedoria, humanidade, temperança, equilíbrio, Justiça e Fé!

Que a sua forte Mão me preserve do mal!

Que a nada eu me curve ou tema, senão a sua Justiça Divina!

E agora, ao receber a toga, a esta, sob a Potente Mão de Deus, e por Sua Graça e infinita Misericórdia, hei de honrar com humildade, mas com intrepidez e firmeza.

Seguirei lutando, afinal, "viver significa lutar" como expressou o filósofo Sêneca.

E é assim, com o meu coração agradecido e em paz, que chego a esta Corte de Justiça, com meu espírito igualmente aberto e amistoso, disposto a aprender ao lado dos meus pares, a fim de amoldar o meu conhecimento à nova atividade que passo a exercer, e a somar esforços, objetivando prestações jurisdicionais mais céleres, mais justas, mais humanas, mais éticas e efetivas na real transformação da nossa sociedade.

O papel que passo a desempenhar como desembargador, bem sei, exigirá de mim muito mais do que o conhecimento do direito.

Antes de tudo, reclamará um compromisso com a minha própria consciência e meu espírito; de sempre agir dentro da ética e da moral, sem transgredir meus princípios e valores, pautando-me com humanidade, humildade, honestidade, respeito, dignidade, independência, prudência e firmeza, buscando conhecer a verdade e operar a Justiça, rechaçando quaisquer tipos de interferência.

Neste momento de efervescência política e social o Poder Judiciário deve ter firme o propósito de fazer efetivar os direitos e garantias individuais e sociais.

E, para tanto impõe-se que nos sejam asseguradas a nossa autonomia, imparcialidade e a plena independência, colocando-nos a salvo de quaisquer pressões internas ou externas, ou do pernicioso tráfico de influência, que possam, de alguma forma, interferir na correção das nossas decisões.

Que o Senhor me conserve em Paz, e que a Divina Providência me ilumine nesta difícil e nobre missão de julgar meus semelhantes, a fim de que a minha caneta de julgador objetive sempre decisões humanas e justas, e que possa eu, em distribuindo a Justiça, dar a cada um aquilo que lhe é devido, com humildade e sabedoria, julgando a todos com retidão, respeito e dignidade às partes, sem esquecer-me jamais, que um dia haverei de prestar contas da vida que me foi confiada, oportunidade em que não mais serei eu o julgador, mas sim o julgado pelo Todo Poderoso Deus, Criador do Universo; dos céus e da terra, e de tudo o que neles há.

Louvado seja o Nosso Senhor e Salvador Jesus Cristo para todo o sempre. Amém!!!

Muito obrigado a todos.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação nº 0065120-31.2010.8.12.0001 039
Apelação nº 0802618-44.2015.8.12.0002 044
Apelação nº 0803629-34.2013.8.12.0017 059

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação nº 0004510-15.2011.8.12.0017 065
Agravo Regimental nº 1412559-72.2015.8.12.0000/50000 071
Agravo de Instrumento nº 1414449-46.2015.8.12.0000 080

Divoncir Schreiner Maran

Apelação nº 0033503-82.2012.8.12.0001 086
Apelação nº 0800861-03.2015.8.12.0006 096
Apelação nº 0801241-36.2015.8.12.0035 100

Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0000376-27.2010.8.12.0001 104
Apelação nº 0065950-60.2011.8.12.0001 115
Apelação nº 0803152-08.2013.8.12.0018 128

Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0001363-98.2008.8.12.0012 138
Apelação nº 0801878-34.2012.8.12.0021 145
Apelação nº 0804991-85.2014.8.12.0001 170

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0037492-04.2009.8.12.0001 177
Apelação nº 0802201-38.2014.8.12.0031 189
Ação Rescisória nº 1412644-92.2014.8.12.0000 198

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Reexame Necessário nº 0800469-14.2013.8.12.0045 204
Apelação nº 0835703-92.2013.8.12.0001 209
Agravo de Instrumento nº 1400306-18.2016.8.12.0000 215

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0001440-75.2011.8.12.0021 220
Apelação nº 0032752-32.2011.8.12.0001 225
Reexame Necessário nº 0800784-72.2013.8.12.0035 235
Apelação nº 0804304-60.2014.8.12.0017 238

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0064467-92.2011.8.12.0001 245
Apelação nº 0821690-25.2012.8.12.0001 253
Apelação nº 0800193-77.2012.8.12.0025 260

Marco André Nogueira Hanson

Apelação nº 0010383-23.2007.8.12.0021 268
Apelação nº 0049020-64.2011.8.12.0001 283
Apelação nº 0802185-17.2014.8.12.0021 296

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0831154-39.2013.8.12.0001 303
Agravo Regimental nº 0825112-03.2015.8.12.0001/50000 315
Conflito de Competência nº 1602496-04.2015.8.12.0000 320

Nélio Stábile

Agravo Regimental nº 0810899-60.2013.8.12.0001/50000 324
Apelação nº 0810114-30.2015.8.12.0001 328
Agravo Regimental nº 1411319-48.2015.8.12.0000/50000 334

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0000581-96.2011.8.12.0041 339
Apelação nº 0013783-45.2011.8.12.0008 356
Apelação nº 0806017-21.2014.8.12.0001 380

Sérgio Fernandes Martins

Apelação nº 0816989-84.2013.8.12.0001 390
Apelação/Reexame Necessário nº 0835534-08.2013.8.12.0001 397
Apelação nº 0804577-87.2014.8.12.0001 405

Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0001967-88.2010.8.12.0012 410
Apelação nº 0815692-42.2013.8.12.0001 422
Apelação nº 0802186-69.2014.8.12.0031 430

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação nº 0020732-34.1996.8.12.0001 440
Apelação nº 0030957-06.2002.8.12.0001 451
Agravo Regimental nº 1410268-02.2015.8.12.0000/50000..... 464

Vilson Bertelli

Apelação nº 0000214-92.2008.8.12.0036 468
Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1413994-81.2015.8.12.0000/50000 474
Conflito de Competência nº 1602580-05.2015.8.12.0000 477

Vladimir Abreu da Silva

Agravo de Instrumento nº 1407927-03.2015.8.12.0000 481
Apelação nº 0830677-45.2015.8.12.0001 489
Mandado de Segurança nº 1412053-96.2015.8.12.0000..... 495

Juiz Jairo Roberto de Quadros

Apelação nº 0040851-88.2011.8.12.0001 505
Apelação nº 0800845-06.2011.8.12.0001 513
Apelação nº 0804183-93.2013.8.12.0008 520

Juiz José Ale Ahmad Netto

Apelação nº 0003114-75.2008.8.12.0027 528
Apelação nº 0000281-07.2011.8.12.0051 536
Agravo Regimental nº 0800448-86.2012.8.12.0008/50000..... 544

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Recurso em Sentido Estrito nº 0007939-46.2009.8.12.0021 549
Apelação nº 0048888-41.2010.8.12.0001 554
Agravo de Execução Penal nº 0006097-21.2015.8.12.0021 562

Dorival Moreira dos Santos

Apelação nº 0002413-39.2011.8.12.0018 567
Apelação nº 0000563-65.2013.8.12.0054 570
Agravo de Execução Penal nº 0002183-88.2015.8.12.0007 583

Francisco Gerardo de Sousa

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001108-47.2012.8.12.0030/50000 589
Conflito de Jurisdição nº 0000296-78.2015.8.12.0004 594
Conflito de Jurisdição nº 1602040-54.2015.8.12.0000 601

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação nº 0002602-65.2003.8.12.0028 605
Apelação nº 0003832-40.2014.8.12.0002 608
Agravo de Execução Penal nº 0000495-79.2015.8.12.0011 612

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Recurso Em Sentido Estrito nº 0002370-34.2013.8.12.0018..... 616
Apelação nº 0013157-08.2015.8.12.0001 621
Apelação nº 0830824-71.2015.8.12.0001 632

Manoel Mendes Carli

Representação Criminal/notícia de Crime nº 4013615-28.2013.8.12.0000..... 638
Apelação nº 0011302-25.2014.8.12.0002 642
Apelação nº 0028695-63.2014.8.12.0001 646

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação nº 0000096-57.2014.8.12.0020 653
Agravo de Execução Penal nº 0002094-75.2014.8.12.0015 673
Agravo de Execução Penal nº 0010242-80.2015.8.12.0002 677

Romero Osme Dias Lopes

Apelação nº 0000581-71.2008.8.12.0051 682
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002322-69.2013.8.12.0020/50000 686
Apelação nº 0005610-91.2014.8.12.0019 693

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0000809-38.2009.8.12.0010 707
Recurso Em Sentido Estrito nº 0009507-19.2012.8.12.0110..... 713
Apelação nº 0045191-07.2013.8.12.0001 719

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Abandono de cargo

Demissão. *Animus Abandonandi*. Cargo incompatível com seu problema de saúde. Adaptação. Reintegração. Dano Moral. Dever de indenizar. (0802618-44.2015.8.12.0002) 044

Ação cautelar

Exibição de documento. Relutância do banco em fornecer cópias de cheques com assinaturas supostamente falsas do emitente. Recusa de fornecimento administrativo comprovada. (0800845-06.2011.8.12.0001) 513

Ação civil pública

Área de preservação permanente. Limítrofe com área particular destinada a lazer. Edificação de passadeira às margens da represa e horta. Atividade de baixo impacto ambiental. (0001440-75.2011.8.12.0021) 220

Captação irregular de água subterrânea. Tamponamento definitivo. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Princípio da precaução. Ausência de indícios de dano ambiental. Multa diária. Fazenda Pública. (0835703-92.2013.8.12.0001) 209

Interdição de estabelecimento. Suspensão de funcionamento de casa noturna. Ausência de aprovação das obras de reforma e ampliação. Regularização. Município. Corpo de Bombeiros. (1410268-02.2015.8.12.0000/50000) 464

Ressarcimento ao erário. Recebimento de diárias por secretário jurídico de município. Ausência de cumprimento de requisitos. Superação do limite de diárias por mês. Pagamento indevido. Lesão ao patrimônio público. (0802185-17.2014.8.12.0021) 296

Tombamento de canteiro central. Relevância histórico-cultural e paisagística. Valor ambiental. Legitimidade da apreciação da legalidade de atos administrativos pelo Judiciário. Cerceamento de defesa. (0033503-82.2012.8.12.0001) 086

Ação de cobrança

Adaptação de veículo comum em veículo próprio para combate de incêndios. Falta de pagamento. Ausência de nota de empenho. Impossibilidade. Comprovação de entrega do veículo ao município. (0800469-14.2013.8.12.0045) 204

Ação de conhecimento

Lei omissa quanto à suspensão e propositura de ações. Empresa em processo de liquidação ordinária. Ajuizamento de ação posterior. Emprego da analogia. Danos materiais e morais. (0801241-36.2015.8.12.0035) 100

Ação de exoneração de alimentos

Ação rescisória. Sentença declaratória de interdição do alimentante. Desconstituição de obrigação alimentar. Laudo pericial dos autos de interdição. Documento novo não caracterizado. (1412644-92.2014.8.12.0000)..... 198

Ação de indenização

Danos materiais. Plano de previdência complementar. Prejuízos decorrentes das reservas matemáticas previdenciárias subavaliadas. (0804991-85.2014.8.12.0001).....170

Direitos autorais violados. Melodia em *Jingle.* Propaganda. Danos materiais e morais. (0065120-31.2010.8.12.0001) 039

Veículo. Acionamento do *airbag* imotivadamente. Laudo pericial. Vistoria do veículo na concessionária. Constatação de avarias em parte próxima ao captador de desaceleração do sistema de segurança. Ato ilícito inexistente. Indenização material e moral indevidas. (0032752-32.2011.8.12.0001) 225

Ação de inventário

Expedição de alvará. Venda de gado e negociações bancárias. Possibilidade. Manutenção e administração dos bens do espólio. Dever do Inventariante. Obrigação de prestar contas. (1400306-18.2016.8.12.0000)..... 215

Ação de reparação de danos materiais

Prestação de serviços de corte e transporte de cana-de-açúcar. Descaracterização de prova de pagamento. Recibos. Prova testemunhal contrária ao propósito do apelante. Inversão do ônus. (0004510-15.2011.8.12.0017) 065

Ação de revogação de doação de imóvel

Doação de lotes pelo município. Encargo da donatária de construir edificação em prazo determinado. Não cumprido. Reversão do imóvel ao patrimônio do município. Cabimento. (0804304-60.2014.8.12.0017).....238

Ação declaratória de inexistência de débito

Descontos em contacorrente. Pensão. Contrato objeto de fraude perpetrada por terceiro. Dano moral. Responsabilidade objetiva do banco. Repetição de indébito em dobro. Indenização razoável e proporcional. (0802201-38.2014.8.12.0031).....189

Adicional de insalubridade

Reclamatória trabalhista. Atividade de pedreiro. Falta de regulamentação pelo Poder Executivo Municipal. Obras. Insalubridade de grau máximo (40%). (0003114-75.2008.8.12.0027) 528

Adicional por tempo de serviço

Servidor público. Progressão funcional. Forma de cálculo. Direito adquirido. Grupo da saúde. Legalidade. Conveniência e oportunidade da administração. (0037492-04.2009.8.12.0001) 177

Antecipação de tutela

Proteção de propriedade industrial. Proibição de empresa concorrente comercializar produtos com embalagem semelhante. Probabilidade concreta de dano irreparável ou de difícil reparação. (1412559-72.2015.8.12.0000/50000) 071

Cassação de Prefeito

Processo administrativo. Realização da sessão de julgamento. Liminar concedida. Suspenção do decreto legislativo de cassação. Alegação de nulidade. Votação secreta. Não ocorrência. Votação nominal. (1407927-03.2015.8.12.0000) 481

Compra pela internet

Indenização. Danos materiais e morais. Produto recebido com avarias. Responsabilidade objetiva. Solidariedade dos fornecedores. (0806017-21.2014.8.12.0001) 380

Concorrência

Execução de obras de implantação de comunicação semafórica em fibra ótica. Sistema de circuito fechado de TV/CFTV. Rescisão unilateral. Anulação de ato administrativo. Pedido de suspensão do processo licitatório. Impossibilidade. Objetos e objetivos distintos. (0835534-08.2013.8.12.0001) 397

Contratação de servidor temporário

Ausência de concurso público. Nulidade do contrato. Ação objetivando a percepção de FGTS. Direito do trabalhador. Desvirtuamento na contratação. Direito ao recolhimento. Princípio da boa-fé. (0000376-27.2010.8.12.0001) 104

Curso de formação de Sargentos

Candidato eliminado do processo seletivo anterior. Prazo de validade do processo seletivo expirado. Possibilidade de adentrar no mérito para indeferimento liminar da inicial. Assistência judiciária. (1411319-48.2015.8.12.0000/50000) 334

Dano moral

Alegação de equívoco no diagnóstico de exame laboratorial. Legitimidade passiva dos réus. Médico e centro laboratorial. Responsabilidade civil objetiva do centro de exames. (0830677-45.2015.8.12.0001).....489

Devolução de valores. Programa de capacitação para a docência. Ensino fundamental e infantil. Curso ministrado por instituição autorizada pelo Conselho de Educação Estadual. Parecer do Conselho Nacional da Educação pela incompetência do Conselho Estadual. Impossibilidade de registro do diploma. (0000281-07.2011.8.12.0051) 536

Indenização. Suspeita de irregularidade no consumo de água. Conduta em quebrar a calçada para verificar eventual desvio no abastecimento. Ausência de ato ilícito. (0825112-03.2015.8.12.0001/50000) 315

Demissão de servidor público municipal

Superveniência de diagnóstico de enfermidade. Não excludente da responsabilidade por transgressões anteriores. Observância do devido processo legal. Direito à aposentadoria reconhecido. Previsão em lei complementar municipal. Intempestividade. Princípio da razoabilidade. (0065950-60.2011.8.12.0001).....115

Desconto em benefício previdenciário

Empréstimos com descontos em benefício previdenciário. Pessoa idosa e indígena. Inexistência de débito. Repetição de indébito. Danos morais. Contratação e recebimento dos valores. Não comprovação. Aposentadoria. Verba de caráter alimentar. (0802186-69.2014.8.12.0031) 430

Dissolução parcial de sociedade

Quebra da *affectio societatis*. Possibilidade. Laudo pericial. Convalidação das dívidas. Juros de mora. Restituição dos bens sequestrados. (0030957-06.2002.8.12.0001) 451

DPVAT

Seguro obrigatório. Prévio requerimento administrativo. Desnecessidade. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. (0810114-30.2015.8.12.0001).....328

Erro médico

Indenização por danos morais e estéticos. Julgamento *extra petita*. Rejeitada. Questão de ordem pública. Ilegitimidade ativa do autor para pleitear danos em favor dos genitores. Pretensão de condenação de médicos e funcionários administrativos do hospital. (0001967-88.2010.8.12.0012) 410

Escoamento de água pluvial

Obra pública. Poder público municipal. Loteamento urbano. Danos no imóvel rural. Responsabilidade objetiva. Danos materiais. Lucros cessantes. (0000581-96.2011.8.12.0041) 682

Exclusão de paternidade

Conflito negativo de competência. Anulação de registro civil de nascimento. Paternidade voluntariamente reconhecida. (1602496-04.2015.8.12.0000) 320

Execução fiscal

Penhora de bem imóvel. Ausência de intimação do cônjuge. Nulidade por vícios. Nulidade que não pode atingir o direito de terceiro de boa-fé. Danos materiais caracterizados. (0010383-23.2007.8.12.0021).....268

Extravio de bagagem

Danos morais. Responsabilidade civil das empresas aéreas. Aplicação do CDC. Inversão do ônus da prova. (0810899-60.2013.8.12.0001/50000) 324

ICMS

Multa tributária. Apuração de diferença de quantidade de gado. Dados da Declaração Anual de Produtor – DAP e relatórios do sistema do fisco estadual. Ausência de comprovação da entrada de gado na propriedade rural. (0049020-64.2011.8.12.0001) 283

Improbidade administrativa

Ação civil pública. Constatação de prejuízo ao erário público. Violação aos princípios da administração pública. Nulidade do procedimento licitatório e da arrematação de imóvel público. Aplicação de sanções. (0000214-92.2008.8.12.0036).....468

Imunidade material

Mandato de vereador. Ofensas proferidas no exercício do mandato. Interior da Câmara Municipal. (0800448-86.2012.8.12.0008/50000) 544

Incidente de uniformização de jurisprudência

Reconhecimento de prescrição intercorrente. Intimação pessoal do exequente para dar regular andamento ao processo. Ato imprescindível à declaração da prescrição. (1413994-81.2015.8.12.0000/50000).....474

Indenização

Danos materiais e morais. Construção de Shopping Center. Sujeira provocada pela poeira. Exclusão de responsabilidade da seguradora. Cláusulas contraditórias. Franquia. Danos na pintura. (0040851-88.2011.8.12.0001) 505

Danos materiais, morais e estéticos. Acidente automobilístico. Motocicleta. Culpa concorrente. Afastada. Diminuição da capacidade laborativa. Pensão alimentícia. (0013783-45.2011.8.12.0008) 356

Morte de preso no interior do presídio. Responsabilidade objetiva do estado. Dano moral configurado. Juros de mora. (0064467-92.2011.8.12.0001).....245

Ressarcimento de valores. Compra e venda. Imóvel rural composto por duas glebas de terras. Matrículas distintas. Medição após a realização do negócio jurídico. Ausência de metragem verificada. Aquisição do bem na modalidade *ad corpus.* Reparação indevida. (0800193-77.2012.8.12.0025) 259

Mandado de segurança

Outorga de escritura de imóvel doado pela prefeitura. Direito líquido e certo. Ato administrativo válido. Presunção de legalidade e legitimidade. (0803629-34.2013.8.12.0017) 059

Pregão presencial. Inadequação da via eleita. Concorrente impedida de contratar com a Infraero e com a União. (1412053-96.2015.8.12.0000).....495

Novação

Substituição de obrigação anterior por nova. Configuração de *Animus novandi* tácito mas inequívoco. Escritura pública. Assinatura das partes. Ausência. Negócio nulo. Bem de família. Impenhorabilidade. Garantia hipotecária. (0020732-34.1996.8.12.0001).....441

Obrigação de fazer

Ação civil pública. Recuperação de área degradada. Fixação de multa cominatória. Finalidade coercitiva. Imóvel rural. (0001363-98.2008.8.12.0012).....138

Perda do mandato parlamentar

Vereador. Suspensão dos direitos políticos. Condenação criminal transitada em julgado. Sentença mantida. (0800861-03.2015.8.12.0006).....096

Plano de saúde

Resilição unilateral do contrato. Inadimplência. Inexistência de prova da notificação. Solidariedade entre a operadora e administradora do plano de saúde. Dano moral. (0804183-93.2013.8.12.0008) 520

Proteção ao meio ambiente

Princípio da dialeticidade. Captação de água subterrânea e dispensação de esgoto. Tamponamento do poço. Adequação do estabelecimento hoteleiro ao fornecimento de serviços de água e esgoto pela concessionária. Fiscalização pelo poder público. Indenização por danos materiais e morais. (0831154-39.2013.8.12.0001) 303

Quebra de decoro parlamentar

Cassação de mandato de vereador. Impedimento. Recebimento de denúncia. Convocação de suplente. Recurso improvido. (1414449-46.2015.8.12.0000).....080

Reexame necessário

Concurso público. Edital que prevê uma única vaga para o cargo de enfermeiro. Desistência do primeiro colocado. Direito líquido e certo do segundo colocado à nomeação para o cargo. (0800784-72.2013.8.12.0035)..... 235

Reintegração de posse

Rescisão contratual. Inadimplemento. Indenização pela fruição. Teoria do adimplemento substancial. Ausência dos requisitos. Boa-fé não comprovada. Reintegração da posse mediante devolução e eventual indenização de benfeitorias. (0821690-25.2012.8.12.0001).....253

Rescisão contratual

Rescisão contratual. Perdas e danos. Aquisição de câmara frigorífica. Pagamento de sinal. Inadimplemento configurado. Restituição do bem à vendedora. Multa moratória. Concordância quanto à devolução. (0815692-42.2013.8.12.0001).....422

Responsabilidade civil subjetiva

Ação civil pública. Obras de escoamento de águas pluviais. Inundação de residências. Multa cominatória. (0801878-34.2012.8.12.0021).....145

Seguro prestamista

Lançamento posterior ao óbito. Ilegitimidade passiva da instituição financeira. Dever de restituição. Lançamento indevido em contacorrente. Ciência do óbito não demostrada. Engano justificável. Devolução de forma simples. Correção monetária. (0803152-08.2013.8.12.0018) 128

Serviço público essencial

Conflito negativo de competência. Medida cautelar. Restabelecimento do serviço de coleta e remoção de lixo. Interesses difusos. (1602580-05.2015.8.12.0000) 477

Sistema de cotas

Reserva de vagas para índios. Regulamentação que despreza fração de vaga. Observância do Princípio da isonomia. Distribuição de vagas por localidades e disciplinas. (0816989-84.2013.8.12.0001) 390

Usucapião

Possibilidade de alienação de bem dominical. Imóvel financiado pela EMHA. Quitação. Descaracterização de bem público. Requisitos para a aquisição prescritiva. (0804577-87.2014.8.12.0001) 405

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Atentado violento ao pudor

Estupro de menor. Lei nº 12.015/2009. Princípio da retroatividade. Lei nova mais favorável. Pena-base reformada. Exasperação. (0002183-88.2015.8.12.0007) 583

Conflito de jurisdição

Divergência quanto à tipificação do crime apurado (furto ou receptação). Não configuração de conflito de competência. (0000296-78.2015.8.12.0004) 594

Crime de trânsito

Decurso de prazo superior a quatro anos entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença. Extinção da punibilidade pela prescrição (art. 107, IV, do Código Penal). Matéria de ordem pública. Prescrição declarada de ofício. (0002602-65.2003.8.12.0028).....605

Destruição de documento público

Carteira de trabalho. Princípio da insignificância. (0002413-39.2011.8.12.0018) 567

Direito autoral

Violação. Alegado erro de proibição. Princípio da insignificância e da adequação social. Impossibilidade. (0048888-41.2010.8.12.0001).....554

Dirigir sem habilitação

Crime do art. 309 do CTB. Denúncia rejeitada. Não atendimento aos requisitos do art. 41 do CPP. Carência de mínimo lastro probatório. (0009507-19.2012.8.12.0110) 713

Disparo de arma de fogo

Sentença condenatória. Pretendida absolvição. Dúvidas quanto à autoria. Aplicação do Princípio *in dubio pro reo*. Sentença reformada. (0000581-71.2008.8.12.0051) 819

Dispensa de recolhimento noturno

Autorização para o trabalho noturno, em finais de semana e feriados. Reeducando pescador profissional. Cidade pantaneira com pesca e turismo pesqueiro. Cumprimento de pena. Impossível fiscalização. (0002094-75.2014.8.12.0015) 673

Furto qualificado

Corrupção de menores. Conduta social e motivos do crime mal sopesados. Dosimetria da pena. Pena-base fixada no mínimo legal. Alteração do regime prisional. (0001108-47.2012.8.12.0030/50000) 589

Pedido de absolvição com base no princípio da insignificância. (0045191-07.2013.8.12.0001) 719

Homicídio culposo

Autocolocação da vítima em risco. Ausência de prova do nexo de causalidade da conduta do réu. Absolvição. (0000809-38.2009.8.12.0010).....707

Homicídio simples

Pretensão de absolvição sumária. Tese de excludente da antijuridicidade. Legítima defesa afastada. Pedido de desclassificação do crime de homicídio para lesão corporal. (0002370-34.2013.8.12.0018).....616

Indulto

Condenação por crime comum e hediondo. Inconstitucionalidade do Decreto Presidencial n. 8.380/2014. Afastamento. Requisitos objetivos preenchidos. Critérios de ordem subjetiva a serem analisados pelo juízo da execução penal. (0010242-80.2015.8.12.0002) 677

Injúria racial

Policial militar. Dolo de injuriar comprovado. Desclassificação para desacato. Inviabilidade. Ofensas proferidas em razão da cor/raça. (0011302-25.2014.8.12.0002) 642

Livramento condicional

Reeducando em regime diverso do aberto. Falta disciplinar em período não recente. Reabilitação já ocorrida. Presença de requisito subjetivo. (0006097-21.2015.8.12.0021).....562

Requisição de antecedentes criminais. Extinção de punibilidade por término do livramento condicional. Art. 89 do Código Penal. Nulidade. (0007939-46.2009.8.12.0021).....549

Policial militar

Incapacidade de permanecer nas fileiras da corporação. Pretensão de exclusão dos quadros da polícia militar. Condenação pela prática de crime de peculato. Apenamento criminal suficiente para prevenção e repressão. Militar que satisfaz requisitos subjetivos e objetivos à sua permanência nas fileiras da corporação. Ato isolado na vida do militar. Ressocialização do apenado. (4013615-28.2013.8.12.0000).....638

Posse de munição de uso restrito

Redução da prestação pecuniária substitutiva à pena corpórea. Possibilidade. (0003832-40.2014.8.12.0002) 608

Remição de pena

Trabalho extramuros na iniciativa privada. Inexistência de registro em carteira de trabalho. Prescindibilidade. (0000495-79.2015.8.12.0011) 612

Restituição de coisas apreendidas

Bem que ainda interessa à investigação pela autoridade policial. Dúvidas quanto à sua identificação. Impossibilidade de restituição definitiva. Entregado bem. Fiel depositário. (0830824-71.2015.8.12.0001).....632

Revisão criminal

Latrocínio. Ocultação de cadáver. Redução da pena-base em maior extensão em face do afastamento da circunstância judicial da conduta social e da personalidade do agente. Possibilidade. (0002322-69.2013.8.12.0020/50000) 686

Roubo majorado e latrocínio tentado. Prova robusta. Porte ilegal de arma. Princípio da consunção. Aplicabilidade. (0000563-65.2013.8.12.0054) 570

Roubo qualificado

Corrupção de menores. Absolvição. Crime formal. Redimensionamento da pena-base. Exclusão da qualificadora de emprego de arma de fogo. Impossibilidade. Redução para o mínimo cominado. (0000096-57.2014.8.12.0020) 653

Pretensão de absolvição. Autoria e materialidade comprovadas. Afastamento da circunstância judicial dos antecedentes e da agravante da reincidência. Meio idôneo para tal finalidade. Redução da pena aquém do mínimo legal. Regime prisional mantido. Reprovação do crime. (0013157-08.2015.8.12.0001).....621

Tráfico de drogas

Guarda municipal. Ação anterior ao estatuto geral das guardas municipais. Informação sobre tráfico de drogas. Prática de atos de polícia judiciária. Ilegalidade da prisão. Prova ilícita. Absolvição. (0028695-63.2014.8.12.0001) 646

Tráfico de entorpecentes

Sentença absolutória. Recurso ministerial. Alegada suficiência de provas. Inocorrência. Delação de corréu não ratificada em juízo. Absolvição mantida. (0005610-91.2014.8.12.0019) 693

Violência doméstica

Vias de fato praticadas por filho contra genitora. Conduta permeada no propósito de opressão ao sexo feminino. Violência de gênero. Incidência da Lei nº 11.340/2006. (1602040-54.2015.8.12.0000) 601